

## **Petição 1008/2019-BCB/PGBC**

Memorial apresentado pelo Banco Central, perante o Tribunal de Contas da União, no Processo TC 033.263/2008-I, por meio do qual a Autarquia defende a regularidade da política cambial promovida pelo Banco Central do Brasil em janeiro de 1999.

**Frederico Bernardes Vasconcelos**

Procurador do Banco Central

**Marcel Mascarenhas dos Santos**

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

**PROCESSO TC 033.263/2008-1.** TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE). DISCUSSÃO SOBRE SUPOSTA IRREGULARIDADE NA EXECUÇÃO DA POLÍTICA CAMBIAL PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL OCORRIDA EM JANEIRO DE 1999. OPERAÇÕES DE DÓLAR FUTURO REALIZADAS COM O BANCO FONTECINDAM S.A. E FUNDOS POR ELE ADMINISTRADOS. ACÓRDÃO 1915/2015-TCU-PLENÁRIO, ALTERADO PELOS ACÓRDÃOS 2579/2015-TCU-PLENÁRIO E 2429/2016-TCU-PLENÁRIO. APLICAÇÃO DE MULTA E CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO INTERPOSTO PELOS EX-DIRETORES DO BCB CLÁUDIO NESS MAUCH, DEMÓSTHENES MADUREIRA DE PINHO NETO E FRANCISCO LAFAIETE DE PÁDUA LOPES. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS FÁTICOS, TÉCNICOS E JURÍDICOS PARA RESPONSABILIZAÇÃO. MANIFESTAÇÕES DE AUDITORES DA SECRETARIA DE RECURSOS (SERUR) E DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (MP)TCU) FAVORÁVEIS AOS RECORRENTES. PEDIDO DE PROVIMENTO DO RECURSO E REVERSÃO DA SANÇÃO APLICADA.

**RELATOR PARA RECURSO:** MIN. BENJAMIN ZYMLER

Eminente Ministro,

## I – OBJETIVO

Este Memorial tem por objetivo trazer informações sobre o Processo TC 033.263/2008-I que demonstram a **inexistência de elementos para responsabilização dos ex-Diretores do Banco Central do Brasil (BCB) Cláudio Ness Mauch, Demósthene Madureira de Pinho Neto e Francisco Lafaiete de Pádua Lopes, ora Recorrentes, entendimento assentado por Auditor e Diretor da Secretaria de Recursos (Serur) em pronunciamentos datados de 17 de abril de 2018<sup>1</sup>, e pela Procuradora-Geral do Tribunal de Contas da União (TCU) em parecer expedido em 31 de outubro de 2018, por meio dos quais se propôs “declarar insubsistente a integralidade do Acórdão nº 1.915/2015-TCU-Plenário, com as alterações feitas pelos de nº 2.579/2015 e 2.429/2016”, para “julgar regulares as contas” dos Recorrentes e, “em consequência, tornar sem efeito o débito, as multas e a determinação para adoção das medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis”.**

2. Tal conclusão baseia-se, em suma, na **existência de fundamentação legal para realização de operações de dólar futuro**, uma vez “*tem o Banco Central prerrogativa de atuar no mercado de derivativos*”, conforme “*dispõe o artigo 11, inciso III, da Lei nº 4.595/1964, com redação dada pelo Decreto-lei 581, de 14/5/1969*”, e, no caso concreto, agiu a Autoridade Monetária nos **estritos limites de sua discricionariedade técnica**, não havendo falar em excesso por parte de seus agentes, sendo imperioso reconhecer “*a preponderância da necessidade de controle das reservas internacionais*”, bem como a **ausência de prejuízo ao Erário**, uma vez que “*numa visão global e conjunta dos fatos, as perdas do mercado futuro foram compensadas pelas reservas internacionais preservadas*”.

3. O Recurso de Reconsideração e os mais recentes pronunciamentos da Serur e do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (MPjTCU) destacam ainda a ausência de competência legal ou regimental que impusesse dever de agir de modo diverso e o fato de que as divergências de alguns componentes do TCU acerca da condução da política cambial pela Autarquia revelam certo grau de subjetivismo, o que impede qualquer tipo de apenação, sendo certa ainda a **inexistência de dolo, má-fé, erro grosseiro ou mesmo culpa na conduta dos Recorrentes**.

## II – DA INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTO PARA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL: AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO / LEGALIDADE DAS OPERAÇÕES DO BCB / DEBATE SOBRE O MÉRITO ADMINISTRATIVO

4. Com a máxima vênua às diversas instâncias do TCU, a verdade é que não houve e não há, nos autos ou fora deles, **nem sequer fundamento para instauração e manutenção desta tomada de contas especial, por lhe faltar seu requisito essencial: a existência de dano ao Erário**. Com efeito, a Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, é clara ao estabelecer, em vários de seus dispositivos (arts. 1º, inciso I, 8º, *caput* e §§ 2º e 3º, e 47), que a tomada de contas especial só tem cabimento quando há efetivamente prejuízo aos cofres públicos.

5. No presente caso, **está provado justamente o contrário: não houve prejuízo ao Erário**. E não são apenas os ex-Diretores que afirmam isso em suas razões de recurso. Tal afirmação consta de **acórdãos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) prolatados no julgamento**

<sup>1</sup> As ponderações do Auditor e do Diretor da Serur não foram acolhidas pelo Secretário da unidade, que, em despacho de 7 de maio de 2018, propôs a manutenção do acórdão recorrido por seus próprios fundamentos.

de Ações Cíveis Públicas e Populares<sup>2</sup> relativas aos mesmos fatos, com base em minudente **laudo pericial judicial** imparcial, e consta também da própria **instrução deste processo** no âmbito do TCU e **também no correlato Processo TC 033.048/2008-I**, instaurado para apurar supostas irregularidades nos contratos de dólar futuro firmados entre o BCB e o Banco Marka S.A. (FonteCindam) no mesmo contexto e recentemente julgado pela Corte de Contas com a prolação do **Acórdão 2605/2018-TCU-Plenário**, de 14 de novembro de 2018. **A ausência de dano ao Erário impossibilita o seguimento da tomada de contas especial e impõe a desconstituição do julgado.**

### III – CONDENAÇÃO E APLICAÇÃO DE SANÇÃO EM DISSONÂNCIA COM OS FUNDAMENTOS RECONHECIDOS PELO PRÓPRIO TCU / ATUAÇÃO DO BCB ADSTRITA AOS LIMITES DA LEGALIDADE

6. Após análise detida e pormenorizada pela Serur, o Auditor e um Diretor da Unidade concluíram que é necessário “*julgar regulares as contas de Cláudio Ness Mauch, Demóstenes Madureira de Pinho Neto, Francisco Lafaiete de Pádua Lopes, Luiz Antônio Andrade Gonçalves, dos sucessores de Roberto José Steinfeld e do Banco Fonte Cindam*”, pois **ficaram evidenciados**:

- a) a juridicidade da atuação do BCB no mercado cambial de futuros, o que, aliás, foi reconhecido pela Corte de Contas nos julgados anteriores<sup>3</sup>;
- b) o interesse público que orientou as operações, relacionado à prevenção do agravamento de crise cambial em proporções que fugissem ao controle;
- c) a ausência de prejuízo ao Erário; e
- d) a conformidade ética da conduta do BCB e de seus agentes.

7. Com efeito, a avaliação acerca da atuação dos ex-Diretores do BCB deve levar em consideração o cenário econômico existente à época dos fatos, como a contínua redução das reservas internacionais do País, a alteração da política cambial pelo BCB e também a saída de dirigentes da Autarquia comprometidos com a manutenção do sistema de bandas cambiais, levando ao temor de um colapso na economia com uma crise sistêmica potencial e sem precedentes, que, no limite, poderia resultar na moratória do País.

8. Estava-se diante de iminente risco sistêmico que ameaçava a economia brasileira, motivado pela crise cambial em ebulição naquele início de ano. Todas as medidas então adotadas pelo BCB foram levadas a efeito em vista desse contexto. Esse risco era e ainda é fato absolutamente notório e foi robustamente comprovado e expressamente reconhecido nos autos deste processo de tomada de contas especial e de perícia judicial realizada pela Justiça Federal do Distrito Federal nas ações já citadas<sup>4</sup>.

2 Referimo-nos ao julgamento das Apelações 0012052-82.1999.4.01.3400, 0009883-25.1999.4.01.3400, 0010168-18.1999.4.01.3400 (Ações Populares), 0020262-25.1999.4.01.3400, 0019638-73.1999.4.01.3400 (Ações de Improbidade) e 0020263-10.1999.4.01.3400 (Ação Cautelar), julgadas em conexão, cujos acórdãos foram juntados aos presentes autos, tendo os referidos feitos judiciais causa de pedir idêntica à desta tomada de contas especial:

“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).’

“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.”

3 A análise da Serur é anterior à prolação do Acórdão 2605/2018-TCU-Plenário, afeta ao análogo caso Marka, que, por óbvio, não foi citada no pronunciamento da unidade técnica. Fato é que o novo julgamento reforça a conclusão.

4 Do laudo pericial extrai-se o seguinte trecho:

“De acordo com ampla documentação já constante dos autos (reportagens de revistas/jornais e pareceres de economistas) e na forma das

9. Essa Egrégia Corte, no referido Acórdão 1915/2015-TCU-Plenário, confirmou tal entendimento ao registrar que “*não se questiona, neste momento, a grave crise cambial por que passou o Brasil em 1999. Não se questiona, ademais, se essa crise poderia afetar severamente a economia brasileira e atingir fortemente todo o sistema bancário*”.

10. Ciente dessa realidade, o Auditor da Serur considerou o contexto de época para asseverar em seu relatório que: “6.1. Os argumentos dos recorrentes estão corretos. Tratando-se da atividade-fim das entidades responsáveis pela regulação dos mercados, **o TCU não deve substituir a entidade controlada, salvo quando for constatada ilegalidade ou omissão no cumprimento de normas jurídicas pertinentes (Acórdão 210/2013-Plenário).**”

11. Em seu pronunciamento expedido em 17 de abril de 2018, o Auditor ressalta que não existia normativo que orientasse a forma de o BCB conduzir o problema, mas apenas previa a necessária atuação da Autoridade Monetária. A conclusão do relatório do Auditor foi clara e acertada, entendendo-se a realidade vivida em momento especial:

“6.4. *Todavia, ao se debruçar sobre a questão, é forçoso reconhecer que tem o Banco Central prerrogativa de atuar no mercado de derivativos. Nessa linha, dispõe o artigo 11, inciso III, da Lei n. 4.595/1964, com redação dada pelo Decreto-lei 581, de 14/5/1969, in verbis: [...]*” (Destques ausentes no original.)<sup>5</sup>

12. Essa questão é explorada de modo detido pelo referido Auditor, valendo destacar o contido no item 6.13 daquela peça: “*ao atestar a legalidade da ação do Banco Central no mercado de derivativos, invariavelmente, desloca-se a questão para os limites discricionários da atuação da entidade como Autoridade Monetária.*”

13. A legalidade de atuação do BCB no mercado de câmbio com os instrumentos disponíveis àquele momento alcança e legitima os limites de sua discricionariedade técnica, pois observada a autoridade conferida e a necessidade de interferência contida no cenário colapsado. Na verdade, **as circunstâncias praticamente impuseram a intervenção da Autoridade Monetária no mercado da forma como feita**, cabendo até falar em ato vinculado – e não discricionário –, como aliás reconheceu o TRF1 em acórdão já juntado aos autos, cabendo destacar, desde já o seguinte trecho:

“6. *As operações cambiais, ora questionadas, 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.*”

---

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 1994, Tigres Asiáticos (Tailândia, Indonésia, Malásia e Coréia 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. Cláudio Mauch;
  - i) Troca do Presidente do Banco Central do Brasil;
  - j) Elevada demanda por dólares para proteção (‘hedge’).” (Destques ausentes no original.)
- 5 Ressalte-se que o órgão jurídico do BCB já havia se manifestado sobre o tema, legitimando interpretação que sustenta a atuação no mercado de câmbio da forma como feita, nos termos do Parecer DEJUR – 160/1997, de 9 de setembro de 1997, com fundamento no mencionado art. 11, inciso III, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

14. Foi ponderado na conclusão do Secretário da Serur<sup>6</sup> que a possível quebra daquela instituição financeira objeto das operações impugnadas, por ser de pequeno porte, não seria capaz de gerar crise de desconfiança no Sistema Financeiro Nacional. Tal argumento não leva em consideração a dinâmica de propagação de choques sistêmicos, desencadeados por crises de confiança, no âmbito dos mercados financeiros, de câmbio e de capitais. A realidade da vida cuida de defenestrar tal assertiva: como bem assinalado na perícia determinada pela Justiça Federal, a última crise econômico-financeira global foi deflagrada por problemas numa instituição de médio porte do mercado financeiro norte-americano, o *Lehman Brothers*. É dizer: em momentos de desconfiança generalizada, a quebra de uma pequena ou média instituição pode ser o estopim de uma crise de grandes proporções, que é o papel de um banco central tentar evitar.

15. A despeito desse cenário, o Acórdão recorrido afastou a questão do risco sistêmico ao argumento de que o FonteCindam suportaria uma elevação da taxa cambial até o dia 21 de janeiro de 1999 e, também, que poderia reverter suas posições vendidas no mercado de opções, que possuía liquidez nos dias posteriores ao abandono da política de bandas cambiais, quando a moeda norte-americana passou a flutuar livremente. Com tal entendimento, desqualificou, mas sem negar, a existência do risco sistêmico que motivou a operação realizada pelo BCB em janeiro de 1999. Ou seja, o Acórdão apenas rejeitou o argumento lançado pelos Recorrentes sem, no entanto, afastar a certeza de que qualquer fato anormal, consistente principalmente na inadimplência de contratos na BM&F ou a liquidação extrajudicial de instituições financeiras pelo BCB, levaria a situação econômica do País ao colapso, lançando a questão em verdadeira aporia.

16. Assim, admitida a realidade de proximidade de colapso do sistema financeiro naquele momento como contido no julgado, a conclusão, obrigatoriamente, deveria caminhar no sentido inverso: **necessidade de atuação do agente regulador e uso dos instrumentos disponíveis para permitir o exercício de sua obrigação institucional.**

17. Não por outro motivo **foi essa a conclusão contida no relatório do Auditor da Serur**, que reconhece a impossibilidade de o TCU, mediante “engenharia reversa”, inclusive com utilização de informações ou análises que não estavam prontamente disponíveis ao BCB no momento da iminência da crise cambial, substituir os gestores da ocasião, que atuaram premidos pelos deveres de prevenir, evitar e intervir, em ordem a mitigar os riscos que se apresentavam:

**“6.16. Há que se ter o cuidado de respeitar os limites da atuação discricionária dos órgãos técnicos. No presente caso, o TCU entende que o Bacen poderia ter atuado, mas não daquela forma. De fato, nos termos e diante dos aspectos sobremaneira subjetivos colocados à frente, a Corte está decidindo em que formato poderia a Autoridade Monetária agir.**

**6.17. No que concerne aos fatos ocorridos em janeiro de 1999, não há dúvida de que definir se os eventos ocorridos poderiam culminar em crise sistêmica constitui tarefa que beira à impossibilidade para esta Corte, passados quase 20 anos.**

6 Em sentido oposto à acurada análise da Serur, o então Secretário da unidade concluiu que: 1) teria sido configurado abuso do poder discricionário; 2) é atribuição do TCU analisar a razoabilidade da discricionariedade do ato da autoridade monetária; 3) teriam sido praticadas operações “contra as normas”, sem, entretanto, indicar quais seriam tais normas; 4) ter-se-ia ferido o princípio da impessoalidade, apoiando-se unicamente na transcrição do Acórdão recorrido, sem análise crítica frente as razões do Recurso e ignorando completamente os robustos fundamentos apresentados pelo Auditor, apoiados por Diretor da própria Serur.

O então Secretário da Serur negligencia até os fatos e faz afirmação falsa ao insinuar que “o Poder Judiciário e a CPI mista do Congresso Nacional até o momento convergiram com as conclusões deste Tribunal. Ou seja, todos, até o momento, são uníssonos ao apontar irregularidades graves nas operações”. Como é sabido, porque é fato público e notório e foi devidamente documentado nos autos, o Poder Judiciário já reconheceu assistir razão aos Recorrentes, na forma de acórdão do TRF1 já juntado ao processo.

Também está flagrantemente incorreta a afirmação do então Secretário da Serur de que “a operação não estava amparada nos normativos ou manifestações pretéritas do próprio Bacen”. Ora, como visto, o próprio TCU, seja no Acórdão 2908/2008-TCU-Plenário seja no Acórdão recorrido, admitiu expressamente a competência legal do BCB para realizar intervenção no mercado de derivativos e ressaltou que a oferta de contratos dessa natureza na condução da política cambial já vinha ocorrendo há vários anos.

6.18. Além disso, **a análise daqueles dias será realizada sempre de forma subjetiva a cada novo auditor, técnico ou magistrado que se deparar com a situação.**” (Destaques ausentes no original.)

18. Reprise-se que **a intervenção do BCB era exigida**. É temerário acreditar que o FonteCindam e seus fundos tinham outros meios para reverter suas posições vendidas em opções de dólar. No momento em que foi realizada a operação financeira com o BCB, o cenário que se apresentava aos então dirigentes da Autarquia era o de que, caso houvesse inadimplência ou a liquidação de uma instituição financeira, ou mesmo a utilização de mecanismo de liquidação compulsória de contratos derivativos pela então denominada BM&F (hoje B3), a confiança no sistema de proteção (*hedge*) oferecida por essa instituição se veria seriamente abalada, aprofundando, principalmente, a saída de capitais do País, e, por consequência, reduzindo as reservas internacionais que a todo custo procurava a Autoridade Monetária preservar.

19. Considerando-se o contexto da época dos fatos, não se pode concluir de forma distinta da correta atuação dos Recorrentes, em linha estrita com o papel regulador da Autarquia. Tanto que o Auditor da Serur endossa com assertividade o caminho trilhado, como se vê nos seguintes excertos de sua manifestação de 17 de abril de 2018:

*“6.23. Diante disso, no início de janeiro de 1999, ao observar substancial queda nas reservas internacionais, de US\$ 6 bilhões, nos dias 11,12 e 13 de janeiro; e possível demanda estratosférica por dólares à vista, estimada em mais de US\$ 10 bilhões, não é desarrazoado imaginar que os dirigentes do Banco Central estariam, de fato, bastante sensíveis a qualquer instituição que pudesse tornar ainda mais instável aquela conjuntura. Além disso, não se pode olvidar que o mundo sofrera nos dois anos anteriores duas crises internacionais (Ásia e Rússia), com significativos reflexos na economia nacional e forte fragilização da política cambial em vigência.*

*6.24. Nessa linha, ao se debruçar com atenção sobre os resumos dos fatos, é inevitável concluir que as condições econômicas que se apresentavam no início de 1999 eram severas e deturpariam a percepção de todo e qualquer técnico, devendo os responsáveis por políticas monetária e cambial redobram os cuidados em eventuais decisões a serem tomadas naquele período.*

*6.25. Por certo, não se pode, nessa conjuntura, avaliar o risco sistêmico apenas como a possibilidade de duas instituições pequenas assumirem ou não seus compromissos diante do mercado ou absorverem eventuais prejuízos nas transações. Seria necessário, como afirmam os ex-dirigentes do Bacen, observar os possíveis reflexos que eventual crise de confiança poderia ocasionar nos mercados de câmbio e de capitais e, por conseguinte, na economia do país.*

[...]

*6.29. É tarefa facilitada analisar o efeito sistêmico e risco sistêmico após o fim de período de turbulência superado pelo país. Entretanto, é do conhecimento de todos que o início do ano de 1999 se caracterizou por grande volatilidade, que exigiria do Bacen atuação preventiva e não reativa.*

[...]

*6.32. Diante disso, não se mostra verdadeira a afirmação de que os Bancos Marka e Fonte Cindam eram pequenos e não poderiam ter qualquer influência no mercado, em caso de insolvência e patrimônio líquido negativo.”* (Destaques ausentes no original.)

20. Nessa linha, é importante resgatar que desde a primeira análise da questão pela Corte de Contas, o Ministro Benjamin Zymler evidenciou compreensão acerca das dificuldades inerentes ao enfrentamento da crise cambial, considerando plausível posicionamento favorável em relação à situação de risco do Banco FonteCindam já no dia 14 de janeiro de 1999 e nos dias que se seguiram, como transcrito no item 6.44 da manifestação do Auditor da Serur adiante transcrito:

**“O Banco Fonte Cindam, por outro lado, estava em situação de risco, haja vista a exposição cambial de seu patrimônio e de seu fundo exclusivo Trade II.**

*Em 15.1.1999, quando o Banco Central decidiu não intervir no mercado, a despeito de não alterar formalmente o regime cambial, o risco do Banco Fonte Cindam elevar-se-ia consideravelmente. A cotação do câmbio fechou em R\$ 1,46/US\$, mas não se poderia prever, de antemão, qual o comportamento do mercado até o vencimento dos contratos, especialmente se o Banco Central voltasse a atuar no mercado à vista.*

*A posteriori e sem considerar o resultado das demais operações bancárias, verifica-se que o Banco Fonte Cindam tornar-se-ia totalmente inviável no dia 20.1.1999, quando o câmbio atingisse a cotação de R\$ 1,5735/US\$, ou no dia 21.1.1999, com a cotação de R\$ 1,6602/US\$.” (Destques ausentes no original.)*

21. A Procuradora-Geral do TCU, em parecer datado de 31 de outubro de 2018, acolheu integralmente o pronunciamento do Auditor da Serur e as razões apresentadas pelos ex-Diretores do BCB, transcrevendo-se abaixo alguns trechos que reconhecem a existência de risco sistêmico e evidenciam a necessidade de preponderância do controle das reservas internacionais e do equilíbrio do sistema financeiro, a ausência de irregularidade e a compensação de supostas perdas:

**“22. Nesse conjunto de fatores, pode-se dizer que havia preponderância da necessidade de controle das reservas internacionais. Desde a implantação do Plano Real em 1994, em que se optou pela denominada “âncora cambial” (R\$ 1,00 = US\$ 1,00) como instrumento de contenção da vertiginosa escalada da inflação, a estabilidade econômica brasileira esteve relativamente vinculada ao controle da taxa de câmbio, sob responsabilidade do Banco Central do Brasil em primeiro plano. No período de julho de 1994 à primeira quinzena de janeiro de 1999, sucessivas crises nos mercados financeiros internacionais e instabilidades internas (a exemplo da moratória do Estado de Minas Gerais) impuseram expressivas perdas de reservas internacionais brasileiras em virtude da necessidade de manter equilíbrio de preços na economia por meio da política cambial vigente, entre outras medidas. De forma marcante, embora se tenha obtido em novembro de 1998, por acordo com o Fundo Monetário Internacional, o aporte financeiro de até US\$ 41,5 bilhões (“colchão de liquidez”), o volume de reservas disponível se mostrava insuficiente para reverter as expectativas pessimistas de investidores internacionais e agentes econômicos domésticos e conter a pressão desfavorável, inclusive de demandas especulativas, sobre o câmbio e o mercado de derivativos.**  
[...]

**27. Consideradas as referidas circunstâncias econômicas da época e o conjunto de elementos da política cambial então vigente, este Parquet pondera na presente etapa processual, em reflexão mais aprofundada acerca da matéria, que não subsistem no caso concreto as razões adotadas na deliberação recorrida para reputar irregulares as operações feitas pelo Bacen com o Banco FonteCindam e para configurar o correspondente dano ao erário.**

**28. Em primeiro plano, o cenário de risco sistêmico advindo do expressivo grau de insolvência do Banco Marka S/A, avaliado pelo Bacen e também reconhecido pelo TCU, constitui exigência inafastável de cautela e moderação pela autoridade monetária, mediante a adoção de ações preventivas e proativas para a manutenção da estabilidade do sistema financeiro nacional, cuja inobservância poderia redundar em gestão temerária da coisa pública e em prejuízos irreparáveis de responsabilidade dos gestores públicos envolvidos.**

**29. Ainda relativamente às condições específicas do Banco FonteCindam, reputa-se errôneo afirmar que a situação de mera iliquidez o tornava imune aos efeitos do risco sistêmico [...].**  
[...]

**34. Todavia, reexaminada a matéria em sede recursal quanto ao nexo de causalidade, fica desconstituído o dano ao erário uma vez afastada a irregularidade original. Assim, consideradas regulares as operações, o somatório dos ajustes diários em desfavor do Bacen deixa de configurar prejuízo ao erário (débito), pois se entende que as medidas adotadas estão inseridas no exercício regular da política cambial do Bacen, fazendo com que, numa visão global e conjunta dos fatos, as perdas no mercado futuro sejam compensadas pelas reservas internacionais preservadas. Fica consignada, todavia, a ressalva de que não se trata propriamente de uma compensação integral, pois incidiram outras despesas às expensas do Bacen, como a remuneração da instituição financeira dealer e os encargos da BME&F, as quais não representam dano ao erário por se tratar de valores inerentes ao funcionamento do mercado.**

[...]

36. Diante do exposto, **esta representante do Ministério Público manifesta-se por que sejam conhecidos os Recursos de Reconsideração interpostos aos termos do Acórdão n.º 1.915/2015-TCU-Plenário, com as alterações feitas pelos de n.ºs 2.579/2015 e 2.429/2016, para, no mérito, dar-lhes provimento no seguinte sentido:**

a) **declarar insubsistente a integralidade do Acórdão n.º 1.915/2015-TCU-Plenário, com as alterações feitas pelos de n.ºs 2.579/2015 e 2.429/2016, para julgar regulares as contas dos Senhores Cláudio Ness Mauch (ex-Diretor de Fiscalização do Bacen), Demóstenes Madureira de Pinho Neto (ex-Diretor de Assuntos Internacionais do Bacen) e Francisco de Pádua Lopes (ex-Diretor de Política Monetária e ex-Presidente em exercício do Bacen), dando-se-lhes quitação plena, com fundamento nos arts. 16, inciso I, 17 e 23, inciso I, da Lei n.º 8.443/92; e [...].**” (Destques ausentes no original.)

22. Em palavras mais diretas, **não há qualquer elemento objetivo que afaste a razoabilidade do entendimento do BCB e de seus ex-Diretores com base nas circunstâncias presentes no momento da decisão, em janeiro de 1999, não se figurando juridicamente aceitável que reavaliação subjetiva dos fatos justifique sua condenação a ressarcir o Erário por prejuízos que não existiram nem a aplicação de multa milionária, até porque esta se encontra fundada no art. 57 da Lei n.º 8.443, de 1992, que somente tem cabimento em hipótese de dano ao Erário, o que não ocorreu, como já demonstrado.**

#### IV – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SUBJETIVOS PARA EVENTUAL RESPONSABILIZAÇÃO DOS EX-DIRETORES DO BCB, ORA RECORRENTES: NECESSÁRIA APLICAÇÃO DA LINDB

23. É certo que **qualquer medida de responsabilização de gestores públicos requer o concurso de ao menos quatro elementos: conduta irregular, nexos causal, resultado danoso e culpabilidade.** Já consagrada na doutrina, essa tese foi integralmente respaldada na recente reforma do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, denominado Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), promovida pela Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018, conhecida como Lei da Segurança Jurídica, que reforçou o critério de **responsabilidade subjetiva dos agentes públicos, limitadas aos casos de dolo e erro grosseiro (art. 28)**<sup>7</sup>, e orientou os julgadores a observarem os “contornos fáticos e normativos concernentes aos atos examinados” (art. 22)<sup>8</sup>.

24. No caso concreto, **nem sequer houve conduta irregular**, o que já afasta o primeiro elemento de responsabilização e também os aspectos a ela conexos, como nexos causal e resultado danoso. Com efeito, as operações de dólar futuro foram realizadas com base em competência legal expressa, contida no art. 11, inciso III, da Lei n.º 4.595, de 1964, na linha de precedentes de intervenção no mercado de câmbio, notadamente nas crises internacionais havidas na Rússia e Ásia nos anos anteriores, e considerando amplamente o contexto fático e a convicção de iminência de crise cambial que poderia afetar a estabilidade do sistema financeiro e por isso exigia atuação enérgica e preventiva por parte do BCB, **dentro dos limites do dever de agir (ato vinculado), como admitido pelo Poder Judiciário, ou da discricionariedade técnica, como reconhecido recentemente por Auditor e Diretor da Serur.**

25. De todo modo, a título de argumentação, cabe evidenciar, desde já, a **ausência de dolo ou erro grosseiro por parte dos Recorrentes.**

<sup>7</sup> “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.”

<sup>8</sup> “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.”

26. Em verdade, sem demonstrar a suposta má-fé dos Recorrentes, invocada pela então Relatora do Acórdão 1915/2015-TCU-Plenário a presumiu, partindo de pressupostos genéricos, que não correspondem aos fatos, o que deslustra toda a instrução feita nos autos deste processo. Nesse sentido, o Acórdão 2906/2008-TCU-Plenário já continha manifestação da área técnica dessa Egrégia Corte a respeito da boa-fé dos então dirigentes do BCB:

**“Por essas razões e concedendo-se aos diretores do Banco Central o benefício da dúvida quanto à deflagração de uma crise sistêmica em decorrência da quebra do Banco Marka, seja pela perda de credibilidade do mercado futuro, seja pela quebra em cadeia de outras instituições financeiras, e tendo em vista a real e excepcional situação financeira do País naquele momento, pensamos estar evidenciada a boa-fé dos diretores do Banco Central, nas operações envolvendo o Banco Marka.”**

27. À mesma conclusão chegou a Corte de Contas no mais recente julgado acerca da atuação do BCB durante a má-valorização do Real em janeiro de 1999. No voto condutor do Acórdão 2605/2018-TCU-Plenário, o Ministro Benjamin Zymler, reconhecendo a aplicação da LINDB ao caso e a postura dos ex-Diretores, consignou o que se segue:

**“54. Do exposto, o que se vislumbra é que a autoridade monetária agiu dentro de uma esfera de discricionariedade técnica em uma situação na qual decisões precisavam ser tomadas com rapidez. Nesse contexto da crise de 1999, não vislumbro ser possível chegar-se a uma conclusão acerca do acerto ou erro da decisão, pois creio ser inviável determinar de forma peremptória o que teria acontecido caso a autoridade monetária tivesse agido de forma diversa. Aplicável, pois, os seguintes dispositivos da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro:**

**“Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.**

**§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.**

**§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.”** (Grifos acrescidos).

**55. Nesses casos, creio importante saber se havia plausibilidade na decisão adotada e, nesse ponto, considerando o até exposto, creio que, no mínimo, deve ser concedida aos gestores públicos o benefício da dúvida, de forma a considerar que as suas ações foram dotadas de razoabilidade, até porque, como será visto a seguir, não se vislumbra que a operação tenha gerado prejuízo aos cofres públicos.”** (Destaques ausentes no original.)

28. Embora tenham feito referência ao Marka, os comentários se aplicam, também, à operação relativa ao FonteCindam, pois os fundamentos da atuação dos Recorrentes em relação a essa instituição são justamente o fato de o País estar vivendo, à época, séria crise cambial e não podia, de forma alguma, perder suas reservas em decorrência de eventual crise de confiança do mercado, que poderia ser desencadeada pela inadimplência das obrigações dessa instituição financeira assumidas no ambiente da BM&F.

29. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: **a boa-fé se presume; a má-fé se prova**. Vale dizer: má-fé não se presume e deve ser provada, do contrário é nula a decisão que, também, nela se baseia.

30. A alegação genérica feita no voto condutor do Acórdão recorrido acerca da inexistência de boa-fé dos Recorrentes não ficou provada nos autos. Ao contrário, chega a ser contraditório que o acórdão reconheça o momento de crise cambial que vivia o País à época, em que decisões deveriam ser tomadas rapidamente para evitar-se o pior, e, por outro lado, conclua que os dirigentes do BCB não atuaram de acordo com o interesse público, como se estivessem a beneficiar a si ou a outrem de modo escuso.

31. Em momento algum ficou provado que os Recorrentes mantinham relação promíscua com os dirigentes do FonteCindam, com eles intercambiando benesses ou informações privilegiadas que lhes garantissem vantagens ilícitas. Não há prova de fatos que ao menos sugiram atentado aos princípios da Administração ou ao patrimônio público.

32. A realidade exposta até mesmo na representação inicial e comprovada ao longo da instrução processual, no sentido de que o risco sistêmico era concreto em janeiro de 1999 e que as operações realizadas pelo BCB com a instituição financeira àquela época mostravam-se adequadas ao seu enfrentamento, infirma a existência de dolo ou culpa grave dos Recorrentes a justificar eventual má-fé ou ato de improbidade. A verdade é que **não está presente dolo, nem mesmo na modalidade eventual, erro grosseiro ou qualquer indício de que o BCB ou seus agentes tenham-se valido do exercício da função pública com desvio de finalidade.**

33. Diante desse cenário e considerando o **padrão do administrador médio**, pode-se afirmar que **qualquer agente** que estivesse na Diretoria do BCB naquela ocasião de extrema pressão, ao se deparar com o contexto de crise cambial, **teria reconhecido a possibilidade de deflagração de crise sistêmica e possivelmente adotado a mesma decisão dos ex-Diretores, autorizando a intervenção no mercado de derivativos ofertando contratos de dólar futuro às instituições integrantes do sistema financeiro interessadas, de modo a preservar as então combalidas reservas internacionais do País.** O depoimento de renomados economistas, o laudo pericial produzido pela Justiça Federal, a decisão final do TRF1 e o recente Acórdão 2605/2018-TCU-Plenário são indicativos claros da razoabilidade da atuação dos ex-Diretores da Autoridade Monetária. Pode-se dizer mais: **eles agiram com toda a diligência possível**, considerando os elementos de informação disponíveis naquele momento, que sinalizavam efetivamente para a iminência de uma crise sistêmica.

## V – CONCLUSÕES

34. A **instrução deste Processo**, o Recurso de Reconsideração dos ex-Diretores do BCB, os **pronunciamentos de Auditor e Diretor da Serur datados de 17 de abril de 2018**, o **parecer do MPJTCU de 31 de outubro de 2018** bem evidenciam que as operações de dólar futuro impugnadas foram não somente lícitas e legítimas, pois compreendidas no inciso III do art. 11 da Lei nº 4.595, de 1964, como também absolutamente necessárias, atendendo a os pressupostos do ato administrativo e a sua finalidade, qual seja, o interesse público, estando comprovada a ausência de prejuízo ao Erário, o que, aliás, desautoriza até mesmo a existência de tomada de contas especial, nos termos dos arts. 8º e 47 da Lei nº 8.443, de 1992.

35. O **Acórdão proferido pelo TRF1** no julgamento das Apelações 0012052-82.1999.4.01.3400, 0009883-25.1999.4.01.3400, 0010168-18.199.4.01.3400, 0020262-25.1999.4.01.3400, 0019638-73.1999.4.01.3400 e 0020263-10.1999.4.01.3400 traz toda a sorte de **fundamentos jurídicos aptos a reforçar essa convicção:**

***“3. Ao contrário do alegado pela parte autora, o Banco Central do Brasil tinha atribuição legal – art. 11 da Lei 4.595/64 e DL 581/69 – para zelar pelo regular funcionamento do mercado de compra, sendo-lhe facultado para esse fim, realizar operações de crédito no exterior, comprar e vender ouro e moedas estrangeiras, inclusive, no mercado de câmbio futuro.*”**

4. **A perícia técnica constatou que as operações 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 atuar no mercado de moeda estrangeira da forma como foi feito. Não tendo o BACEN atuado contra legem – à margem da lei na realização das atividades ou dos contratos no modo como foram firmados.**

5. *A análise do rol de atribuições inerentes aos cargos de direção da autarquia, ocupados por alguns do requeridos, demonstra que eles, à luz dos princípios que norteiam a Pública Administração, 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 cogentes.*

6. **As operações cambiais, ora questionadas, 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.**

[...]

8. *A prática inquinada de ímproba pelo MPF, encontra-se numa esfera de discricionariedade técnica e se deu dentro da banda diagonal endógena, ou seja, independentemente do que acontecesse, o contrato estava inserido – *ipsis litteris, ipsis verbis* – naquilo que o Banco Central se propôs a fazer, e, naturalmente, na sua própria gestão do sistema financeiro e monetário. Nessa operação, não existiu uma venda de dólar acima ou abaixo, a operação estava rigorosamente dentro das regras.*

[...]

10. **Deve se ter em linha de visão que o Banco Central do Brasil estava diante de um quadro de não permitir que instituições bancárias brasileiras falissem. Decisões tomadas pelo setor técnico da autarquia monetária se justificam ante a real impossibilidade de segurança absoluta do sistema econômico e financeiro à época e, mais que isso, no risco da sensibilidade do sistema a situações específicas, como a falência de bancos, dentre eles o Marka e o Fonte Cindam, que não possuíam capacidade de honrar seus compromissos futuros e de ‘zerar’ suas posições, de tal modo que a atuação do BACEN foi pautada pela razoabilidade e estrita legalidade.**

11. **Comprovado pelo laudo pericial, complementado pelos esclarecimentos prestados pelo expert, a inexistência dos alegados prejuízos ao erário acarretados pelas operações cambiais taxadas pelo Parquet de ilegais.** Confira-se: ‘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’ (excerto extraído do laudo pericial).

12. **O ato administrativo era legal, o Bacen possuía autonomia para fazer o que fez, estava nos limites de sua 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.**

13. **Não há – neste caso – responsabilidade sem culpa, em que não se aponta nenhum equívoco digno de imprudência, imperícia, muito menos dolo, e negligência muito menos. [...]**” (Destaques ausentes no original.)

36. Não à toa, a própria Corte de Contas reconheceu a legalidade da atuação do BCB, bem como a ausência de prejuízo ao Erário, no Processo TC 033.048/2008-4, atinente a semelhantes operações com o Marka, afastando a responsabilização dos ex-Diretores, ora Recorrentes, com a prolação do Acórdão 2605/2018-TCU-Plenário, de seguinte teor:

“ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. **acatar as razões de justificativa apresentadas pelos srs. Carlos Eduardo Tavares de Andrade, Francisco de Pádua Lopes, Paolo Enrico Maria Azghen, Cláudio Ness Mauch e Demóstenes Madureira Pinho Neto;**  
9.2. **julgar regulares com ressalva as contas do Cláudio Ness Mauch, Demóstenes Madureira de Pinho Neto, Francisco de Pádua Lopes, Antônio Sérgio do Carmo Dupin, Cinthia Costa e Souza, Gustavo Wanderley Dias de Freitas, Gilberto Gilberti e do Fundo Marka Nikko Asset Management Sociedade Civil Ltda., dando-lhes quitação, nos termos dos arts. 1º, inciso I; 16, inciso II; 18 e 23, inciso II, da Lei 8.443/1992; [...]**”

37. Diante de tudo, resta concluir que foi **amparada legalmente a conduta dos ex-Diretores do BCB, que agiram acertadamente na oportunidade, prestigiando o papel de regulador do sistema financeiro, não podendo ser punidos pelo exercício escorreito de seu mister**, o que implica a **necessidade de reforma da decisão recorrida**, seguindo-se o exemplo dado pelo recente Acórdão 2605/2018-TCU-Plenário.

38. Deve, pois, ser **acolhida in totum a proposta de encaminhamento do Auditor da Serur e da Procuradora-Geral do TCU**, no sentido de “**declarar insubsistente a integralidade do Acórdão nº 1.915/2015-TCU-Plenário, com as alterações feitas pelos de nº 2.579/2015 e 2.429/2016**”, para “**julgar regulares as contas**” dos Recorrentes e, “**em consequência, tornar sem efeito o débito, as multas e a determinação para adoção das medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis**”.

Brasília, 26 de fevereiro de 2019.

**FREDERICO BERNARDES VASCONCELOS**  
Procurador do Banco Central  
OAB/DF 11.709

**MARCEL MASCARENHAS DOS SANTOS**  
Procurador-Geral Adjunto do Banco Central  
OAB/DF 31.580