Jurisprudência Comentada

CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Denúncia. Peça processual ofertada com base, exclusivamente, em representação feita pelo Banco Central. Instituição que, após, determina o arquivamento do processo administrativo. Atipicidade da conduta caracterizada. Fato que enseja o trancamento da ação penal por falta de justa causa

Comentários de
HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA
ao acórdão do Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* 81.324-1-SP

"Habeas corpus" 81.324-1-SP — 2ª Turma do STF

Rel.: Ministro Nelson Jobim

j. 12.3.2002

DJU 23.8.2002

Ementa da redação: Tendo a denúncia ofertada pelo Ministério Público se baseado, exclusivamente, na representação do Banco Central, a posterior decisão desse, no sentido de ser o processo administrativo arquivado por falta de ilicitude na conduta do agente, reflete-se na ação penal proposta pelo "Parquet", ensejando o seu trancamento por falta de justa causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do STF, em 2ª T., na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade, em deferir o *habeas corpus*, para determinar o trancamento da ação penal por falta de justa causa.

Brasília, 12 de março de 2002.

Néri da Silveira, Presidente. Nelson Jobim, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Min. Nelson Jobim (Relator): O Ministério Público Federal denunciou o paciente Abrahão Zarzur, Diretor-presidente do Banco Mercantil de Descontos, e outros diretores, por crime contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/1986, art. 6º;[1] f.).

Está na denúncia:

(...).

Narra a representação criminal enviada pelo Banco Central do Brasil ao Ministério Público Federal, que os denunciados, ao apresentarem o balanço patrimonial referente à data de 30.6.1994, dei-

1. Lei 7.492/1986: "Art. 6º. Induzir ou manter em erro sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente: Pena — Reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa".

xaram de transferir créditos da Instituição Financeira que geriam, vencidos há mais de 360 dias, para a conta nominada de Operações de Crédito em Liquidação, doravante denominada de "OCL", na hipótese, créditos para com a Cooperativa Agrícola de Cotia, representados pelos Contratos 27298-8, de 18.2.1993, cuja terceira parcela vencera em 22.5.1993 (...) 27950-4, de 3.5.1993, com a primeira parcela vencida em 2.6.1993 (...) e 27666-6, de 2.4.1993, no qual a primeira parcela vencera em 1.5.1993 (...).

(...) deixaram os denunciados de providenciar a transferência para a mesma conta acima referida de créditos titulados por empresa em regime falimentar, no caso a Sefran Indústria Brasileira de Embalagens, cujo contrato 001.03859-5 vencera em 6.12.1993.

(...) (f.).

Em 4.7.1996 a denúncia foi recebida (f.).

Contra essa decisão, em 24.2.1997, a defesa do paciente impetrou *habeas* no TRF (HC 97.03.009677-8; f.).

Em 25.2.1997, o relator concedeu liminar (f.).

Em 21.3.2000, o *habeas* foi indeferido (HC 97.03.009677-8; f.).

Em 12.5.2000, a defesa interpôs recurso ordinário de *habeas corpus* no TRF (RHC 97.03.009677-8; f.).

Simultaneamente, em 15.5.2000, impetrou *habeas* no STJ (f.).

Na mesma data, o relator do *habeas* deferiu a liminar (HC 13.028; f.).

Em 10.7.2000, o TRF recebeu o RHC 97.03.009677-8.[2]

Em 22.8.2000, esse recurso foi remetido ao STJ.[3]

Lá ele recebeu o n. 10.453.

Em 28.11.2000, o STJ negou provimento ao recurso (RHC 10.453; f.).

Em 21.8.2001, o *habeas* foi indeferido (HC 13.028; f.).

Contra a decisão proferida no RHC 10.453, a defesa impetrou o presente *habeas*, com pedido de liminar (f.).

Alegou que:

(...).

Quando da instauração do processo administrativo, açodadamente o Banco Central encaminhara representação, nos mesmos termos ao Ministério Público Federal que, sem inquérito policial e sem maior indagação, desde logo ofereceu denúncia contra o paciente e demais diretores do banco, que foi recebida.

(...) (f.).

Posteriormente:

(...) O Banco Central (...) concluiu pela inexistência da falta, ao arquivar o processo administrativo correspondente. Ou seja, embora proclamada a inocência do paciente, mesmo sob a rígida ótica do Banco Central, continua ele sujeito à persecução penal, à qual evidentemente falta justa causa, até porque atípicos os fatos.

(...) se não tivesse ocorrido a autuação pelo Banco Central, não haveria representação (...) e nem acusação.

(...) (f.).

Objetiva o trancamento da ação penal, por ausência de justa causa (f.).

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento (f.).

É o relatório.

VOTO

O Exmo Sr. Min. Nelson Jobim (Relator): O *habeas* objetiva o trancamento da ação penal por falta de justa causa.

A jurisprudência do Tribunal é no sentido de não trancar a ação penal, salvo se o fato for evidentemente atípico.

Precedentes: HC 65.544, Oscar Correr; HC 80.659, Maurício Corrêa; HC

2. Essa informação foi retirada do andamento processual do TRF-3ª R., via internet.

3. Essa informação foi retirada do andamento processual do TRF-3ª R., via internet.

71.669, HC 72.731 e HC 73.450, Carlos Velloso; RHC 66.373, Néri da Silveira e HC 72.858, Marco Aurélio.

Analiso o caso concreto.

A denúncia tem por base, exclusivamente, a representação criminal 08123.000143/96-80, do Banco Central (CCrim 41/96; f.).

Trata, em tese, de crime contra o Sistema Financeiro Nacional.

O Banco Central ofereceu representação criminal ao Ministério Público.

Esse, sem qualquer providência, denunciou sem desenvolver qualquer ato de investigação.

Leio no parecer do Prof. Geraldo de Camargo Vidigal:

(...).

64. Ante às presunções, sem prova, em que se fundou o Banco Central para afirmar vencimento de contratos que se achavam vigentes; ante a regularidade das transferências para CL e da conseqüente regularidade das provisões para devedores duvidosos; ante à injustiça das acusações de "comprometimento de patrimônio" e de "manipulação patrimonial" feitas pela Procuradora Dra. Orlinda, fundadas em ilícitas presunções de vencimentos de contratos, de irregularidade conseqüente nas transferências para CL, de irregularidade derivada na grandeza de provisões — deveria o Banco Central oficiar imediatamente ao Ministério Público, tornando sem efeito sua manifestação anterior e comunicando que está realizando novas apreciações, para conclusões mais fundadas.

65. O processo administrativo instaurado parece-me inteiramente insubsistente.

(...) (f.).

O Banco Central, ao perceber o equívoco, decidiu pelo arquivamento do Processo Administrativo 9500474864 (f.).

Está na decisão:

(...).

Ora, é de palmar evidência que a dívida em questão fôra objeto de repactuação nos autos da execução judicial (f.), com substituição do devedor principal. Portanto, a permanência da Sefran como titular da obrigação, ainda quando sujeita ao regime falencial, decorre de simples erro de registro, pois a essa altura já deveria o Banco BMD ter procedido à alteração dos seus registros contábeis, tornando, assim, inaplicável o disposto no art. 1º, VII, da Resolução 174/1980, posto que de falido não se tratava o devedor.

Assim, estando os autos em boa ordem e considerando os argumentos de fato e de direito constantes dos autos, decido:

• Arquivar o processo, recorrendo de ofício ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

(...) (f.).

O Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, em reexame necessário, referendou a decisão.

Está na ementa:

(...) decidem os membros do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, por unanimidade, negar provimento ao recurso de ofício, mantida a decisão do órgão de primeiro grau no sentido de arquivar o processo em relação aos recorridos Banco BMD S/A — em liquidação extrajudicial, Abrahão Zarzur, Roberto Fakhoury, Marcio Roberto Zarzur, Roberto Rodrigues de Almeida e Oscar Fakhoury, considerando que a irregularidade se desconfigurou, na medida em que, supervenientemente, o Banco Central do Brasil estipulou critério admitindo provisionamento de forma paulatina, vale dizer, um décimo do valor do crédito, viabilizando-se, dessarte, o reenquadramento da mencionada instituição, que submetida ao regime de liquidação extrajudicial de que trata a Lei 6.024/1974.

(...) (f.).

Ante a decisão administrativa, o paciente, entendendo ter desaparecido a justa causa para a ação penal, procurou fazer cessar o curso do processo, primeiro no TRF e posteriormente no STJ.

O TRF indeferiu o *habeas corpus* sob o argumento de que as instâncias penais e administrativas são independentes.

Leio na ementa:

(...).

1. A jurisdição, como manifestação do poder estatal, inclusive nas matérias penal e administrativa, é atividade privativa do Poder Judiciário, no sistema constitucional brasileiro.

2. (...).

3. O exercício do juízo de admissibilidade da acusação é operado pelo Poder Judiciário, sem vinculação ao entendimento consagrado na esfera administrativa. Ao contrário, sobre e contra eventual conclusão definitiva administrativa prevalecerá a eficácia da coisa julgada.

4. Qualquer decisão firmada em procedimento administrativo tem eficácia limitada, passível de impugnação perante o Poder Judiciário.

5. (...).

6. (...).

7. Contra o texto da lei processual penal e o sistema constitucional que ignora a existência do chamado tribunal contencioso administrativo, não cabe sujeitar o juiz, tanto mais o qualificado com competência criminal, ao entendimento da autoridade administrativa.

8. No Brasil Republicano, todas as Constituições repudiaram a existência da justiça administrativa e a exceção fiou com a alteração promovida no período, também de exceção, do pacote de abril (arts. 203[4] e 205[5] da EC 7/1977).

9. (...).

10. O Poder Judiciário, nos crimes de ação pública, para muito além de qualquer sujeição à autoridade administrativa, "poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição" (art. 385[6] do CPP).

11. (...).

12. Unidade de ordem jurídica não significa o nivelamento das decisões administrativa e penal, pois só a última tem a eficácia constitucional da coisa julgada. Supremacia da jurisdição penal (arts. 1.525[7] do CC, e 65 e 66[8] do CPP).

13. O juízo valorativo da autoridade administrativa, desprovida de garantias mais efetivas em prol da moralidade e a imparcialidade, não é necessariamente simétrico ao juízo de desvalor da conduta formulado pelo paciente. E isto, nem mesmo em *habeas corpus*, cabe presumir. Impertinência da alegação de ausência de dolo.

(...) (f.).

O STJ, sob o mesmo fundamento, indeferiu o RHC.

Está na ementa:

(...).

A decisão de arquivamento do processo instaurado para a apuração do fato no âmbito do Banco Central do Brasil não vincula o Poder Judiciário, posto tratarem-se de instâncias autônomas.

4. EC 7/1977: "Art. 203. Poderão ser criados contenciosos administrativos, federais e estaduais, sem poder jurisdicional, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive relativas a acidentes do trabalho (art. 153, § 4º)".

5. EC 7/1977: "Art. 205. As questões entre a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou entre umas e outras, serão decididas pela autoridade administrativa, na forma da lei, ressalvado ao acionista procedimento anulatório dessa decisão".

6. CPP: "Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada".

7. CC: "Art. 1.525. A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime".

8. CPP: "Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato".

(...) (f.).

A Procuradoria-Geral da República, ao opinar neste *habeas*, adotou a mesma linha.

Está na ementa do parecer:

(...).

A matéria já foi devidamente apreciada pela Suprema Corte, no sentido da irrelevância do arquivamento do procedimento administrativo para a persecução penal, em face da autonomia das instâncias administrativa e penal.

(...) (f.).

Digo eu.

O *habeas* mão tem por objetivo questionar a independência das instâncias administrativa e penal.

Seu objeto é o trancamento da ação penal por falta de justa causa, ante a evidente atipicidade do fato.

Essa circunstância já foi percebida pelo Procurador-Regional da República, que emitiu parecer no *habeas* impetrado perante o TRF.

Destaco de seu parecer:

(...).

Penso que o enfoque não pode se estabelecer à luz de discussão sobre a independência das instâncias administrativa e judicial e independência da jurisdição penal. É que a partir do momento em que a autoridade monetária proclamou que a operação realizada é legal e que a BBA não deve ser multada pelo Banco Central, toda a discussão dever girar em torno da autonomia do ilícito e da segurança jurídica.

(...).

Ademais, que segurança jurídica poderá subsistir no nosso Sistema Financeiro e na própria ordem jurídica, se chegarmos a ponto de condenar o paciente por crime contra o Sistema Financeiro, aplicando-se pena em defesa da preservação da higidez, do sistema quando se sabe de antemão que a autoridade monetária não viu anormalidade nas operações realizadas (...).

(...) A prosseguir no processo crime, incidirá o Estado na "proibição de *venire contra factum próprio*". Por isso, a meu ver só há uma solução para assegurar a persecução penal *in casu*: desconstituir judicialmente a decisão do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

(...). (f.).

Prossigo.

Antes do oferecimento da denúncia ou de uma decisão condenatória, é necessário examinar o nexo causal e o elemento subjetivo.

Nesse sentido, leio Damásio:

(...).

"A responsabilidade penal é pessoal. Imprescindível a responsabilidade subjetiva. Repele a responsabilidade objetiva. (...)" (STJ, *DJU* 13.9.1993, p. 18.580).

(...).

"Só pelo fato de ser diretor ninguém pode ser denunciado. Ser diretor é exercício regular de direito. Só pode haver crime se a conduta for ilícita" (STJ, HC 4.659-RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *RSTJ* 93/403).

(...).[9]

O caso concreto é emblemático.

Verifico nos autos que o paciente não desenvolveu nenhuma conduta consciente para fraudar o Sistema Financeiro Nacional.

Falta justa causa para a ação penal.

Conheço do *habeas* e o defiro.

VISTA

O Exmo. Sr. Min. Maurício Corrêa: Sr. Presidente, o eminente advogado, que usou da tribuna, foi muito explícito ao afirmar não haver nexo entre o que foi decidido na fase administrativa e o que posteriormente foi colocado à apreciação do Poder Judiciário no início dessa investigação. E

9. Damásio E. de Jesus, *Temas de Direito Criminal*, 2ª série, São Paulo, Saraiva, 2001, pp. 67-68.

o eminente Ministro-Relator entendeu também não haver atipicidade.

Pode o Poder Judiciário, nessa fase na qual se encontra o julgamento, obstaculizar a ação do Ministério Público? Tenho sérias dúvidas a respeito.

Com base nisso, peço vista dos autos para examinar a questão.

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Min. Maurício Corrêa: Pedi vista desses autos para saber se o trancamento da ação penal, no caso, não resultaria intromissão, de forma indébito (*sic*), nas atribuições constitucionais do Ministério Público, dono que é, como elementar, da ação penal. Para bem compreender o fato apontado como ilícito penal, sujeito às sanções do art. 6º da Lei 7.492/1985, tenho como indispensável a leitura da denúncia (f.), *verbis*:

> Denúncia em face de Abrahão Zarzur, Roberto Fakhoury, Marcio Roberto Zarzur, Oscar Fakhoury, Roberto Rodrigues de Almeida e Cláudio Zarzur, todos qualificados às f., diretores do Banco BMD S/A, com sede na Rua XV de Novembro, n. 201, Centro, São Paulo, SP, em razão dos motivos de fato e de direito adiante transcritos.
>
> Os denunciados acima nominados, como se infere pelos termos do Estatuto Social e Ata de Assembléia Geral Ordinária, de 30.4.1993 (f.), compunham a diretoria executiva do Banco Mercantil de Descontos (atual BMD S/A) por ocasião da apresentação do balanço patrimonial semestral de 30.6.1994, que veio a ser publicado no *DCI — Diário Comércio e Indústria*, edição de 19.8.1984 (f.) aprovado por unanimidade pela Assembléia Geral Ordinária realizada em 28.4.1995 (f.).
>
> Verifica-se pelo exame dos documentos acima mencionados, que o denunciado Abrahão Zarzur, na qualidade de Diretor-Presidente, participa da orientação e fixação das condições gerais dos negócios sociais da empresa, enquanto que os denunciados Roberto Fakhoury e Marcio Roberto Zarzur, na qualidade de, respectivamente, Diretores 1º e 2º Vice-Presidentes, auxiliam e assessoram aquele, diretamente, na administração geral dos negócios. Já o denunciado Oscar Fakhoury, na qualidade de Diretor-Superintendente, além de exercer a função de auxílio e assessoramento do Presidente, é incumbido da superintendência de todos os negócios e operações sociais. Roberto Rodrigues de Almeida, na qualidade de Diretor Geral e Diretor responsável pela área contábil perante o Banco Central do Brasil, e Cláudio Zarzur, na qualidade de Diretor sem designação específica, completam a diretoria executiva da referida Instituição Financeira, sendo igualmente responsáveis pelo seu gerenciamento.
>
> No exercício de suas funções diretivas, os denunciados firmaram o balanço patrimonial acima mencionado, bem como o aprovaram na Assembléia Geral Ordinal acima mencionada.
>
> Os fatos acima descritos denotam, ao menos num primeiro momento, a responsabilidade de toda a Diretoria Executiva pelo cometimento do fato típico a que se refere a presente denúncia.
>
> Narra a Representação Criminal enviada pelo Banco Central do Brasil ao Ministério Público Federal, que os denunciados, ao apresentarem o balanço patrimonial referente à data de 30.6.1994, deixaram de transferir créditos da Instituição Financeira que geriam, vencidos há mais de 360 dias, para a conta nominada de Operações de Crédito em Liquidação, doravante denominada de "OCL", na hipótese, créditos para com a Cooperativa Agrícola de Cotia, representados pelos Contratos 27298-8, de 18.2.1993, cuja terceira parcela vencera em 22.5.1993 (f.), 27950-4, de 3.5.1993, com primeira parcela vencida em 2.6.1993 (f.), e 27666-6, de 2.4.1993, no qual a primeira parcela vencera em 1.5.1993 (f.).
>
> Além disso, deixaram os denunciados de providenciar a transferência para a mesma conta acima referida de créditos titulados por empresa em regime falimen-

tar, no caso a Sefran Indústria Brasileira de Embalagens, cujo Contrato 001.03859-5 vencera em 6.12.1993.

Agindo desta forma, estava a Instituição Financeira descumprindo normas regulamentares contidas nos arts. 1º, VII e VIII, *c* e 9º, III, todos da Resolução 1.748, de 30.6.1990.

Com tais atitudes, os denunciados deixaram de provisionar adequadamente os créditos de provisão duvidosa acima mencionados, como demonstra o quadro de f., onde se verifica que em vez de provisionar o valor de CR$ 6.551.561.000,00, foi provisionado tão-somente o valor de CR$ 1.299.008.000,00, o que resultou numa insuficiência de provisões na ordem de CR$ 5.252.553.000,00, ou seja, 8,78% do patrimônio líquido do demonstrativo apresentado pelo banco em 30.6.1994 — CR$ 59.828.303.000,00 (f.).

Em resumo: se transferidos fossem tais créditos para nominada conta "OCL", o patrimônio líquido da Instituição — fator de fundamental importância para aferição da verdadeira situação econômica da mesma — sofreria uma significativa redução, e outra seria a avaliação de seus sócios, de seus investidores, enfim, das pessoas que militam no mercado financeiro, que, examinando o balanço patrimonial em questão, foram induzidos a uma percepção sensivelmente distorcida a respeito da solidez da Instituição Financeira em alusão.

Esta prática de não provisionar corretamente os créditos de difícil liquidação, vulgarmente denominados de "créditos podres", por parte dos Diretores do BMD S/A já havia sido detectada pelo Banco Central do Brasil, em balanços patrimoniais anteriores, como se observa pelo Termo de Comparecimento de f., datado de 14.12.1992, cabendo ressaltar que, especificamente quanto aos fatos ora tratados, já havia sido a Diretoria Executiva da Instituição, através do denunciado Roberto Rodrigues de Almeida, sido alertada da incorreção de seu procedimento, como se constata pelo Termo de Comparecimento de f., datado de 19.7.1994, caracterizando-se a posterior publicação do balanço patrimonial de modo a superdimensionar o patrimônio líquido da empresa como uma demonstração da inequívoca intenção dos denunciados de fraudar o teor daquele balanço, iludindo a percepção das pessoas a quem se dirigia a aludida publicação.

Mas não é só por este fato que configura o dolo no atuar dos agentes.

2. Essa denúncia fora formulada tendo em vista representação do Banco Central (f.).

3. Posteriormente, o próprio Banco Central concluiu pela inexistência da conduta que então entendera criminosa, perpetrada pelo paciente.

4. Assim justificou esse pronunciamento, que, igualmente, tenho como necessário seja lido, no que interessa (f.):

6. Todo o procedimento parte da consideração de que, estando vencido o contrato há mais de um ano, impõe-se a transferência para "crédito em liquidação" e por conseqüência o provisionamento inteiro do crédito, donde as irregularidades apenadas. A situação não é assim tão palmar, porém.

7. Tratam-se de três Contratos de Abertura de Crédito com prazos respectivos de 361, 91 e 90 dias, dos quais consta previsão de cálculo e aplicação de juros a cada 30 dias. Não se confunda, entretanto, vencimento do principal com modalidade de cálculo nos acessórios, os quais poderão ser pagos a cada 30 dias ou incorporados ao principal desde que obedecidos os limites de disponibilidade e garantias. Este o traço essencial que singulariza as operações e as distingue de outras modalidades como "empréstimo bancário" e outros, cujas contratações prevêem explícita e claramente vencimentos do principal em parcelas fixas ou determináveis e em datas pré-fixadas. Já o contrato de abertura de crédito não transfere imediatamente determinada quantia; abre-se uma disponibilidade ao creditado até o montante acordado e o termo previsto; utilizando-a, o cliente paga juros pós-fi-

xados a cada período de utilização do limite que lhe é aberto. É um dos contratos mais generalizados na atividade bancária, de utilização comum por comerciantes que programam suas necessidades do crédito para certas ocasiões, evitando a realização de mútuos imediatos e afastando que a quantia mutuada permaneça ociosa em sua conta, onerando-o com juros e despesas desnecessariamente.

8. Os contratos a servirem de fundamento do presente procedimento prevêem (item 4, f.): "Os juros e comissões serão calculados conforme a modalidade de empréstimo e de cobrança pactuadas no quadro Características do Contrato, incorporando-se à dívida do creditado, de acordo com o tipo de cobrança contratada". Ou seja, utilizado o crédito, os juros e comissões se calculam a cada 30 dias e se incorporam ao principal. Óbvio que interessa ao creditado não comprometer o montante de sua disponibilidade, realizando, a cada mês, os pagamentos de juros e de parte ou de todo o saldo do principal. Assim o fez a Cotia nos dois primeiros meses da contratação e, interrompidos os pagamentos de juros, a inspeção do Banco Central deu como vencida toda a operação, entendendo devidas a transferência para "CL" e a provisão correspondente tão logo completado um ano da data em que seria paga nova parcela de juros.

9. Fosse assim, seria letra morta o dispositivo contratual do item 16 (f.) que obriga o creditado a efetuar o pagamento, no vencimento, de todo o principal e encargos. Vencimento, repita-se com escusas da redundância, é vencimento de todo o contrato e não apenas de parcela acessória. Diga-se, aliás, que "características do contrato" são todas aquelas inscritas no frontispício do documento contratual — prazo de 361 dias, data início 18.2.1993, data término — 14.2.1994, tipo cobrança — 30/30, juros à taxa de TRD + 39,2% a.a., flutuação da taxa — a cada 30 dias (dados retirados do primeiro dos contratos citados, às f.). Quis a área de fiscalização interpretar a expressão "tipo de cobrança — 30/30" como indicativa de que não pagas as parcelas mensais de juros, considerar-se-ia vencido o contrato. Ora, inexiste cláusula expressa que autorize tal interpretação. Pelo contrário, há disposição expressa que assegura a incorporação dos juros ao principal da dívida, o que afasta de logo vencimento antecipado que se queira albergar em não pagamento de juros, se mantidas garantias suficientes à cobertura de todo o saldo devedor.

10. Portanto, o pagamento de juros a cada 30 dias é faculdade do devedor, devendo-se entender que o crédito aberto tem vencimento no termo final de cada contrato. Hipótese de vencimento antecipado, nestes contratos, por inadimplemento de obrigação, é autorizada apenas no que respeita à insuficiência das garantias — v. item 13, f. — e nunca no que se refere ao não pagamento de juros, em cada período de flutuação de taxa.

11. Logo, não é imponível à Instituição, nem a seus administradores, exigência de transferir tais créditos para "CL" nem tampouco exigível o provisionamento por tais pendências no mês de junho/1994.

(...).

E, finalmente, arreta o documento.

15. Ora, é de palmar evidência que a dívida em questão fora objeto de repactuação nos autos da execução judicial (f.), com substituição do devedor principal. Portanto, a permanência da Sefran como titular da obrigação, ainda quando sujeita ao regime falencial, decorre de simples erro de registro, pois a essa altura já deveria o Banco BMD ter procedido à alteração dos seus registros contábeis, tornando, assim, inaplicável o disposto no art. 1º, VII, da Resolução 1.748/1990, posto que de falido não se tratava o devedor.

16. Assim, estando os autos em boa ordem e considerando os argumentos de fato e de direito constantes dos autos, decido:

• *Arquivar* o processo, recorrendo de ofício ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (f.).

5. Esse entendimento foi confirmado no julgamento do recurso de ofício pelo CRSFN — Conselho de Recursos do Sistema Financeiro (f.).

6. No STJ, a 5ª T., Relator o Ministro Edson Vidigal, ao julgar o RHC que ensejou o presente *writ*, assentou a impossibilidade do trancamento da ação, visto que a apreciação do tema perante o Banco Central não vincula o Poder Judiciário, uma vez que as instâncias são autônomas.

7. Na assentada de 26 próximo passado, o Ministro Jobim concedeu a ordem para trancar a ação penal, dado que, segundo a sua visão, o caso é de falta de justa causa pela atipicidade do fato.

8. Ora, pela leitura das peças que propositadamente li, resulta evidente que, revista a matéria objeto do que pareceu anteriormente ao Banco Central tratar-se de conduta criminosa se desfez, pela circunstância, aliás bem explicitada, de que a operação causadora da persecução delituosa, foi na verdade lícita, já que as providências adotadas pelo paciente enquadram-se na atividade bancária, tendo havido repactuação das dívidas que aquele estabelecimento entendeu corretas, no que tange à inexistência das chamadas "Operações de Crédito em Liquidação".

9. Com efeito, ficando provado, às escâncaras, que a hipótese é de ação penal tendo como causa o que não existe, não é possível, sob nenhum título jurídico, que se dê curso à persecução penal, de modo a submeter o paciente a constrangimento dessa natureza, quando a prática por ele adotada não constitui nenhum tipo de ilícito que possa ensejar a atuação do órgão do Ministério Público.

10. Não se cuida, pois, de qualquer vinculação como registrou o acórdão impugnado, de autonomia das instâncias, mas sim de falta de justa causa para a *persecutio criminis*, pela impossibilidade jurídica de enquadramento penal do paciente.

11. Essa conclusão, em conseqüência, não tem nada que ver com aqueles casos em que se busca inibir a atuação do Ministério Público, por outros fundamentos que não os que aqui se discute, como pareceu ao ilustre subscritor do parecer de f., e sim de impossibilidade jurídica para a atuação do *Parquet*.

12. Incensurável, portanto, o voto do Ministro Jobim, a quem acompanho para também determinar o trancamento da ação penal em causa.

EXPLICAÇÃO

O Exmo. Sr. Min. Nelson Jobim (Relator): Sr. Presidente, o Ministro Maurício Corrêa fez uma análise, talvez bem mais aprofundada, dos pontos que eu havia colocado.

Afirmei que a fiscalização inicial do Banco Central encontrou dois créditos, entendendo que deveriam ser lançados na conta em liquidação.

Indo os créditos podres para a conta em liquidação, o balanço aparece numa performance de rentabilidade inferior à do Banco, repercutindo nas suas ações em bolsa etc.

Então, alguns banqueiros e algumas entidades fazem uma maquiagem nos seus balanços, evitando remeter créditos para conta em liquidação, pois estes créditos reduzem a rentabilidade do banco, portanto, enganam os investidores e mesmo os adquirentes em bolsa.

No caso específico, conforme o Ministro Maurício Corrêa mostrou, eram dois créditos: um era o da Sefran, que havia sido assumido por terceiro, ou seja, não havia pago nos autos da execução judicial; houve a assunção do crédito por terceiro, absolutamente líquido, sem problemas; logo, não havia a obrigação do banco de transferir para a conta em liquidação um crédito da Sefran, falida, mas já não era mais devedora do banco, uma vez que esse crédito havia sido assumido por terceiro em estado de liquidez; o outro, o da Cotia, exatamente como disse o Ministro Maurício Corrêa, não foi pago o principal, prosseguiu pagando juros; o crédito, portanto, pelas forças das instruções do Banco Central e do Sistema Financeiro, não vai para a con-

ta em liquidação, fica no ativo da empresa, na medida em que está sendo pago.

A única obrigação que haveria e se cumpriu, conforme diz a própria decisão do Conselho, foi um provisionamento de 1/10 (um décimo) do valor, o que tinha sido feito.

Daí, o Banco Central chegou à conclusão de que sua conduta havia sido absolutamente correta, quer dizer, não provisionou aquilo que não era provisional, porque a empresa primitivamente era devedora e quem falira já não era mais ela, porque havia sido assumida por terceiro; enquanto a Cotia estava pagando os juros e os acessórios, e ele tinha provisionado 1/10 (um décimo) do valor do débito conforme determinação do Banco Central.

O Exmo. Sr. Min. Maurício Corrêa: Ministro Jobim, a mim me parece que tanto o acórdão impugnado quanto o parecer do Ministério Público talvez tenham se preocupado com essa referência feita a créditos podres. Estava usando um exemplo do passado com relação a determinados estabelecimentos bancários que utilizaram essa sistemática. O caso do Banco Nacional é antológico nesse aspecto, mas essa hipótese não tem absolutamente nada com isso.

O Exmo. Sr. Min. Nelson Jobim (Relator): E o caso do Banco Nacional era mais grave, porque eles forjaram o crédito. Havia créditos em liquidação que não foram, e outros que não existiam e foram maquiados para o efeito de se obter resultado positivo.

Era essa a minha observação, Sr. Presidente.

VOTO

O Exmo. Sr. Min. Carlos Velloso: Sr. Presidente, lembro-me do voto do Sr. Ministro-Relator. Na época, quando se iniciou o julgamento, entendi justamente isto: a fiscalização do Banco Central teria verificado a ocorrência de um erro no balanço da Instituição, que poderia ser tipificado como infração penal. Cuidou, então, de remeter representação ao Ministério Público, que, com base em tal representação, ofereceu denúncia. Relevante salientar que a denúncia embasou-se simplesmente nessa representação. É dizer: não houve nenhuma outra investigação, não houve inquérito policial.

Posteriormente, o Banco Central, revendo os fatos, afastou a ocorrência do erro. É dizer: em um segundo momento, o Banco Central, revendo o seu ato, declarou não ter existido o erro que apontara anteriormente. Essa segunda decisão foi comunicada ao Ministério Público. Ora, se este assentou a sua denúncia simplesmente na comunicação anterior que agora se tornara revogada, cumpria-lhe, também, ou rever a denúncia ou até procurar realizar novas investigações. Do modo como as coisas ficaram, não há justa causa para o prosseguimento da ação penal, da *persecutio criminis*.

Com essas brevíssimas considerações, adiro ao voto do Sr. Ministro-Relator, agora com as alentadas razões postas no voto do Sr. Ministro Maurício Corrêa.

VOTO

O Exmo. Sr. Min. Néri da Silveira (Presidente): Neste caso concreto, entendo que não se foge das conclusões adotadas pela Corte quanto à independência das instâncias administrativa, fiscal e penal.

A ação penal foi ajuizada pelo Ministério Público, mediante representação feita pelo Banco Central, ainda no curso das investigações, quanto aos fatos e irregularidades que constaram dessa representação.

Posteriormente, a aludida Instituição, em ultimando essas averiguações em torno dos fatos que, no primeiro momento, ensejaram a representação, concluiu pela inexistência de irregularidades nas operações.

As conclusões do Banco Central foram, inclusive, no sentido do arquivamento do processo administrativo fiscal, inicialmente instaurado. Dessas conclusões fi-

nais, houve comunicação ao Ministério Público.

Verifica-se, em hipótese como essa, ter o Ministério Público, que, na sua independência, aforara a ação penal, ficado com o fundamento do seu procedimento criminal efetivamente esvaziado, diante da apuração feita pelas conclusões do Banco Central. A partir desse momento, não havendo o Ministério Público adotado nenhuma providência quanto ao não-prosseguimento da ação penal, parece configurar-se uma situação de constrangimento injusto aos pacientes o prosseguimento da ação penal.

Daí por que, também eu, embora tenha adotado, no HC 77.770-5-SC, posição quanto à autonomia das instâncias administrativa e penal e à possibilidade de o Ministério Público aforar, desde logo, a ação penal, diante da *notitia criminis* relativa a um ilícito de natureza fiscal ou à configuração de um crime de natureza tributária, penso que, em hipótese como a ora descrita, não se justifica prosseguir, efetivamente, esta ação, que se tornou sem justa causa.

Por isso, acompanho o eminente Ministro-Relator para, também, deferir o *habeas corpus* e determinar o trancamento da ação penal por falta de justa causa.

EXTRATO DE ATA

Decisão: após o voto do Sr. Ministro-Relator, deferindo o *habeas corpus* para determinar o trancamento da ação penal por falta de justa causa, o julgamento foi adiado, em virtude de pedido de vista do Sr. Ministro Maurício Corrêa. Falou, pelo paciente, o Dr. Eduardo Augusto Muylaert Antunes e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Francisco Ribeiro de Bonis. 2ª T., 26.2.2002.

Decisão: por unanimidade, a Turma deferiu o *habeas corpus*, para determinar o trancamento da ação penal por falta de justa causa. 2ª T., 12.3.2002.

Presidência do Sr. Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Srs. Ministros Celso de Mello, Carlos Velloso, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

Comentários de

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa

O acórdão sob exame representa uma das mais importantes decisões já proferidas a respeito de crimes contra o SFN, cuja orientação deverá balizar a atitude do Banco Central do Brasil (BACEN) e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nesta matéria daqui para frente. Verifique-se que a decisão foi tomada por unanimidade dos membros da 2ª Turma, tendo sido Relator o Ministro Nelson Jobim.

Tem sido prática recorrente do BACEN o imediato encaminhamento de representação ao Ministério Público Federal quando seus funcionários — no exercício do poder de fiscalização — deparam-se com fatos e documentos que parecem apontar em direção a algum ilícito concernente a crime contra o Sistema Financeiro Nacional (SFN).

Tais representações não raro são açodadas, tal como ocorreu no caso sob exame, mas, apesar disto, também é costumeiro que o Ministério Público as endosse sem maior exame, efetuando a denúncia correspondente. E, nesta linha de atitudes em cascata, o juiz, também, sem um estudo mais profundo do caso, acata a denúncia, abrindo a ação penal.

Mais tarde — muito mais tarde, pela proverbial demora do Judiciário — a ação penal é julgada improcedente inocentando-se os réus. Mas, até que se chegue a este ponto, os réus passaram por uma longa situação de constrangimento e de prejuízos pessoais e materiais diversos, muitas vezes expostos à sanha famélica da imprensa em noticiar escândalos.

É certo que o funcionário público está obrigado a efetuar as representações cabíveis quando estiver diante de *indícios de*

crimes, sob pena de prevaricação. Mas a atuação dos órgãos fiscalizadores no cumprimento de suas obrigações neste campo em nada ficaria prejudicada se fosse aguardado o término do processo administrativo com a condenação dos indiciados (processo este que, tão-somente, deveria ser abreviado no âmbito do próprio órgão administrativo para se evitar a prescrição), do que decorreria maior certeza da efetiva prática de um crime.

Segundo o acórdão em tela, *não havia indícios*, mas tão-somente *presunções sem prova*, revelando, no fundo, um tipo de deformação profissional costumeiramente presente em funcionários responsáveis por investigações nos mercados, os quais fazem um pré-julgamento apressado e infundado a seu respeito dos fatos em jogo. Já se dizia antigamente que, "*de tanto se usar o cachimbo, a boca fica torta*". Ora, é compreensível que o funcionário público, no exercício do seu trabalho, adote uma posição ideológica em razão dos fins que o Estado procura alcançar por intermédio do ente ao qual ele está ligado, especialmente no campo da fiscalização e da aplicação de penalidades pela infringência de normas que resguardam o interesse público. Do lado de lá, imagina-se, está sempre um inimigo. Daí decorre que a atuação do funcionário necessita de controle, o que se faz por meio do processo administrativo regularmente instaurado e no qual o indiciado tem direito ao devido processo legal.

O controle do qual se fala é imperfeito, porque o Estado, no processo administrativo, ocupa ao mesmo tempo o lugar de parte e de juiz. Esta situação também é contornada pelo duplo grau de jurisdição na esfera administrativa, evidentemente não afastado o controle definitivo do Judiciário. Ora, o próprio Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CFSFN), ao qual o BACEN recorreu de ofício do ato de arquivamento do processo administrativo, manteve a decisão de primeira instância administrativa.

Diante da decisão acima, o paciente procurou obter a cessação do curso da ação penal, entendendo não mais existir justa causa para o seu prosseguimento.

Esta intenção foi frustrada tanto no TRF quanto no STJ.

No *habeas corpus* impetrado, o TRF entendeu serem independentes as instâncias penais e administrativas. Segundo a posição ali adotada, apenas o Judiciário tem a prerrogativa de fazer a coisa julgada. Caso nesta esfera fosse entendido não haver crime, a decisão alcançaria nos seus efeitos o plano administrativo. Mas o contrário não seria verdadeiro. Nestes termos, assim se expressou o TRF:

> *O juízo valorativo da autoridade administrativa, desprovida de garantias mais efetivas em prol da moralidade e da imparcialidade, não é necessariamente simétrico ao juízo de desvalor da conduta formulado pelo paciente.*

Por sua vez o STJ manifestou-se no sentido de que "*a decisão de arquivamento do processo administrativo no âmbito do Banco Central do Brasil não vincula o Poder Judiciário, posto tratarem-se de instâncias autônomas*".

Por sua vez, em seu voto, o Ministro Nelson Jobim, anunciando a existência de tese já acatada no STF a respeito da irrelevância do arquivamento do procedimento administrativo para a persecução penal, em face da autonomia das instâncias administrativa e penal, entendeu que, no caso, o *habeas corpus* não tinha por objetivo questionar tal independência, mas trancar a ação penal por falta de justa causa, ante a evidente atipicidade do fato.

Em seu parecer, por sua vez, o Procurador-Regional da República foi enfático no sentido de que inexistiria segurança jurídica no Sistema Financeiro e na própria ordem jurídica, "*se chegarmos a ponto de condenar o paciente por crime contra o Sistema Financeiro, aplicando-se pena em defesa da preservação da higidez do sistema, quando se sabe de antemão que a au-*

toridade monetária não viu anormalidade nas operações realizadas".

Em voto-vista, o Ministro Maurício Corrêa adotou a mesma posição do Relator, afirmando que se estava diante de hipótese de ação penal tendo como causa o que não existe, não sendo possível dar seqüência à persecução penal. Não se trataria de problema ligado à autonomia de instâncias, mas a de falta de justa causa para aquela ação.

Apesar da propalada independência das esferas penal e administrativa, não se pode negar que a atipicidade da conduta foi determinada em um segundo momento pela própria Autoridade Administrativa, justamente aquela que, com maior conhecimento de causa, pode melhor aferir o preenchimento dos tipos penais praticados na sua área de atuação, onde muitas vezes conhecimentos técnicos altamente especializados constituem a condição estritamente necessária para tal finalidade.

Lembre-se que o BACEN, ao reconhecer posteriormente à representação efetuada que os fatos eram atípicos, oficiou neste sentido o Ministério Público Federal, o qual não deu trela a tal manifestação seguindo o seu curso a ação penal.

De tudo isto resulta que, aplicada a visão do STF, a responsabilidade do BACEN ficou imensamente ressaltada, pois a direção que vier a tomar em processos administrativos determinará o rumo da representação penal, se acatada ou rejeitada. Isto porque, o próprio juiz deverá rejeitar de plano a denúncia diante da falta de prova de condenação no processo administrativo, toda vez que o fato típico revelar-se inexistente.