Pareceres

CONTRATO DE CÂMBIO – CLASSIFICAÇÃO INCORRETA

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

1. Dos fatos. 2. Da legislação referida nas intimações feitas aos indiciados. 3. Da inépcia do indiciamento de ... ("Intimada"). 4. Da ilegitimidade de parte quanto à Intimada. 5. A infração tipificada no § 4º do art. 23 da Lei 4.131/1962 e a ilegitimidade passiva do Banco Intimado. 6. A saída de recursos do país. Ausência de ilícito no caso concreto. 7. O bem jurídico protegido e a inexistência de prejuízo. A ausência de dolo. 8. A alegada falta de pedido de autorização prévia ou de apresentação do certificado de registro na operação de transferência internacional de moeda nacional. 9. As penalidades que o Banco Central do Brasil intenta aplicar ao Banco Intimado. 10. A questão da penalidade a (não) ser aplicada: 10.1 Os princípios limitadores (e excludentes) do poder punitivo estatal – 10.2 O devido processo legal substantivo ("substantive due process") – 10.3 O § 4º do art. 23 da Lei 4.131/1962: uma norma arbitrária?. 11. Conclusões.

Consulta

Consulta-nos "Pinheiro Neto Advogados" a respeito de diversos aspectos jurídicos relacionados com o Processo Administrativo DECAM-98/115, instaurado contra ... ("Banco Intimado") e ... ("Intimada") pela alegada infração ao disposto na legislação apontada nas intimações dirigidas aos indiciados acima mencionados.

A resposta dar-se-á segundo os tópicos em seguida alinhados.

1. Dos fatos

Em apertada síntese, verifica-se que a instituição financeira em causa e um de seus administradores – aquele encarregado da área de câmbio – vieram a ser responsabilizados porque, segundo o Banco Central do Brasil, teriam efetuado *classificação incorreta da operação relativa ao Contrato de Câmbio n. ..., de 10.1.1995, tipo 03*, celebrado com a ... .

A operação vertente teve lugar no "Mercado de Câmbio de Taxas Livres", sob a rubrica "70360 – Capitais Estrangeiros a Longo Prazo/Investimento Direto no Brasil/Participação em Empresas no País", no valor de US$ 270,000,000.00 (duzentos e setenta milhões de Dólares dos Estados Unidos da América).

Segundo o Banco Central do Brasil, a finalidade indicada para os recursos em tela "mostrou-se discrepante" daquela declarada no formulário do contrato de câmbio respectivo, uma vez que o valor então convertido em moeda nacional, equivalente, na época, a R$ 226.800.000,00, teria sido creditado em conta corrente mantida pela ... junto ao Banco indiciado. A mesma importância, por sua vez, teria amparado, simul-

taneamente, uma "Transferência Internacional em Moeda Nacional", registrada sob n. ..., de 12.1.1995, em favor de conta corrente de cliente não-residente do ..., sob a Natureza-Fato 60.507 – "Capitais Estrangeiros a Curto Prazo/Empréstimos a Residentes no Brasil", a título de amortização de empréstimo, e tendo como beneficiária final, no Exterior, a ... .

Na visão do Banco Central do Brasil o procedimento acima descrito teria caracterizado uma "saída de recursos do país", tal como definido no inciso II do art. 1º da Circular 2.242, de 2.10.1992 e, "posteriormente", no inciso II do art. 7º da Circular n. 2.677, de 10.4.1996.

Assim sendo, ainda conforme a interpretação dada aos fatos por aquela autarquia federal, o Contrato de Câmbio ... teria sido classificado incorretamente pelo Banco interveniente, porque a finalidade nele declarada ("Capitais Estrangeiros a Longo Prazo/Investimento Direto no Brasil/Participação em Empresa no País") veio a ser desvirtuada como resultado da "Transferência Internacional em Reais" operada por meio daquela instituição financeira, tendo, portanto, sido caracterizada infração ao que dispõe o art. 23, § 4º, da Lei 4.131, de 3.9.1962.

Na visão do Banco Central do Brasil, ainda, a "Transferência Internacional em Reais" por ele reportada teria representado liquidação parcial de empréstimo contraído pela ... perante a ..., em virtude de operação firmada pelas partes em 10.1.1995. Considerando que a empresa devedora havia afirmado a existência de um "empréstimo", ao fazer a remessa acima referida, o Banco Intimado teria deixado de exigir a apresentação do respectivo "Certificado de Registro", consistente no documento necessário para amparar a transferência internacional em Reais. Dessa forma, para o Banco Central do Brasil teria sido contrariado o disposto no art. 1º, § 1º, II, da Circular 2.409, de 2.3.1994.

Em vista do exposto, aquela autarquia federal entendeu estarem os indiciados sujeitos às penalidades cominadas no art. 23, § 4º, da Lei 4.131, de 3.9.1962, e também no art. 44 da Lei 4.595, de 31.12.1964.

2. *Da legislação referida nas intimações feitas aos indiciados*

Nas intimações sob exame, o Banco Central do Brasil fez referência a diversos textos legais e regulamentares que teriam sido infringidos pelos indiciados, importando verificar o seu conteúdo e extensão, para o fim do exame de sua adequação ao caso concreto e às pessoas envolvidas.

a) *Lei 4.131, de 3.9.1962, art. 1º*: "Consideram-se capitais estrangeiros, para os efeitos desta Lei, os bens, máquinas e equipamentos entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no país, para aplicação em atividades econômicas, desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas, residentes, domiciliadas ou com sede no Exterior".

b) *Lei 4.131 de 3.9.1962, art. 23, § 4º*: "Constitui infração, imputável ao estabelecimento bancário e ao corretor que intervierem na operação, punível com multa equivalente de 5 (cinco) a 100% (cem por cento) do respectivo valor, para cada um dos infratores, a classificação incorreta, dentro das normas fixadas pelo Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito, das informações prestadas pelo cliente no formulário a que se refere o § 2º deste artigo".

c) *Lei 4.131, de 3.9.1962, art. 23, § 2º*: "Constitui infração imputável ao estabelecimento bancário, ao corretor e ao cliente, punível com multa equivalente ao triplo do valor da operação para cada um dos infratores, a declaração de falsa identidade no *formulário que, em número de vias e segundo o modelo determinado pela Superintendência da Moeda e do Crédito*, será exigido em cada operação, assinado pelo

cliente e visado pelo estabelecimento bancário e pelo corretor que nela intervieram" (destaques nossos).

Observe-se, por oportuno que, nos termos da Lei 4.595, de 31.12.1964, a Superintendência da Moeda e do Crédito e o Conselho desse órgão foram extintos e substituídos em suas competências, respectivamente, pelo Banco Central do Brasil e pelo Conselho Monetário Nacional.

d) *Lei 4.595, de 31.12.1964, art. 44*: "*As infrações aos dispositivos* ***desta Lei*** sujeitam as instituições financeiras, seus diretores, membros do conselhos administrativos, fiscais ou semelhantes, e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente: (...)" (destaques nossos).

e) *Circular 2.242, de 2.10.1992, art. 1º, II*: "Art. 1º. Para os fins e efeitos desta Circular, aplica-se aos recursos em Cruzeiros, objeto de transferências internacionais, a conceituação de residência do remetente, do correspondente e do beneficiário, disso decorrendo que: (...); II – caracterizam saídas de recursos do país os créditos efetuados pelo banco depositário em contas correntes tituladas por não-residentes, em conseqüência de pagamentos feitos por residentes no pís".

f) *Circular 2.409, de 2.3.1994, art. 1º § 1º, II*: "Art. 1º. A efetivação das transferências internacionais para o Exterior, em moeda nacional, nos termos da Resolução n. 1.946, de 29 de julho de 1992, e da Circular n. 2.242, de 7 de outubro de 1992, ficam condicionadas *[sic]* à apresentação pelo remetente do documento básico que ampararia a operação caso esta fosse realizada mediante operação de câmbio destinada a transferência para o Exterior de moeda estrangeira.

"§ 1º. Por documento básico, conforme a natureza da operação, entende-se:

"(...);

"II – nas operações de natureza financeira sujeitas a registro no Banco Central do Brasil nos termos da Lei 4.131, de 3 de setembro de 1962: Autorização Prévia ou Certificados emitidos pelo Banco Central do Brasil/Departamento de Capitais Estrangeiros – BACEN/FIRCE;

"(...)."

g) *Circular 2.677, de 10.4.1996, art. 7º, II*: "Art. 7º. Para os fins e efeitos desta Circular caracterizam:

"(...);

"II – saídas de recursos do país os créditos efetuados pelo banco depositário em contas tituladas por domiciliados no Exterior, exceto quando se tratar de movimentação direta entre duas contas da espécie;

"(...)."

3. Da inépcia do indiciamento de ... ("Intimada")

O indiciamento da Intimada apresenta-se inepto, por diversos motivos.

Cumpre lembrar, inicialmente, que o direito administrativo, nas relações do Estado com o particular, ao promover a responsabilidade deste pela infringência a dispositivos legais ou regulamentares, prende-se ao princípio da prova da culpa ou do dolo, na aplicação da chamada *responsabilidade subjetiva*. Essa responsabilidade subjetiva está claramente diferenciada da *responsabilidade objetiva*, independente da prova de culpa ou de dolo, estabelecida pelo legislador para casos específicos e muito bem delimitados.

Aplicam-se ao direito administrativo, portanto, por extensão, diversos princípios do direito penal, entre os quais a obrigação do Estado de expor os fatos irregulares porventura existentes, *ligando-os expressamente às pessoas dos indiciados*. Nesse sentido, assim se expressou o insuperável mestre Hely Lopes Meirelles,[1] falando das relações entre o direito penal e o adminis-

1. *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 36.

trativo: "Com o direito penal a intimidade do direito administrativo persiste sob muitos aspectos, a despeito de atuarem em campos bem diferentes".

Aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, verifica-se que a denúncia (no caso, o indiciamento administrativo) "conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias".

Ora, o exame das pretensas irregularidades apuradas pelo Banco Central do Brasil no inquérito sob exame, onde se encontra tão-somente uma sucinta descrição dos fatos ali apontados, deixou de atender ao disposto no art. 41 do Código de Processo Penal *porque não individualizou qualquer conduta*, muito menos a da indiciada – ou seja, deixou de ligar aqueles fatos à sua pessoa. Veja-se como a peça em causa apenas descreve a atuação do Banco Intimado, sem relacioná-la com qualquer participação da Intimada.

Aplica-se ao caso o *princípio da pessoalidade*, a base da responsabilidade pessoal, segundo o qual, no plano administrativo, alguém somente pode ser responsabilizado por ato próprio, e não de terceiro, pois aqui se trata da aplicação da chamada *responsabilidade subjetiva*.

Supondo-se – somente para argumentar – que tivesse ocorrido algum ato ilícito praticado pela Intimada, na qualidade de administradora do Banco Intimado, e que, por conseguinte, por ela devesse responder na esfera administrativa, *não foi descrita a sua participação em qualquer daqueles ilícitos, em ponto algum do processo administrativo correspondente*, ainda que a mero título de co-autoria, se fosse o caso.

Aplicando-se, ainda, o direito penal por analogia ao caso sob exame, verifica-se que a atuação do Banco Central do Brasil descumpriu exigências reconhecidas essenciais pelas Turmas Especializadas em direito penal e processual do Superior Tribunal de Justiça para os crimes societários, conforme abaixo:

"Penal – Processual – Crime societário – Ação penal – Trancamento – Inépcia da denúncia – *Habeas corpus* – Recurso.

"1. Nos chamados *crimes societários*, imprescindível que a denúncia descreva, pelo menos, o modo como os co-autores concorreram para o crime.

"2. A invocação da condição de sócio, gerente ou administrador, sem a descrição de condutas específicas, não basta para viabilizar a peça acusatória, por impedir o pleno direito de defesa.

"Denúncia inepta.

"3. *Habeas corpus* conhecido; pedido deferido para trancar a ação penal instaurada contra os pacientes" (5ª T., HC 8.258-PR, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 6.9.1999).

Portanto, na visão do Superior Tribunal de Justiça, o direito constitucional de ampla defesa ficou denegado no caso acima, examinado por aquela Corte, porque nele não houve a descrição da conduta específica dos indiciados. Da mesma forma, na situação objeto desta consulta, diante das irregularidades apontadas pelo Banco Central do Brasil, *não se sabe, a partir do relato do processo administrativo, qual o fulcro e qual o âmbito da acusação à Intimada: se lhe teriam sido imputadas todas as faltas indicadas, algumas ou uma apenas*. Dessa forma, não lhe teria sido possível apresentar uma defesa eficaz.

Suponha-se – somente a título de argumentação – que o Banco Intimado tivesse efetivamente praticado alguma ilicitude e que, portanto, viesse a ser responsabilizado no processo administrativo vertente; mesmo assim a intimada não poderia ser alcançada pela mesma responsabilidade, pois, não se tendo feito qualquer apontamento de conduta irregular que tivesse praticado, não poderia ser penalizada por fato de terceiro, pois, como se sabe, de acordo com o art. 5º, XLV, da Constituição Federal, *nenhuma pena passará da pessoa do condenado* ... Nota-se estar o Banco Cen-

tral do Brasil fazendo *tabula rasa* dessa cláusula pétrea de nossa Magna Carta.

Tornaghi, nos seus *Comentários ao Código de Processo Penal*,[2] estabeleceu os requisitos da denúncia válida – *Quis? Ubi? Quibus? Auxilius? Cur? Quomodo? Quando?* – ou seja, respectivamente, a pessoa do agente, o acontecimento histórico, o local, os partícipes e os instrumentos, as razões do crime, a forma de execução e o tempo da infração. Nada disto foi atendido no processo administrativo sob exame, disso decorrendo também a inépcia do indiciamento, inexistente imputação em tese.

O ilustre professor de Direito Penal e ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Vicente Cernicchiaro, examinando a matéria ora enfocada, assim se expressou:[3] "Também aqui há distinguir-se administrador que agiu ilicitamente do que se comportou conforme o Direito e do que sequer participou da atividade penalmente típica".

Na visão equivocada do Banco Central do Brasil, haveria responsabilidade administrativa pela simples qualidade de diretor caso alguma irregularidade pudesse ficar configurada. No entanto, inexistindo responsabilidade administrativa objetiva, impõe-se o reconhecimento da inépcia do indiciamento.

De outro lado, não podem ser esquecidos os *princípios básicos da administração pública*, expressos nas quatro conhecidas categorias de *legalidade*, *moralidade*, *impessoalidade* e *publicidade*.

Seguindo os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles na obra supracitada, verifica-se que, como princípio de base constitucional (CF, art. 37, *caput*), a *legalidade* significa que "o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso". "'A ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa violação da lei, do regulamento ou de outro ato normativo'."[4]

Ora, a ilegalidade do ato administrativo pode dar-se quando o agente administrativo foge dos preceitos legais aplicáveis a uma determinada situação fática, atribuindo ao administrado um efeito legal inexistente, criando-lhe um constrangimento descabido, tal como ocorreu com o indiciamento indevido da Intimada. Esse ato do Banco Central do Brasil, conforme já aqui verificado, não encontra base legal condizente.

No plano da *moralidade do ato administrativo* encontramos em Maurice Hauriou a construção dos seus fundamentos, tendo o insigne jurista francês demonstrado que o ato administrativo deve diferenciar o oportuno do inoportuno, o legal do ilegal, o justo do injusto, o honesto do desonesto.[5] Assim, a conduta do agente administrativo deve valorar os elementos em jogo para que o bem comum seja alcançado. Há uma responsabilidade do Estado pela boa aplicação da lei, o que significa aplicá-la nos limites estabelecidos pelo legislador, dirigindo-a aos sujeitos passivos ali previstos.

Esses princípios foram acolhidos pelo Código de Ética Profissional do Servidor Público (Decreto 1.171, de 22.6.1994), segundo o qual – ainda é Hely Lopes Meirelles[6] quem nos lembra – o servidor jamais poderá desprezar o elemento ético de sua conduta, devendo decidir não somente "entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto, *consoante as regras contidas no art. 37, 'caput,' e § 4º, da Constituição Federal*".

2. V. I, t. 2º, Rio de Janeiro, Forense, 1956, p. 82.

3. *Direito Penal na Constituição*, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1995, p. 102.

4. Hely Lopes Meirelles, *Direito* ..., 26ª ed., pp. 82 e 83.

5. *Précis Élémentaires de Droit Administratif*, p. 197, *passim*.

6. *Direito* ..., 26ª ed., p. 85.

O Banco Central do Brasil, ao ultrapassar os limites legais de responsabilidade pelas alegadas condutas ilícitas ocorridas no âmbito do Banco indiciado, feriu a moralidade administrativa, em prejuízo dos legítimos interesses da Intimada.

Por último, o *princípio da finalidade* foi infringido, pois o Banco Central do Brasil, no caso concreto, praticou o ato de indiciamento da indiciada *fora do seu fim legal*, ou seja, além da previsão do legislador para os fatos que, em tese, teriam correspondido a ilícitos verificados no Banco Central do Brasil. Este ponto ficará muito mais claro quando do exame do mérito, adiante realizado.

De tudo isso resulta clara a inépcia do indiciamento em causa, para todos os efeitos legais, especialmente o afastamento da indicada do inquérito de que se trata, invalidado para todos os fins legais, pois revestiu-se de clara ilegalidade.

Desses fatos conclui-se que, segundo a maneira pela qual as alegadas irregularidades foram apresentadas no processo administrativo sob exame, dando-se por inexistente qualquer ligação entre os fatos apontados e pessoas que os teriam praticado – especialmente a indiciada –, uma vez que o Banco Central do Brasil aplicou ilegalmente a tese da responsabilidade administrativa objetiva, estaria impedida em proveito da referida Intimada, dentro dos seus legítimos direitos constitucionais, qualquer apreciação do mérito.

Foram relacionadas algumas práticas ditas ilegais, conforme recordado acima. Foi a Intimada acusada de todas elas? De algumas? De uma, exclusivamente? A leitura do teor integral da intimação não leva a qualquer conclusão a respeito, conforme já demonstrado.

Daí a impossibilidade de uma defesa capaz de preencher a finalidade de demonstrar que não teria havido qualquer conduta ilícita de sua parte e, se porventura algum ato tivesse ela praticado, não se saberia em relação a quais deles dever-se-ia fazer a prova da licitude de sua conduta.

Veja-se, a propósito, que as operações descritas nos autos do processo administrativo desdobram-se por um certo número de atos realizados em seqüência, passando por alguns departamentos do Banco Intimado e contando com a participação presumida de uma certa quantidade de pessoas ligadas àquela instituição financeira, fossem administradores, empregados ou procuradores. Mas não existe, como demonstrado, qualquer indicação da pessoa da Intimada com a sua prática.

Como se verificou, não ficou evidenciado quanto à Intimada:

a) de que negócios eventualmente irregulares tivesse participado efetivamente em algum de seus passos;

b) se, caso alguma irregularidade pudesse estar configurada, assim podendo se concluir eventualmente pela análise do resultado final da operação, a Intimada tinha conhecimento de tal circunstância, pois sua atuação poder-se-ia ter restringido exclusivamente a um "pedaço" do todo, do qual não tivesse pleno conhecimento;

c) que sua conduta tivesse se revestido de dolo ou culpa na prática de qualquer daqueles atos.

Dessa forma, as conclusões quanto à Intimada inclinam-se inexoravelmente para as situações jurídicas abaixo apontadas, qualquer delas suficiente para afastá-la do processo administrativo em pauta:

(i) o seu indiciamento apresenta-se inepto, pela atribuição de uma responsabilidade administrativa objetiva, inexistente no Direito Brasileiro;

(ii) o indiciamento também revelou-se inepto pela falta de descrição de condutas ilícitas, individualizadas ou não, tendo se dado a quebra do princípio da impessoalidade;

(iii) a inépcia também se verificou pela quebra dos princípios fundamentais do direito administrativo, como sejam, da *legalidade*, *moralidade* e *publicidade*; e

(iv) pelo prejuízo à análise do mérito, quebrando-se o princípio constitucional do

devido processo legal, que inclui a plena defesa, pois tornou-se impossível à Indiciada constatar de quais acusações deveria defender-se.

4. Da ilegitimidade de parte quanto à Intimada

A par da questão da inépcia do indiciamento, acima examinada, impõe-se, de forma indubitável, reconhecer a ilegitimidade de parte quanto à pessoa da Intimada.

Capitulada a infração imputada à Indiciada como correspondente ao art. 23, § 4º, da Lei 4.131, de 3.9.1962, verifica-se que, tendo-se dado eventual conduta irregular a esse título, *por ela jamais poderia ser responsabilizado o administrador do Banco envolvido*.

O texto em causa é absolutamente claro em indicar como únicos sujeitos ativos da referida infração *o estabelecimento bancário e o corretor intervenientes na operação*, se fosse esse o caso. Nenhum texto legal autoriza a aplicação de uma responsabilidade objetiva, seja ela civil, penal ou administrativa, contra administrador de instituição financeira tão-somente pelo fato de ser ele o diretor responsável pelo departamento de câmbio.

Modesto Carvalhosa apresenta precioso entendimento quanto a esse importante aspecto: "(...) ainda que os aspectos institucionais das entidades integrantes do Sistema Financeiro Nacional sejam relevantes, as relações que se estabelecem na administração das sociedades que as integram não são diversas daquelas normalmente praticadas no âmbito das companhias não-financeiras. (...). Isto posto, aplicam-se aos administradores das instituições financeiras os mesmos princípios que cabem aos das companhias em geral, no capítulo da responsabilidade. *A presunção da culpa e a solidariedade portanto devem levar em conta os nexos de causalidade e a conduta dos administradores. O elemento moral da conduta é parte integrante da responsabilização desses administradores financeiros. Seria um absurdo não indagar sobre os aspectos da culpa e do dolo no comportamento desses agentes estatutários*. Deve assim ser subjetivamente perquirido o grau de envolvimento e de conhecimento de cada administrador com os ilícitos porventura praticados"[7] (grifos nossos).

Mesmo notando-se a existência de discordância na doutrina e na jurisprudência sobre parte das lições daquele ilustre doutrinador, quanto à não-aplicabilidade integral de suas observações ao campo dos administradores de instituições financeiras sob liquidação extrajudicial – na qual estaria presente uma verdadeira responsabilidade objetiva fundada no art. 40 da Lei 6.024/1974 –, este não é o caso da Intimada, administradora de uma instituição financeira em regular estado de funcionamento.

Trata-se, portanto, da parte do Banco Central, da tentativa de aplicação extensiva de uma norma jurídica autolimitada textualmente quanto ao seu alcance (fala-se do art. 23, § 4º, da Lei 4.131/1962). E a índole do direito administrativo não se coaduna, como se sabe, com a interpretação extensiva, conforme ensinamento de Hely Lopes Meirelles: "(...) *a interpretação extensiva, que negamos possa ser aplicada ao direito administrativo*, é a que estende um entendimento do direito privado, não expresso no texto administrativo, nem compreendido no seu espírito, criando *norma administrativa nova* (...)"[8] (nossos os primeiros grifos).

De outro lado, o Banco Intimado é, como se sabe, uma sociedade anônima, devidamente constituída, regida pela Lei 6.404, de 15.12.1976, cujos arts. 158 e 159 determinam o conteúdo e a extensão da responsabilidade dos administradores daquela forma societária.

A Lei das S/A estabelece, como regra, em seu art. 158, que o administrador não é

7. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 3, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 323.
8. *Direito* ..., 26ª ed., p. 45.

pessoalmente responsável pelas obrigações que vier a assumir em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão.

Sua responsabilidade pessoal surge – *no plano cível, exclusivamente – pelos prejuízos que causar* quando proceder (i) dentro de suas atribuições ou poderes com culpa ou dolo e (ii) com violação da lei ou do estatuto.

Ora, a leitura do referido dispositivo impõe as seguintes conclusões:

a) A responsabilidade do administrador é de natureza civil, ou seja, responsabilidade por perdas e danos.

b) Ela surge somente diante de prejuízos efetivos que sua gestão culposa ou ilegal tiver causado para a sociedade. E:

c) Coloca-se tão-somente como *uma relação interna entre a sociedade e seu administrador.*

Essas conclusões tornam-se particularmente claras quando se verifica que, nos termos do art. 159 da Lei 6.404/1976, *a ação de responsabilidade civil compete à companhia contra os prejuízos causados* ***ao seu patrimônio***, ajuizada em favor da própria sociedade, por seus órgãos competentes. Seria essa a ação social *ut universi.*

Não proposta a referida ação pela sociedade, por qualquer motivo, embora devida, cabe a qualquer acionista fazê-lo, no interesse e em proveito desta – ação social *ut singuli* (art. 159, § 3º).

De acordo com o mesmo Modesto Carvalhosa, o efeito dessas ações está em restabelecer o equilíbrio interno da pessoa jurídica, colhendo esta os benefícios do processo e as respectivas reparações.[9]

Tratando-se do restabelecimento do equilíbrio interno da sociedade, é obrigatório reforçar que qualquer medida somente pode ser tomada pela sociedade ou por acionista interessado contra o administrador, em proveito desta. A norma, portanto – mais uma vez se diz –, não se presta ao interesse da Administração Pública como fundamento da responsabilização do administrador por ato que eventualmente tivesse o efeito de infringir norma externa ao âmbito da sociedade e que não tivesse a esta causado qualquer prejuízo.

Ora, mesmo que a Intimada tivesse agido de maneira a configurar-se uma das duas hipóteses de sua responsabilidade, previstas nos incisos I e II do citado art. 158, e que de tal atitude pudesse ter ficado configurado um prejuízo para a sociedade, não caberia ao Banco Central do Brasil tomar medida em tal sentido. Mesmo porque não foi esse o seu objetivo no processo administrativo instaurado, conforme claramente demonstra o teor da intimação.

À mesma conclusão se chega quanto à pretendida aplicação, contra a Intimada, das penalidades previstas no art. 44 da Lei 4.595/1964, onde se lê expressamente: "Art. 44. *As infrações aos dispositivos* ***desta Lei*** sujeitam as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes, e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente: (...)" (grifos nossos).

"Esta Lei" somente pode ser a própria Lei 4.595/1964, e não a Lei 4.131/1962, em qualquer de seus dispositivos, ou outra norma qualquer, legal ou regulamentar. Não pode o Banco Central "tomar a nuvem por Juno" e pretender alcançar conseqüências não previstas na legislação, que expressamente se autolimitou quanto ao alcance das penalidades nela previstas.

Dessa maneira, se fosse o caso, o Banco Central do Brasil deveria ter demonstrado cabalmente no processo administrativo sob exame que a Indiciada teria praticado alguma irregularidade consistente em infração à Lei 4.595/1964 – o que não ocorreu, como se verifica. A tentativa de penalizar a Intimada, na forma como foi feita, assemelha-se à atitude do lobo na conhecida fábula da alegada contaminação da água pelo cordeiro, que ambos bebiam. O cor-

9. *Comentários* ..., v. 3, p. 328.

deiro não podia estar sujando a água, pois a tomava abaixo do lobo no curso do riacho; mas este, utilizando-se de sofismas, queria mesmo era devorar a sua vítima, sob qualquer pretexto. No caso, o Banco Central quer penalizar a Intimada, mesmo utilizando-se irregularmente de ferramentas jurídicas que não lhe estão disponíveis nas circunstâncias do caso concreto.

Portanto, está impossibilitado o Banco Central do Brasil de provocar a responsabilidade pessoal da Intimada, na qualidade de administradora do Banco Intimado, em vista dos fundamentos legais impeditivos acima apontados. Mesmo porque – como se verá imediatamente em seguida – o art. 23, § 4º, da Lei 4.131/1962 somente aponta como sujeitos passivos da infração ali prevista o banco e o corretor, jamais falando de administrador do primeiro.

5. A infração tipificada no § 4º do art. 23 da Lei 4.131/1962 e a ilegitimidade passiva do Banco Intimado

Recordemos o texto em apreço: "Constitui infração, *imputável ao estabelecimento bancário e ao corretor* que intervierem na operação, punível com multa equivalente de 5 (cinco) a 100% (cem por cento) do respectivo valor, para cada um dos infratores, *a classificação incorreta*, dentro das normas fixadas pelo Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito, das *informações prestadas pelo cliente* no formulário a que se refere o § 2º deste artigo" (grifos nossos).

O exame dos elementos do *tipo* nos leva às considerações abaixo.

a) Os sujeitos passivos, de forma exclusiva, são, como visto acima, o banco e o corretor intervenientes na operação.

b) O cliente presta ao banco e ao corretor, intervenientes na operação, informações sobre esta.

c) De posse das informações em causa *e coerentemente com elas, passadas pelo cliente*, deve ser feita a classificação adequada.

d) A classificação incorreta corresponde à infração tipificada no texto.

Verifica-se que a autoria da informação prestada – e, portanto, a responsabilidade sobre seu conteúdo e veracidade – é do cliente. Ao banco e ao corretor incumbe classificar tais informações (consubstanciadas em uma determinada operação a ser realizada), de acordo com as instruções específicas formuladas pela autoridade administrativa competente.

Portanto, em primeiro lugar, a fim de se verificar a responsabilidade pela ocorrência do tipo, importaria ao Banco Central do Brasil ter identificado com o necessário grau de certeza e segurança qual teria sido a informação prestada pelo cliente e se o Banco Intimado a classificou inadequadamente.

Os documentos submetidos ao exame feito por ocasião desta consulta não levam, de forma alguma, à interpretação feita pelo Banco Central do Brasil quanto aos fatos ali apontados, conforme documentos abaixo indicados, entre outros acostados aos autos do processo administrativo:

a) carta de 10.1.1995, da ..., dirigida ao Departamento de Câmbio do Banco Intimado, onde a sociedade emitente expressamente solicita ao Banco Intimado que *efetue o fechamento de câmbio no valor de US$ 270,000,000.00, como favorecida de remessa realizada pela sociedade norte-americana ..., como resultado de aumento de capital feito pela remetente na beneficiária* (fls. 12);

b) o Banco Intimado, como não poderia deixar de fazer, fechou o câmbio na forma especificada, conforme contrato de 11.1.1995, de n. ..., pelo equivalente a R$ 226.800.000,00 (fls. 6).

Esse foi o contrato apontado pelo Banco Central do Brasil como incorretamente classificado, mesmo diante da indicação expressa de responsabilidade da empresa beneficiária no Brasil.

E a razão pela qual, segundo consta dos documentos do processo administrativo, o Banco Central do Brasil veio a adotar aquele errôneo entendimento referiu-se a uma "Transferência Internacional em Moeda Nacional", registrada sob n. ..., efetuada em 12.1.1995, em favor da conta corrente de não-residente ..., sob a Natureza-Fato 60.507, ou seja, "Capitais Estrangeiros a Curto Prazo/Empréstimos a Residentes no Brasil", a título de amortização de empréstimo e tendo como beneficiária final, no Exterior, a ... .

Assim diz aquela autoridade monetária: "Restou comprovado, dessa forma, que essa Instituição manteve em sua posição de câmbio o Contrato n. ..., classificado incorretamente sob a Natureza-Fato 70.360, uma vez que procedeu, simultaneamente, à "Transferência Internacional em Reais", citada no item 2, *retro*, pelos valores resultantes daquela operação sem que fossem, portanto, utilizados para a finalidade inicialmente declarada de Investimento Direto no Brasil/Participação em Empresas no País".

A análise efetuada pelo Banco Central dos fatos em jogo é inteiramente equivocada.

Em primeiro lugar, uma questão semântica, com efeito significativo: *as operações não foram simultâneas*, posto que realizadas com dois dias de diferença entre uma e outra – ou seja, em 10 e 12.1.1995.

De outra parte – e mesmo considerando que a questão não é relevante para os Intimados, pois, conforme demonstrado acima, a responsabilidade exclusiva pela prestação das informações pertinentes era do cliente –, não podia o Banco Central do Brasil ignorar que, uma vez ingressados recursos no patrimônio de uma sociedade, sua destinação é de exclusiva responsabilidade dos respectivos administradores, legitimamente reconhecida desde que lícita e vinculada ao cumprimento do objeto social.

O fato de terem sido utilizados os recursos em moeda estrangeira para a realização do pagamento de um empréstimo externo em nada descaracteriza a "finalidade inicialmente declarada de Investimento Direto no Brasil/Participação em Empresas no País", tal como considerou o Banco Central do Brasil. Essa consideração revela inaceitável desconhecimento do direito societário, concernente ao uso de recursos por uma sociedade comercial, dentro de sua atividade e, conseqüentemente, na busca da realização do seu objeto social – tarefa a cargo dos administradores, na condição de um poder/dever legal e estatutário.

A imputação de "discrepante", feita pelo Banco Central do Brasil, em sua visão retrógrada e estática da utilização dos recursos efetuada pela empresa, indica que para aquela autoridade monetária tal caracterização somente não ocorreria se o favorecido, à semelhança do que ocorre com uma exposição itinerante de Arte, após receber os recursos correspondentes (o aumento de capital em moeda estrangeira), viesse a mantê-los em exibição por prazo indeterminado na vitrina de uma prateleira (seu balanço), "imexíveis", até que, terminada a mostra pública, eles voltassem definitivamente para seu titular no Exterior.

Modesto Carvalhosa, conceituando o capital das sociedades anônimas, assim se expressa: "(...) pode-se definir o capital social como o valor das entradas de capital *que os acionistas declaram vinculado aos negócios que constituem o objeto social*"[10] (grifos nossos).

Por tudo aquilo quanto se levanta pelo exame dos autos, a sociedade beneficiária do aumento de capital realizado por sociedade sediada no Exterior buscou essa solução justamente para pagar um empréstimo da qual era devedora, regularmente constituído, *operação que não fugiu, de forma alguma, ao seu objeto social*. É possível conjecturar-se que, caso as taxas de juros no Brasil não fossem conhecidamente tão elevadas, o empréstimo teria sido obtido no país e aqui quitado sem remessa ao Exterior.

10. *Comentários* ..., v. 1, p. 49.

É possível também imaginar-se que, caso o mercado de capitais brasileiro fosse suficientemente bem desenvolvido, não haveria necessidade de se buscar recursos no Exterior para o desenvolvimento de atividade empresarial no país.

Mas nada disso importa no plano jurídico e quanto à questão em jogo, embora sejam verdades indiscutíveis.

Interessa – isto, sim – constatar a real existência das operações praticadas pelas empresas participantes do esquema negocial reportado nos autos e sua regularidade perante seu objeto social, realizadas pelos administradores efetivos.

Dessa forma, verifica-se que o aumento de capital originado do Exterior foi obtido para o levantamento de recursos destinados ao pagamento de um empréstimo externo. A única observação a se fazer a respeito é que havia fronteiras nacionais entre um lado e outro da operação, como poderia não haver.

Diante de tudo isto, porém, pergunta-se: sendo regular a operação complexa praticada pelo cliente do Banco Intimado, qual a sua responsabilidade? Nenhuma, pois, além de tudo o mais, as informações prestadas pelo cliente eram de sua exclusiva autoria e foram como tais acatadas pelo Banco Intimado.

E se viéssemos a supor – somente para argumentar – que a operação em tela apresentasse alguma irregularidade? Somente poderíamos concluir que quanto ao Banco Intimado nenhum efeito danoso esse fato traria na medida em que ele tivesse atendido às expressas instruções do cliente – como efetivamente fez – quanto à classificação das operações por este realizadas.

6. A saída de recursos do país. Ausência de ilícito no caso concreto

Conforme se verificou acima, o Banco Central do Brasil caracterizou a remessa efetuada em 12.1.1995 como "saída de recursos do país", capitulada na Circular 2.242, de 2.10.1992, art. 1º, II. *Logo em seguida, sem qualquer razão jurídica – porque se trata de norma editada posteriormente aos fatos em jogo –, foi feita referência à Circular 2.677, de 10.4.1996, art. 7º, II.*

Deve-se verificar, inicialmente, o disposto na Resolução 1.946, de 29.7.1992, que é a base legal imediata da primeira das circulares acima referidas e sob cuja égide e para cujos fins foi editada. Esse normativo estabeleceu obrigatoriedade no sentido de que as instituições financeiras e entidades autorizadas a operar em câmbio *providenciassem a identificação das pessoas responsáveis por pagamentos ou recebimentos a partir de determinados valores*, somente isso! Para nenhuma outra finalidade ela foi baixada pelo Conselho Monetário Nacional. Ao pretender utilizá-la para proteção de qualquer outro bem jurídico nela não agasalhado, extravasa o Banco Central claramente de seus poderes, desvirtuando o texto regulamentar em referência.

A resolução em causa, por sua vez, reporta-se aos arts. 17 e 20 do Decreto 42.820, de 16.12.1957, onde se lê, *verbis*:

"Art. 17. É livre o ingresso e a saída de papel-moeda nacional e estrangeiro, bem como de ações e de quaisquer outros títulos representativos de valores.

"(...).

"Art. 20. O Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito poderá, se julgar necessário, estabelecer restrições sobre a entrada e saída do papel-moeda brasileiro no ou do território nacional, bem como sobre as normas fixadas nos art. 18 e seus parágrafos."

O objetivo das normas em questão, por conseguinte, estava restrito à institucionalização de um controle de movimentação de recursos, embrionário da lei muitíssimo posterior no tempo, que veio a punir os chamados crimes de "ocultação" ou "lavagem de dinheiro".

Ficou registrado, pois, um fato: houve saída de moeda estrangeira do território

nacional, por meio de operação contratada por terceiros com o Banco Intimado. Essa operação, em si, não configurou qualquer infração, pois *as partes estão perfeitamente identificadas*, na forma daqueles textos regulamentares.

De outro lado, o fato de haver o cliente feito utilização do Mercado de Câmbio de Taxas Flutuantes para a Remessa Internacional de Reais é operação que em si mesma também não configura irregularidade alguma, considerando-se haver sido feita nos termos da legislação vigente.

7. O bem jurídico protegido e a inexistência de prejuízo. A ausência de dolo

Toda a legislação brasileira respeitante à entrada e saída de moeda estrangeira ou nacional do país tem em vista a proteção dos interesses brasileiros quanto às suas balanças financeira e comercial. É sabido que o Brasil sofre há muitas décadas de um sério problema de divisas escassas, as quais são extremamente importantes para o pagamento de nossas importações de bens e de serviços, bem como dos empréstimos tomados no Exterior justamente em busca do suprimento necessário de moeda estrangeira para a cobertura das responsabilidades cambiais nacionais.

Como resultado, o legislador pátrio construiu um sistema normativo amplo e complexo, o qual, no entanto, tem a função bastante simples de, em última análise, proporcionar a defesa do montante de divisas em poder do Estado. O corpo de leis originário em questão voltou-se para o registro do capital estrangeiro, como condição para seu retorno – no esquema da Lei 4.131/1962 –, além do estabelecimento de regras sobre as operações de câmbio comerciais e financeiras, o qual durou várias décadas sem mudanças de grande escala.

A globalização da economia e a participação cada vez maior do Brasil no mercado internacional causaram, finalmente, uma mudança significativa, contando-se a criação do mercado de câmbio de taxas flutuantes como um dos efeitos mais notáveis das alterações que tiveram lugar naquela ocasião. Desde essa época o país tem liberalizado cada vez mais o mercado de câmbio, inclusive pela institucionalização das chamadas *contas CC5* – ou seja, contas bancárias de titulares não-residentes, para movimentação internacional de recursos financeiros.

A liberdade de movimentação financeira tornou-se regra nesse novo mercado, bastando, como se disse acima, que fossem devidamente atendidas as regras sobre a identificação do cliente. É por isso mesmo que a Circular 2.242/1992 – expressamente citada pelo Banco Central do Brasil na intimação – assim se expressa textualmente em seu art. 2º: "As transferências internacionais de recursos em cruzeiros *podem ser cursadas livremente e independentemente do seu valor*, observados, no entanto, os seguintes procedimentos e condições: (...)".

Preenchidas, como foram, as condições estabelecidas no texto normativo em apreço, nenhuma irregularidade ocorreu em sua infringência, notando-se que as expressões "livremente" e "independentemente" implicam a inexistência de qualquer registro no Banco Central do Brasil ou de autorização prévia a ser expedida por este órgão.

Quanto àquelas operações de CC5, cujo limite de movimentação inicial correspondia ao do valor de moeda estrangeira internado, este veio a ser depois desvinculado de tal condição, servindo para operações de interesse diversificado dos usuários, em paralelo ao sistema da Lei 4.131/1962.

Ora, verificando-se os valores movimentados nas duas operações efetuadas por meio do Banco Intimado, aferem-se as seguintes posições:

a) operação do dia 10.1.1995: entrada de US$ 270,000,000.00, equivalentes a R$ 226.800.000,00, pela taxa de conversão de R$ 0, 84 *x* US$ 1.00;

b) operação do dia 12.1.1995: saída de R$ 226.800.000,00, equivalentes a US$

264,953,271.01, pela taxa de conversão de R$ 0,856 *x* US$ 1.00.

Portanto, a empresa interessada auferiu um prejuízo de US$ 5,046,728.97 nas operações que tiveram o intervalo de dois dias entre uma e outra.

Não se pode falar, por conseguinte, que tenha havido qualquer prejuízo para os interesses nacionais, tendo em conta diferença de taxas favoráveis ao Real entre o mercado de taxa livre e o de taxas flutuantes.

O ganho cambial em tal operação favoreceu o Brasil; e, se a empresa interessada assim resolveu operar, nada tinha o Banco Intimado com as suas razões, na qualidade de um mero intermediário nos negócios daquela empresa, dos quais participou no exercício de suas atribuições regulares.

O bem jurídico protegido pela legislação referida na intimação efetuada pelo Banco Central do Brasil não veio a ser ferido; muito pelo contrário. Disso se conclui que nenhuma irregularidade poderia ter sido imputada ao Banco Intimado a tal pretexto.

Não vem ao caso na presente análise, mas mesmo que o contrário tivesse ocorrido – ou seja, na operação a empresa cliente do Banco tivesse auferido lucro –, nem assim qualquer irregularidade teria sido verificada, muito menos a ser imputada ao Banco Intimado.

Poder-se-ia dizer que a figura do § 4º do art. 23 da Lei 4.131/1962 corresponde a um "ilícito de mera conduta" – classificação mais adequadamente denominada de "ilícito formal".

Ora, sendo assim, para que o tipo em causa estivesse configurado teria sido necessário ao Banco Central do Brasil provar o dolo ou a culpa do Banco Intimado – ainda que fosse dolo preterintencional –, no sentido de praticar ato consciente de classificação indevida de operação de câmbio, *com o fim de* auferir ou de contribuir para que terceiro pudesse auferir um proveito indevido, em detrimento ao bem jurídico protegido, ou, ainda, que tivesse agido com culpa (negligência, imprudência e imperícia).

Mesmo na modalidade culposa do ilícito em causa teria sido obrigatório para o Banco Central do Brasil demonstrar a culpa do Banco Intimado e de sua diretora de câmbio (Intimada), sob uma das suas formas. Mas não é isso o que se verifica pela leitura da peça acusatória (a intimação dirigida àqueles), na qual tão-somente a autoridade monetária fez uma simples descrição de fatos, ocorridos segundo a sua visão, a qual não foi – destaque-se – efetivamente correta.

A exigência da culpa – e, portanto, de sua demonstração – foi objeto de decisão recente do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (Rec. 2.524, *DOU* 30.4.2001), onde se lê: "Ficou consagrado o entendimento majoritário do CRSFN de que, ao disciplinar a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o Exterior, a Lei n. 4.131, em seu art. 23, plenamente vigente e eficaz, atribui responsabilidade a todos os participantes do comércio do câmbio, impondo-lhes o dever de diligência no atinente à defesa das reservas do país (...)".

Ora, a exaustiva demonstração dos fatos relacionados com o caso concreto indica que não houve qualquer intento do cliente do Banco Intimado nesse sentido, e muito menos deste. Ainda que o cliente tivesse buscado praticar algum ilícito na área em tela, o Banco Intimado tão-somente cumpriu as instruções específicas daquele. Tratar-se-ia – mesmo que o dolo ou a culpa estivessem presentes – de crime impossível, pois os passos sucessivos da operação em causa jamais poderiam acarretar prejuízo aos interesses cambiais do país.

A questão do "perigo de dano" não se coloca quanto aos fatos apontados, e muito menos no plano jurídico, *onde se exige probabilidade, e não mera possibilidade de dano* (ainda que assim fosse).

Nesse sentido manifestou-se lucidamente Luiz Vicente Cernicchiaro, então Mi-

nistro do Superior Tribunal de Justiça, no RHC 3.831-4-RJ (94.0024004-0), da 6ª Turma,[11] onde faz a seguinte afirmação:

"Além disso, o resultado não foi descrito na queixa.

"Felizmente, está superada a fase doutrinária de ferrenho debate a respeito do perigo concreto e perigo abstrato.

"*O perigo, lógico, há de ser concreto, no sentido de iminência, probabilidade de dano. Não basta a simples possibilidade.*

"*Se a execução não gera perigo, trata-se de crime impossível. Então, irrelevante para os fins penais*" (grifos nossos).

Nesse mesmo sentido, ensina-nos Damásio E. de Jesus: "Não basta que um fato seja típico para ser considerado crime, daí surgindo a irrelevância da chamada ilicitude formal. Como afirma José Frederico Marques, a adequação típica ficará vazia de conteúdo, como expressão formal de contradição entre a conduta humana e o Direito, se não for completada pela comprovação da antijuridicidade material dessa conduta. Dizer que um fato, apenas porque adequado ao um modelo legal, é *formalmente antijurídico* constitui erro, pois somente se tomou por base a tipicidade, não a valoração da conduta em face do direito protetor do interesse. Daí a razão estar com Asúa, ao afirmar que a antijuridicidade formal é a tipicidade e a antijuridicidade material é a própria antijuridicidade. *Portanto, não existe ilicitude formal.* Existe um comportamento típico que pode ou não ser ilícito em face do juízo de valor".[12]

Dessa forma, não tendo havido nem sequer iminência da probabilidade de dano, *nem sequer, no caso concreto, simples possibilidade*, não está configurada a alegada infração atribuída pelo Banco Central do Brasil ao Banco Intimado.

Não restaria outra alternativa, portanto, senão o arquivamento do processo quanto àquela instituição financeira, e muito menos à sua diretora de câmbio.

8. A alegada falta de pedido de autorização prévia ou de apresentação do certificado de registro na operação de transferência internacional de moeda nacional

Baseado no art. 1º, § 1º, II, da Circular 2.409/1994, o Banco Central do Brasil entendeu ter ficado configurada irregularidade concernente à falta de apresentação do certificado de registro, na qualidade de documento que ampararia a remessa feita ao Exterior pelo cliente do Banco.

Mais uma vez nota-se, aqui, uma errônea interpretação dos fatos e seu conseqüente e inadequado enquadramento na legislação apontada.

O registro de que se fala diz respeito a *recursos estrangeiros internados no país, com relação aos quais o certificado correspondente é condição necessária para o respectivo retorno.*

No caso sob exame jamais houve entrada física da importância correspondente ao empréstimo, e, por via de conseqüência, o pedido de registro era descabido.

Os documentos constante dos autos do processo administrativo sob exame indicam as seguintes operações entre a ... e a ... (fls. 113 e ss.):

a) carta da ... colocando à disposição da ... empréstimo no valor de US$ 760,000,000.00, *no Exterior*;

b) carta da ... solicitando que o empréstimo fosse colocado à disposição de sua subsidiária ..., *no Exterior*, e subseqüentemente em favor desta desembolsado;

c) carta da ... para a ..., informando que o empréstimo concedido pela ... seria desembolsado em favor daquela;

d) carta da ... ao Banco Intimado, solicitando o fechamento de câmbio referente à remessa de US$ 270,000,000.00 a título de capital estrangeiro a ser investido no país;

11. V.u., *DJU* 28.11.1994, *Lex-STJ* 69/271.

12. *Direito Penal – Parte Geral*, 14ª ed., v. 1, São Paulo, Saraiva, 1990, pp. 309-310.

e) carta da ... ao Banco Intimado solicitando o débito de R$ 226.800.000,00 em sua conta corrente, com o objetivo de efetuar a liquidação parcial do empréstimo de US$ 760,000,000.00 contraído junto à ... e desembolsado em favor da ...;

f) carta da ... ao Banco Intimado, solicitando a conversão do valor em Reais, depositado na conta de não-residente da mesma instituição financeira, em Dólares norte-americanos, e remessa do produto para crédito na conta corrente indicada.

O exame dessas operações em cadeia – *de interesse e responsabilidade exclusivos de cliente do Banco Intimado* – demonstra que *não havia certificado de registro de capital estrangeiro – a título de empréstimo – a ser providenciado.* ***Portanto, não era documento que o Banco Intimado pudesse e devesse exigir do cliente para o fim da remessa solicitada***!

Igualmente, não se tratava de pedido de autorização prévia para a remessa em causa, porque mais uma vez se afirma que a operação vertente *não correspondia a qualquer das hipóteses legais subordinadas à Lei 4.131/1962.*

A esse respeito já se fez referência quanto ao regime de liberdade presente na Circular 2.242/1992, referida pelo Banco Central do Brasil na peça acusatória.

Daí por que foi incorreta por parte do Banco Central do Brasil, também sob esse aspecto, a classificação dos fatos como irregularidade imputada ao Banco Intimado.

9. As penalidades que o Banco Central do Brasil intenta aplicar ao Banco Intimado

As questões de fundo colocadas para exame na presente consulta foram respondidas no sentido de que o Banco Intimado é parte ilegítima para figurar no pólo passivo do processo administrativo de que se trata, e – ainda que assim pudesse ser considerado – nenhuma irregularidade verificou-se praticada nas operações realizadas entre o cliente daquela instituição financeira e terceiros e entre ela mesma e seu próprio cliente.

Quanto às penalidades referidas pelo Banco Central do Brasil, são elas de duas ordens, conforme consta da intimação: as previstas no art. 44 da Lei 4.595/1964 e aquelas referentes ao art. 23, § 4º, da Lei 4.131/1962.

No tocante às primeiras valem também para o Banco Intimado as considerações efetuadas acima quanto à administradora Intimada: não houve qualquer infração apontada quanto à Lei 4.595/1964. Portanto, as penalidades ali previstas não poderiam ser aplicadas no processo administrativo vertente.

De outro lado, quanto ao dispositivo da Lei de Capitais Estrangeiros, mesmo que fosse o caso de se aplicar ao Banco Intimado a penalidade ali prevista, deveria a autoridade administrativa, considerando a já mencionada inexistência de prejuízo, atentar obrigatoriamente para diversos princípios determinadores do poder punitivo estatal, adiante examinados, que orientariam o aplicador da lei em favor da sua fixação no mínimo legalmente admitido, *se não fosse o caso de se falar de forma preferencial no equivalente tributário à "alíquota zero".*

10. A questão da penalidade a (não) ser aplicada

Acena o Banco Central do Brasil com a aplicação de penalidades previstas no art. 44 da Lei .4.595/1964 e no art. 23, § 4º, da Lei 4.131/1962.

Quanto à primeira delas já nos manifestamos acima no sentido do seu completo descabimento, pois não houve infração àquele texto legal, como a própria autoridade monetária demonstra em sua intimação.

No caso do segundo texto legal acima mencionado, nele está prevista a possibilidade da aplicação de uma pena pecuniária variável entre 5% a 100% do valor da ope-

ração. A respeito dessa pretensão injusta contra os Intimados cabe fazer, inicialmente, uma abordagem genérica sobre a principiologia das penas, para, em seguida, virem a ser atacados os pontos nevrálgicos do tema.

10.1 Os princípios limitadores (e excludentes) do poder punitivo estatal

A matéria em questão é objeto de considerações pelos tratadistas do direito criminal, cabíveis em todo o seu conteúdo e extensão ao direito administrativo, que poderia ser chamado, nesta parte, de "direito penal do Poder Público".

Os princípios para os quais deve voltar-se a atenção estão agasalhados de forma direta ou indireta pela Constituição Federal no título correspondente aos direitos e garantias individuais, segundo as palavras de Cézar Roberto Bitencourt, com "a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um direito penal da culpabilidade, ou 'direito penal mínimo' e garantista".[13]

Observa o mesmo autor[14] que, embora adstrito ao *princípio da legalidade ou da reserva legal*, não fica impedido o legislador de criar tipos penais iníquos, cominando sanções cruéis e degradantes. Daí que se impõe a necessidade da limitação ou, se tal for possível, eliminar o arbítrio do legislador. Em razão disso, impõe-se o atendimento ao ***princípio da intervenção mínima***, *segundo o qual a criminalização de uma conduta somente encontra legitimidade nos casos em que constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Havendo outras formas possíveis de sanção ou de controle social, suficientes para a tutela de determinado bem jurídico, a criminalização de condutas que o violem é inadequada e não-recomendável.*

Por sua vez, o *princípio da culpabilidade* deve ser examinado em três vertentes: (i) como *fundamento da pena*; (ii) como *elemento da determinação ou da mediação da pena*; e (iii) como *conceito contrário à responsabilidade objetiva*.

No primeiro caso lembra Bitencourt[15] ser necessário o preenchimento cumulativo de três requisitos para se tornar possível a aplicação de determinada pena ao autor de um fato típico, na qualidade de elementos positivos específicos do conceito dogmático da culpabilidade: a) a capacidade de culpabilidade; b) a consciência da ilicitude; e c) a exigibilidade da conduta.

O outro aspecto refere-se ao fato de que a culpabilidade opera não como *fundamento da pena*, mas como seu *limite*. Dessa forma impede-se a aplicação da pena fora da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade.

Finalmente, como *conceito contrário à responsabilidade objetiva* o princípio da culpabilidade impede tal tipo de imposição de responsabilidade no plano penal, que deve estar fundamentado no dolo ou na culpa.

Indica Bitencourt[16] três conseqüências materiais do princípio da culpabilidade, à luz das observações acima efetuadas: a) não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) a responsabilidade penal é pelo fato, e não pelo autor; e c) a culpabilidade é a medida da pena.

Outro fundamento referido pelos penalistas diz respeito ao *princípio da adequação social*: há condutas que se consideram "socialmente adequadas", não podendo caracterizar delitos – e, portanto, despidas de tipicidade. A esse respeito bem observa Bitencourt: "A 'tipicidade' de um comportamento proibido é enriquecida pelo 'desvalor da ação' e pelo 'desvalor do re-

13. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 2000, pp. 9-10.
14. Idem, v. 1, p. 11.
15. *Manual* ..., v. 1, p. 14.
16. *Manual* ..., v. 1, p. 15.

sultado', lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de 'tipicidade material'".[17]

Embora, como bem nota Bitencourt,[18] caracterizando-se tal princípio pela imprecisão do que seja a chamada "adequação social" e – *acrescentaríamos nós* – pela novidade que enfrenta a resistência da tradição, o tema apresenta-se candente na esfera da atividade mercantil, diante da multifacetada atitude do legislador onipresente, que passa a penalizar práticas antes lícitas – até mesmo pela anterior inexistência de regras legais –, na busca de um objetivo de direito econômico que muitas vezes se mostra deveras fugaz, pois superado rapidamente pelas mudanças verificadas em uma sociedade globalizada.

Deve-se fazer, ainda, uma referência às *circunstâncias e elementares* do *tipo* dos pretensos ilícitos administrativos imputados pelo Banco Central do Brasil aos Intimados.

Na esteira das lições de Damásio de Jesus, além dos dois requisitos do crime (fato típico e antijuridicidade), fala-se em *elementos específicos* (*essentialia delicti*), o quais são as várias formas pelas quais os dois elementos genéricos acima citados se expressam nos diversos tipos penais, constituindo as *elementares* (*acidentalia delicti*).[19]

No mesmo sentido expressa-se Fernando de Almeida Pedroso:

"Apresenta o crime elementos que se agregam e se reúnem para outorgar-lhe a configuração jurídica.

"(...).

"Há circunstâncias, portanto, que estruturam e constroem o crime, projetando sobre o comportamento humano a sombra delituosa e emprestando-lhe conotação ilícita nos domínios penais.

"*Circunstâncias constitutivas*, também denominadas *elementares* ou *essenciais*, são aquelas que expressam os elementos necessários à existência e caracterização jurídica do crime. Vale dizer: são as circunstâncias que definem o delito e lhe possibilitam a tipicidade; são os elementos descritos no tipo.

"Denominam-se ***constitutivas***, porque constituem o crime; *elementares*, porque representam os elementos necessários do delito; *essenciais*, porque denotam a existência do tipo penal.

"(...).

"Todavia, ao contrário do que sucede com as circunstâncias elementares ou constitutivas do tipo (que são inerentes e concernentes à própria tipicidade do fato), podem ocorrer ainda *circunstâncias acidentais*, que, em nada influindo para efeito da tipicidade, alteram, unicamente, a *sanctio juris* cominada ao delito.

"(...).

"Ora, o crime, como lesão a um bem jurídico, pontifica Frederico Marques, não desenha sempre a mesma estrutura e gravidade, nem mesmo quando o interesse penalmente tutelado se apresenta idêntico.

"Mesmo cunhados os fatos em uma mesma figura delitiva, podem eles apresentar variações e matizes nas gradações de sua gravidade.

"Para se aquilatar e dessumir o nível de gravidade do delito, há mister que se recorra às chamadas *circunstâncias acidentais*, que servem de termômetro da temperatura do crime.

"É preciso formular-se, conseqüentemente, um juízo de valor sobre a conduta humana explicitada no tipo, para medida da pena a ser inflingida."[20]

A linha exposta nesta consulta tem indicado, de maneira exaustiva, não ter

17. *Manual* ..., v. 1, p. 17.
18. *Manual* ..., v. 1, p. 18.
19. *Direito Penal*, 14ª ed., v. 1, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 479.
20. *Direito Penal*, 3ª ed., São Paulo, Universitária de Direito, 2000, pp. 227-231, *passim*.

conseguido o Banco Central do Brasil, na imputação feita aos indiciados, demonstrar estarem ali presentes os elementos dos ilícitos indicados, nem quanto a eles, nem sequer quanto ao cliente do Banco. Os "tipos", dessa forma, não estão completos. Isto porque, segundo Bitencourt: "Os tipos penais descrevem as condutas ilícitas e estabelecem assim os seus elementos essenciais. Esses fatores que integram a descrição da conduta típica são as chamadas elementares do tipo, ou elementos essenciais constitutivos do delito (...) são dados, fatos, elementos ou condições que integram determinadas figuras típicas".[21]

Mas, ainda que assim pudesse ficar caracterizado, devem ser reconhecidas as circunstâncias presentes na operação, aplicando-se a pena prevista pela graduação mínima, considerando-se que o Banco Intimado agiu de boa-fé no atendimento às instruções expressas fornecidas pelo seu cliente.

Nessa linha de raciocínio, verifica-se que, nas palavras de Bitencourt: "O tipo penal, além dos seus elementos essenciais, sem os quais a figura típica não se completa, pode ser integrado por outras circunstâncias acidentais que, embora não alterem a sua constituição ou existência, *influem na dosagem final da pena*".

A partir das considerações acima, cabe uma apropriada referência ao já conhecido *princípio da insignificância* (também conhecido como *princípio da bagatela*), cuja origem é encontrada no Direito Romano: "Minima non curat praetor".

Segundo Bitencourt[22] a tipicidade penal exige ofensa de alguma gravidade a bens ou interesses protegidos pelo Direito, tornando-se obrigatória a proporcionalidade efetiva entre a gravidade de uma conduta a ser punida e a força da intervenção estatal.

Na sua aplicação ao caso sob exame temos que, se o legislador definiu os contornos de uma conduta, tipificando-a penalmente, e determinou medida variável da pena, esta deve ser aplicada pelo mínimo legal se ínfimo foi o resultado danoso ao bem jurídico em questão.

Pode-se, em seguida, fazer o alargamento da aplicação de tal princípio para afastar a punibilidade caso não tenha havido ofensa ao aludido bem jurídico, nem sequer – como ocorreu na operação objeto desta consulta – como perigo de dano. Isto porque, conforme já se demonstrou à exaustão, não houve e nem poderia haver prejuízo para as reservas cambiais do país, considerando-se que – presumindo-se que as partes sabiam da diferença negativa entre as cotações Dólar/Real/Dólar nas operações separadas por dois dias apenas e que em tal curto espaço de tempo não surgiram mudanças significativas em tal cenário – a perda ocorrida em Reais já era antecipadamente conhecida. Mesmo porque – também como já foi devidamente demonstrado – nenhuma ilicitude se verificava na operação de fundo, ou seja, o ingresso de recursos a título de aumento de capital e saída de recursos para pagamento de empréstimo do mesmo titular.

Objetivamente considerada, a possibilidade da aplicação de uma penalidade de multa de até 100% do valor da operação representa, claramente, um confisco absolutamente ilegal. Não há qualquer proporção entre eventual prejuízo para os interesses do país – qualquer que seja o caso concreto – e o montante da multa pecuniária passível de ser imposta em sua previsão máxima, cuja fixação foge, de forma absolutamente exorbitante, da técnica de dosimetria da pena.

Certamente não teve o legislador, ao estabelecer a pena em questão, o objetivo de levar uma empresa à quebra ou seu administrador tido como responsável à insolvência civil.

Por essas razões, se fosse o caso de manutenção da pena em causa, num primeiro momento deve-se estabelecer que seu valor seja fixado no mínimo legal, à vista

21. *Manual* ..., v. 1, pp. 513-514.
22. *Manual* ..., v. 1, p. 19.

da irrelevância do prejuízo, desde que algum prejuízo tivesse ficado manifesto, em ofensa ao bem jurídico protegido do qual já se falou nesta consulta.

Mas, em uma análise mais consentânea com a aplicação de tal princípio na sua completa extensão, deve-se fazer o seguinte raciocínio:

a) A ofensa ao bem jurídico protegido deve ser punida na forma da lei.

b) Se houve prejuízo ao bem jurídico protegido em patamar mínimo, a pena deve ser aplicada em sua fixação mínima.

c) Se não houve prejuízo ao bem jurídico protegido, descabe a aplicação de qualquer pena.

No primeiro sentido tem-se orientado o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro, em diversas decisões (*v.g.*, Rec. 1.969/98, 2.317/98, 2.384/98, 2.721/99), destacando-se, por exemplo, o mesmo critério já adotado pelo Conselho no Rec. 2.980 (190ª sessão), onde foi proferido o acórdão CRSFN 2.962/00, em cuja decisão se lê: "(...) malgrado a gravidade dos ilícitos, cometidos por pessoas organizadas e atuantes em esquema de negociação de moeda, *impõe-se o abrandamento da punição* – que subsiste independentemente da decretação do regime especial –, *porquanto apresentou-se reduzido o número de contas irregulares* ***vis-à-vis*** *o porte do estabelecimento, que havia expedido determinações superiores para observância aos dispositivos legais pertinentes à abertura, manutenção e encerramento de contas-correntes* (...)" (grifos nossos).

Se fosse o caso de se aplicar penalidade aos Indiciados, ainda assim deveria ser levada em conta a expressão do efeito danoso, tal como se fez na decisão acima referida. Naquele caso houve efetivamente a irregularidade, mas a pena foi mitigada em vista da quantidade de contas irregulares quando considerado o montante das contas regulares da instituição apenada. *E verifique-se que, naquela situação, foi determinada tão-somente a aplicação da penalidade de advertência.*

Outras decisões do CRSFN pautam-se pela mesma orientação, conforme abaixo:

Rec. 3.192 (198ª Sessão): "*Ementa*: Recurso voluntário – Câmbio – Falsa declaração em contratos – Ingresso de moeda a título de capitais estrangeiros a longo prazo – Investimentos diretos no Brasil – Participação em empresas no país – Adiantamento para futuro aumento de capital (AFAC) – Ingresso dos recursos pelo mercado de taxas livres e simultânea saída pelo mercado de taxas flutuantes – Irregularidade caracterizada – Apelo a que se dá provimento parcial".

O provimento parcial foi, justamente, para redução da pena ao mínimo legal, considerando-se o valor relativamente reduzido dos lucros indevidos.

Diferentemente do caso sob exame, verifica-se pela leitura do texto da decisão do CRSFN em foco que houve operação de empréstimo entre as partes, *mas celebrado um dia após o ingresso de recursos.*

Ainda que se pudesse contestar a validade da decisão condenatória em questão, porque (exceto a prova de simulação não demonstrada e nem referida no conteúdo decisório) não caberia à autoridade administrativa ter tirado da empresa punida o direito de resolver sobre a realização de operação no seu interesse – dando-se indevida intromissão administrativa na esfera da economia interna da empresa. Mesmo assim, não pode haver semelhança com a situação objeto desta consulta, porque: (i) o empréstimo neste último caso preexistia ao ingresso do capital estrangeiro; e (ii) não houve prejuízo para o interesse público nesta operação.

Mas o CRSFN também já aplicou o *princípio da insignificância para afastar a punibilidade, quando considerou não ter estado presente prejuízo ao bem jurídico tutelado*:

Rec. 3.331 (198ª Sessão): "*Ementa*: Recurso de ofício – Câmbio – Incorreta classificação de operação de compra (tipo 03) – Retorno de capital oriundo de empréstimo de mútuo pactuado entre empresas integrantes do mesmo grupo econômico – Princípio da insignificância – Recurso improvido"

O CRSFN confirmou a sentença administrativa de primeira instância, no sentido do *arquivamento do processo, sem aplicação de penalidade*. Embora tivesse ocorrido efetivamente erro no preenchimento do formulário de uso para aquela operação, *não houve prejuízo para as reservas cambiais do país*.

Não é possível reconhecer no processo administrativo em estudo que tenha havido qualquer infração à legislação vigente, seja no plano da regulação de capitais estrangeiros, seja no cambial. Contudo, *mesmo que tivesse havido infração, seria o caso de igualmente arquivar-se o processo, pela ausência de prejuízo*.

Afinal de contas, está em jogo a função jurídico-social da pena, considerando-se que, nas palavras de Bitencourt, transplantadas perfeitamente para o direito administrativo: "A onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, necessariamente, com freios ou limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão. Este seria o sinal que caracteriza o direito penal de um Estado Pluralista e Democrático. A pena, sob este sistema estatal, teria reconhecida, como finalidade, a prevenção geral e especial, devendo respeitar aqueles limites, além dos quais a negação de um Direito social e democrático".[23]

A pretendida "classificação incorreta", como tal imputada aos Intimados, somente poderia ser situada no plano jurídico como correspondente a erro ou a falsidade. O erro somente não seria escusável se houvesse decorrido de culpa do Banco Intimado na apuração das afirmações prestadas pelo cliente, segundo suas modalidades de negligência, imprudência e imperícia. Este não é o caso, pois a classificação da operação foi feita em fiel cumprimento das instruções passadas por aquele, documentalmente comprovadas.

Quanto à falsidade, esta não ocorreu, pois – repita-se – o Banco Intimado apenas cumpriu as instruções do cliente.

10.2 O devido processo legal substantivo ("substantive due process")

Esse importantíssimo tema vem sendo desenvolvido pelos mais importantes juristas estrangeiros e nacionais. Em última análise, sua aplicação impõe o *exame da razoabilidade da lei* e encontra guarida na Constituição Federal, art. 5º, LIV: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

O texto constitucional não agasalha somente o instituto sob o aspecto processual, mas também seu conceito substantivo, "como garantia do processo legislativo e garantia de que a lei é razoável, justa e contida nos limites da Constituição".[24]

Nesse sentido, assim manifestou-se Nélson Nery Júnior: "A cláusula *due process of law* não indica somente a tutela processual, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico, como já vimos, e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o *substantive due process* e o *procedural due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo. (...). O devido processo le-

23. *Manual* ..., v. 1, p. 90.

24. Celso Luiz Limongi, "O devido processo legal substantivo e o direito penal", *Revista da Escola Paulista de Magistratura* 2/159, n. 1, São Paulo, Imprensa Oficial, 2001.

gal se manifesta em todos os campos do Direito, em seu aspecto substancial. No direito administrativo, por exemplo, o princípio da legalidade nada mais é do que manifestação da cláusula *substantive due process*. Os administrativistas identificam o fenômeno do *due process*, muito embora sob outra roupagem, ora denominando de garantia da legalidade e dos administrados, ora vendo nele o postulado da legalidade. (...). Decorre daí a imperatividade de o Legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo-se essa tarefa no princípio da razoabilidade das leis. Toda lei que não for razoável, isto é, que não seja a *law of the land*, é contrária ao Direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário".[25]

Celso Luiz Limongi esclarece que a expressão *law of the land* estava referida no art. 39 da Magna Carta, onde se lia que "nenhum homem será preso ou detido em prisão, ou privado de suas terras, ou posto fora da lei, ou banido, ou de qualquer maneira molestado; não procederemos criminalmente contra ele, nem o prenderemos senão por um julgamento legítimos de seus pares e *pela lei da terra* (*law of the land*)".

Anota o mesmo autor que em 1345, durante o reinado de Eduardo III, pela mão de um legislador desconhecido, a expressão *law of the land* veio a ser substituída por *due process of law*.[26]

Transplantado o princípio para o Direito Norte-Americano, foi sendo criado ao longo do tempo um conceito substantivo do *due process of law*, fosse como garantia do processo legislativo, fosse no sentido de que a lei era razoável, justa e contida nos limites constitucionais. Dessa forma, o gozo dos direitos de liberdade e de propriedade não mais poderia ser limitado arbitrária ou desarrazoadamente.[27]

No plano do devido processo legal substantivo ele seria violado em todas as ocasiões nas quais a própria configuração dos *substantive rights* estivesse prejudicada em sua proteção, de forma a que o resultado do processo viesse a ser condicionado de forma não-razoável.[28]

Ora, à luz do inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal, o Judiciário teria deixado de representar um papel exclusivamente passivo, no sentido da aplicação da lei, tendo recebido a incumbência de apreciar sua razoabilidade. A esse respeito assim se manifestou Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em referência feita à Constituição Federal de 1988, afirmando que ela outorgou ao Judiciário "um certo distanciamento em relação à lei que não admitia a doutrina clássica. Com efeito, o texto importou o *due process of law*, de há muito presente em nosso sistema por meio dos princípios de ampla defesa, do contraditório etc., mantido no art. 5º, LV, da Constituição. *Assim, pode hoje o magistrado inquietar-se sobre a razoabilidade da lei, a proporcionalidade dos encargos que acarreta etc.*, quando antes não lhe cabia senão ser a voz da lei. (...). O exame mais aprofundado da Lei Magna, todavia, confirma, em outros pontos de relevo, que esta não entende o Judiciário como mero Poder neutro, incumbido de aplicar contenciosamente a lei a casos particulares. O conceito de Pedro Lessa está superado"[29] (grifos nossos).

Na opinião de Celso Luiz Limongi, à vista das profundas alterações constitucionais ocorridas no Direito Brasileiro, o devido processo legal substantivo pode ser considerado "como a possibilidade de discutir a razoabilidade da lei e sua proporcio-

25. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo, Ed. RT, 1999, pp. 35-37, *passim*.

26. Nélson Nery Júnior, *Princípios ...*, p. 156.

27. Celso Limongi, in *Revista da Escola Paulista de Magistratura* 2/159.

28. Cf. Ada Pellegrini Grinover, *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, São Paulo, Ed. RT, 1973, p. 38.

29. "O Poder Judiciário na Constituição de 1988", *Revista Jurídica da Prefeitura do Município de São Paulo* 1/21-40.

nalidade, sempre que bens como a liberdade *e a propriedade* correrem risco de violação, porquanto merecem a proteção constitucional prevista no art. 5º, inciso LIV, da Constituição".[30]

Do ponto de vista prático, aplicando-se tal princípio ao direito penal (e – ampliamos – também ao direito administrativo), afirma o mesmo autor que ele orientará o Judiciário no exame dos efeitos da aplicação da lei ao caso concreto, podendo concluir seja pela sua razoabilidade, seja por apresentar-se não-razoável. Além disso – completa –, "no momento em que o Judiciário vai aplicar a lei penal, a ele é lícito examinar a sua razoabilidade, podendo inspirar-se nos princípios da humanidade, da lesividade etc., como poderá inspirar-se em qualquer outra razão eventualmente presente no caso concreto. Os fatos se apresentam multifacetários. O legislador não pode prevê-los todos. E, não havendo como aplicar os princípios da lesividade, da humanidade, da culpabilidade, aplica-se o princípio de maior amplitude e abrangência, que é o do devido processo legal substancial".[31] E, resumindo a argumentação em favor do reconhecimento constitucional de tal princípio, o autor sob referência enumera algumas conclusões, adiante expostas de forma esquemática:[32]

1. O princípio do devido processo legal é relacionado ao Estado Democrático de Direito.

2. Aplicar a lei de forma a causar lesão à liberdade ou a bens de um indivíduo é ato que somente pode ser feito por meio do atendimento do devido processo legal, nos seus dois aspectos, processual e substancial.

3. Todos os princípios relativamente ao processo (contraditório, igualdade entre as partes, publicidade dos atos processuais, reserva legal, irretroatividade da lei) são corolários do devido processo legal processual, e este, por sua vez, do devido processo legal substancial.

4. No Estado Democrático de Direito o princípio do *due process of law* atual em benefício dos direitos e garantias individuais, na qualidade de princípio geral e de reserva. E:

5. Tratando-se de princípio constitucionalmente instituído, o Judiciário é obrigado a aplicá-lo nos limites, condições e finalidades previstos na Lei Maior.

Ora, na consulta sob exame, atentando-se para o devido processo legal substancial, apresenta-se descabida a intenção do Banco Central do Brasil de aplicar à Intimada e ao Banco Intimado penalidades exorbitantes, especialmente aquela correspondente a uma multa que pode chegar até a 100% do valor da operação. Trata-se de punição inteiramente despida de razoabilidade, seja no plano da infração em si, seja quanto ao valor da pena.

A pura e simples classificação incorreta de uma operação não pode ter o condão de caracterizar um ilícito administrativo, independentemente da análise do elemento subjetivo, ou seja, a participação efetiva, culposa ou dolosa, dos agentes: o cliente, o Banco Intimado, a administradora deste e o corretor interveniente. Tal não foi feito pelo Banco Central do Brasil.

De outro lado, os fatos apontados por aquela autoridade monetária como ilícitos nenhum prejuízo causaram aos interesses do país, não tendo estado presente qualquer risco de que isso pudesse ocorrer – resultado, então, impossível, dependente de forma exclusiva de uma inversão no curto prazo de dois dias da cotação das taxas do Dólar nos mercados livre e flutuante, cuja fixação fazia parte, então, do modelo de política monetária vigente.

Finalmente, diante da inexistência e da impossibilidade de prejuízo, não pode ser

30. In *Revista da Escola Paulista de Magistratura* 2/161.

31. In *Revista da Escola Paulista de Magistratura* 2/162 e 165.

32. In *Revista da Escola Paulista de Magistratura* 2/168.

considerada como razoável a aplicação de qualquer pena, nem pelo seu valor mínimo, e muito menos no seu valor máximo.

10.3 O § 4º do art. 23 da Lei 4.131/1962: uma norma arbitrária?

Em incomparável e pioneiro estudo publicado em 1953, San Tiago Dantas questionava a validade da *lei arbitrária*, a qual, embora reunindo formalmente todos os elementos da lei, fere a consciência jurídica, pelo tratamento absurdo ou caprichoso que impõe a certos casos. Segundo aquele ilustre jurista trata-se de um problema presente em todos os sistemas de direito constitucional, a respeito do qual nota-se a grande dificuldade teórica do seu tratamento, ao mesmo tempo em que revela relevante interesse prático.[33]

Para o autor em referência, duas questões básicas se apresentam:

1ª. Qual critério técnico-jurídico poderia ser utilizado para distinguir a *lei arbitrária* da *lei especial justificada*?

2ª. Admitindo-se que tal critério exista, seria ele passível de ser posto em funcionamento, de forma a que o Poder Judiciário tivesse condições de recusar-se a aplicar a *lei arbitrária*?[34]

O ponto de partida está no reconhecimento do poder conferido ao legislador infraconstitucional de editar leis especiais, em quebra às regras gerais previstas para determinados tipos de comportamentos condenáveis – tratando-se, portanto, de norma de exceção –, sem que disto resulte infringência a direitos individuais irredutíveis. Se todos são iguais perante a lei, como explicar-se ser possível em alguns casos, sob o manto de lei especial, adotar-se um efeito jurídico diverso daquele estabelecido para a generalidade dos casos?

33. "Igualdade perante a lei e *due process of law*", *Problemas de Direito Positivo*, Rio de Janeiro, Forense, 1953, pp. 37-64.

34. San Tiago Dantas, in *Problemas* ..., p. 37.

Tome-se o caso da responsabilidade por danos, cujo preceito fundamental corresponde ao art. 159 do Código Civil, teor que nunca é demais relembrar: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

Examinando-se os elementos configuradores da responsabilidade prevista nesse texto legal, inferimos:

a) A responsabilidade é pessoal, atribuída a quem, por ação ou omissão, viola algum direito causa algum dano.

b) A amplitude da responsabilidade estabelecida – na forma de indenização – corresponde ao montante do dano. E:

c) A atribuição de responsabilidade, de natureza subjetiva, depende da prova de culpa ou dolo.

Confrontando-se esse sistema geral de responsabilidade com a regra do art. 23, § 4º, da Lei 4.131/1962, norma especial em relação ao art. 159 do Código Civil, verificamos que:

a) Constitui infração a classificação incorreta das informações prestadas pelo cliente no formulário de contrato de câmbio.

b) Respondem por tal infração o banco e o corretor intervenientes.

c) A penalidade de multa pecuniária, variável entre 5% e 100% do valor da operação, é inteiramente desvinculada do fator *prejuízo*. E:

d) Tal responsabilidade seria de natureza objetiva, ou seja, independente da prova de culpa ou dolo.

Diferentemente da regra geral, portanto, tem-se no caso sob exame uma responsabilidade objetiva, em relação à qual estabelece-se uma multa que pode chegar a montante absoluto elevadíssimo mesmo na ausência de prejuízo ou de haver ocorrido este em valor irrelevante.

A partir da preocupação colocada por San Tiago Dantas no estudo mencionado,

pergunta-se: seria o § 4º do art. 24 da Lei 4.131/1962 uma norma arbitrária? Em caso positivo, mesmo sendo lei sob o aspecto formal, poderia o julgador deixar de aplicá-la se viesse a reconhecer seu caráter arbitrário? A resposta cabe ao mesmo autor, em quem vamos buscá-la, já antecipando que ela se encontra na aplicação do *princípio constitucional da igualdade*, considerado com toda razão por ele mesmo como o centro gerador do direito constitucional vigente (que não difere em substância daquele em vigor ao tempo do estudo enfocado), "o eixo em torno do qual se cristalizam as normas e instituições de direito público".[35]

Desenvolvendo seu pensamento, San Tiago Dantas procura fazer uma aproximação entre o princípio anglo-americano do *due process of law*, já referido nesta consulta, com o da igualdade do Direito Brasileiro. Procurando identificar os elementos daquele instituto jurídico, ela relembra a síntese oferecida por Daniel Webster: "The meaning is that every citizen shall not hold his life, liberty, property, and immunities under the protection of the general rules wich govern society. Everything which may pass under the form of enactement is not, therefore, to be considered the law of the land".

Desse texto San Tiago Dantas retira os seguintes elementos:

a) *A referência à proteção de "general rules", que a ninguém pode ser retirada.* Infere-se, portanto, que a juridicidade de uma lei depende de que ela não tenha o efeito de retirar de alguém as normas gerais de governo da sociedade.

b) *A tese segundo a qual nem todo ato legislativo pode ser considerado "law of the land".* A mera formalidade legal não premia um ato legislativo, portanto, com a qualidade de *due process of law*. O critério para identificar-se uma norma particular como dotada de tal efeito está na constatação, em dado caso concreto, de que ela não concorda com a norma geral em vigor para os casos da mesma espécie.[36]

Reconhecendo-se que a preocupação mais concreta de San Tiago Dantas no estudo em questão estava voltada para os efeitos da lei *ad personam*, seus argumentos aplicam-se, da mesma forma, à lei genérica, desde que ela quebre o princípio da igualdade, considerada em seu *sentido proporcional*, e não matemático ou paritário.

A partir de suas profundas considerações, aqui sucintamente examinadas, San Tiago Dantas conclui no sentido de que, diante do *princípio de igualdade perante a lei*, o Poder Judiciário pode censurar aquelas nas quais são feitas distinções arbitrárias, com a finalidade de modificar, em relação a algumas pessoas ou coisas, o tratamento jurídico comum.

Assim sendo, verifica-se que o art. 23, § 4º, da Lei 4.131/1962 incide no defeito referido no parágrafo anterior, em dupla medida, uma vez que muda o direito comum (art. 159 do CC), sem razão justificável, para o fim de atribuir a algumas pessoas (os bancos e os corretores intervenientes em operações de câmbio) uma responsabilidade formal objetiva, inteiramente despida do critério da proporcionalidade, por tomar como referência o valor da operação, e não o fator *prejuízo*, que pode não ocorrer (como aconteceu no caso concreto), ou vir a apresentar-se de valor absoluto muitíssimo inferior ao daquela.

Portanto, como regra arbitrária, deve o julgador adequá-la ao bom Direito, referenciando-a a um prejuízo efetivo, para daí aplicar a penalidade proporcional à gravidade deste, mesmo que seja nenhuma, na inexistência de prejuízo.

Evidentemente, as considerações deste tópico fizeram abstração do elemento subjetivo. Este, devendo ser considerado nas modalidades de culpa ou dolo, poderá

35. Idem, ibidem, p. 56.

36. Idem, ibidem, pp. 44-45, *passim*.

configurar, na sua ausência, a própria inexistência do ilícito.

11. Conclusões

Diante de todo o exposto, impõem-se as conclusões abaixo, afastadoras da pretensão punitiva do Banco Central do Brasil tanto à Intimada quanto ao Banco Intimado.

11.1 Deve-se considerar inepta a intimação de ..., administradora do Banco Intimado, do que decorre a obrigatoriedade do arquivamento do processo quanto a ela, negando-se a existência de responsabilidade objetiva, pela absoluta falta de amparo legal; além disso, foi ferido o princípio constitucional do devido processo legal, pela ausência da possibilidade de fazer defesa eficaz contra a gratuita imputação de ilícito a ela atribuído.

11.2 Impõe-se o reconhecimento da ilegitimidade de parte quanto à Intimada, pois a norma pretensamente infringida pelo Banco Intimado não relaciona seus diretores como sujeitos ativos do ilícito e, conseqüentemente, da punição correspondente.

11.3 É o Banco Central parte ilegítima para impor a administrador de instituição financeira sanção por ato ilícito alegadamente por aquele praticado quando se trata das ações sociais *ut universi* e *ut singuli*, ou seja, daquelas destinadas à reparação de prejuízos causados pelo administrador no exclusivo âmbito interno da empresa. Isto porque, como visto acima, o *tipo* apontado pela autoridade monetária não inclui o administrador como agente punível.

11.4 É descabida a pretensão de aplicação da penalidade prevista no art. 44 da Lei 4.595/1964, uma vez que tais sanções são expressamente destinadas às infração aos dispositivos daquela mesma lei, e não de outras.

11.5 No tocante ao Banco Intimado infere-se claramente ser parte ilegítima para responder pela alegada infração ao § 4º do art. 23 da Lei 4.131/1962, por ter ficado exaustivamente demonstrado que agiu de acordo com as precisas e expressas instruções do cliente, não tendo figurado o *tipo* indicado quanto à sua pessoa.

11.6 Está demonstrada a inexistência da infração correspondente a uma irregular "saída de recursos do país", tendo-se verificado que o Banco Central do Brasil ampliou indevidamente o sentido e o alcance das normas nas quais se baseou para buscar a responsabilidade do Banco Intimado.

11.7 O processo administrativo em causa deve ser arquivado sem julgamento do mérito, uma vez que, nas circunstâncias do caso concreto, não houve dano ao bem jurídico protegido, nem muito menos colocou-se, sequer, o "perigo de dano".

11.8 O processo administrativo deve ser arquivado sem julgamento de mérito, uma vez que, ao contrário do que o Banco Central pretendeu demonstrar, havia plena liberdade de remessa de recursos pelo mercado de câmbio de taxas flutuantes, na forma da legislação vigente, conforme expressamente demonstrado, inexistindo obrigatoriedade de registro ou de pedido de autorização prévios.

11.9 Não tendo ocorrido qualquer ilícito, não há pena a ser aplicada. Em todo caso, ainda que assim não fosse considerado, eventual penalidade deveria, conforme o caso, recorrendo-se ao *due process of law*, nos seus aspectos processual e substantivo:

a) ser relevada pela inexistência e impossibilidade de prejuízo; ou

b) ser aplicada pelo mínimo legal;

c) a pena de 100% do valor da operação representa um confisco inconstitucional.

11.10 Sendo norma arbitrária, o julgador deve fazer sua adequação proporcional quanto à penalidade aplicável, especialmente devendo afastá-la diante da inexistência de prejuízo.

É nossa opinião.

São Paulo, 2 de maio de 2001