

5. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

HABEAS CORPUS – CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO / GEORGE TAVARES

Ementa: Constitucional e Processual Penal: Ação Penal por infringência aos arts. 4.º e 7.º, III, da Lei 7.492/86 e 288, do CP. Habeas Corpus visando o seu trancamento.

I – Acusação consistente na emissão, oferta e gestão fraudulenta de instituição financeira, com aplicação de recursos através da emissão de letras de câmbio em finalidade diversa da prevista no estatuto social e normas do BACEN.

II – Desde que preconstituída ou incontroversa, como no caso, a prova dos fatos, é cabível o *writ* para se contrastar a legalidade ou não do procedimento penal questionado, cf. jurisprudência e doutrina.

III – Evidente a inocorrência, mesmo em tese, de infrações aos arts. 4.º – gestão fraudulenta de instituição financeira – e 288 – quadrilha ou bando –, na hipótese.

IV – Quanto à emissão ou negócio de títulos sem lastro ou garantia suficientes (art. 7.º, III), a inexistência de norma integradora, em sua inteireza, do tipo que constitui norma penal em branco, afasta, igualmente, a sua configuração, porque ainda que ultrapassado o lastro (Res. BACEN 1102/86), na operação financeira, outras garantias suficientes, a par de não definidas pela norma complementar, poderiam, como ocorreu, garantir o adimplemento da obrigação, de resto, solvida, oportunamente, sem prejuízo algum para quem quer que seja.

V – Inobstante divergência jurisprudencial, o eg. STJ, órgão de cúpula do judiciário na fixação da definitiva exegese da lei federal, que é o caso, vem sufragando o entendimento no sentido da necessidade, nos chamados crimes financeiros ou societários, da denúncia descrever a conduta de cada partícipe. Precedentes. No caso, tal descrição, que objetiva viabilizar o exercício da ampla defesa, não ocorreu.

VI – O exame da questão, em seu contexto, revela que as infrações se exauriram na esfera administrativa, onde foram punidas, constituindo-se excesso levá-las ao terreno penal, com base nos mesmos fatos.

VII – Não se coaduna, a nosso ver, data vênua, com o interesse social, em sua legítima expressão, submeter pessoas, em situações como a retratada, ao banco dos réus, quando infração penal alguma, mesmo em tese, cometeram, conforme demonstrado, de modo a mais não ser possível, pelos ils. Impetrantes, em suas densas razões e alentados Pareceres anexos.

VIII – *Habeas Corpus* concedido, nos termos do voto condutor, para trancar a ação penal.

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos, em que são parte as acima indicadas.

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 2.ª Região, à unani-

midade, conceder o *Habeas Corpus* para trancar a ação penal, nos termos do voto do Relator.

Custas, como de lei.

Rio de Janeiro, 14 de novembro de 1995 (data do julgamento)

Des. Fed. Paulo Barata

Presidente

Des. Fed. Arnaldo Lima

Relator

Poder Judiciário

Tribunal Regional Federal da 2.^a Região

"Habeas corpus" 95.02.17807-6/RJ

Relator: Juiz Arnaldo Lima

Impetrantes: Antonio Evaristo de Moraes Filho e outro

Impetrado: Juízo Federal da 4.^a Vara/RJ

Pacientes: Antonio Gomes e outros

Advogados: Antonio Evaristo de Moraes Filho e outro

RELATÓRIO — ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO e GEORGE TAVARES impetraram Habeas Corpus em favor de ANTONIO GOMES e outros, objetivando o trancamento de ação penal. Afirmaram que funcionários do Banco Central, em inspeção de rotina na AUSTRAL Crédito Financiamento e Investimento S.A., aos 24.07.1987, verificaram que a mesma lançou seu aceite em letras de câmbio "sem lastro proporcional em financiamentos de crédito direto ao consumidor e capital de giro", em desrespeito à Resolução BACEN 1.102/86, bem como, que a Financeira vinha aplicando o produto de suas captações em desacordo com a Resolução BACEN 1.092/86, pelo que, a empresa e seus diretores de então, ora pacientes, sofreram pena de multa, no grau quase mínimo, sanção administrativa prevista no art. 44 e §§, da Lei 4.595/64. Aduziram que, posteriormente, os Pa-

cientes foram denunciados como incurso nos crimes previstos nos arts. 4.^o e 7.^o, III, da Lei 7.492/86, e, ainda, crime de bando. Sustentaram que, com relação ao referido art. 7.^o, III, é uma norma penal em branco; que, no tocante à definição de *lastro*, a Resolução 1.102/86 não presta para complementar tal norma legal, por não possuir a categoria de lei; que, com relação ao crime do citado art. 4.^o, o fato narrado na denúncia não se adequa ao tipo legal, vez que, conforme reconheceu a denúncia, os recursos foram aplicados em títulos da dívida pública, reconhecidos como de liquidez absoluta e *risco zero*; que, quanto ao crime de bando, falta total embasamento jurídico e probatório. Requereram o deferimento liminar e, ao final, a concessão da ordem. Juntaram as peças de fls. 37/118.

Deferida a liminar, solicitadas as informações — fls. 120 e v. —, sobrevieram nas — fls. 124/26 —, sustentando a Autoridade Impetrada o que se segue:

"O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face dos pacientes, tendo em vista o fato dos mesmos terem emitido, oferecido e negociado títulos mobiliários sem lastro e por gerirem fraudulentamente instituição financeira, com a aplicação de recursos obtidos através da emissão de letras de câmbio, em finalidade diversa daquela prevista no estatuto social e nas normas do Banco Central do Brasil.

Desta forma, foram incurso nas penas dos arts. 288 do CP, 7.^o, inc. III e 4.^o, *caput*, ambos da Lei 7492/86.

A denúncia foi recebida em 12.09.1994, pela então Juíza Titular desta Vara, Dra. Nizete A. Lobato Rodrigues.

Com base no recebimento da denúncia, foi designado interrogatório e mantida a data, tendo em vista a pouca disponibilidade de pauta para adiamento e o fato de alguns acusados já terem sido regularmente citados.

Quanto ao mérito discutido no *Habeas Corpus*, salvo melhor juízo, somente no curso da ação penal poderia restar esclarecido.

Outrossim, informo a V. Exa., que nos termos da liminar concedida, foi suspenso o interrogatório dos pacientes."

A d. Procuradoria da República, oficiando, emitiu o Parecer de fls. 130/63, opinando para que a ordem requerida seja cabível com relação à imputação aos pacientes dos crimes de quadrilha ou bando e de gestão fraudulenta ou temerária de instituição financeira, devendo a ação penal prosseguir apenas em relação ao delito previsto no art. 7.º, III, da Lei 7.492/86.

É o relatório.

VOTO – 1. Assinale-se que os fatos denunciados são incontroversos, pois admitidos como verdadeiros pelos Impetrantes (fls. 06/07). Logo, não se trata de exame de prova pelo *iter* estreito da presente ação, o que é, em regra, inadmissível.

1.1. Saber, entretanto, se tais fatos subsumem-se, em tese, nos preceitos legais incriminadores apontados na peça acusatória, é perfeitamente cabível, porque esta é, precisamente, a função judicante.

1.2. Assinala, com efeito, dentre outros, o il. Min. CARLOS VELLOSO, em artigo intitulado "Do Mandado de segurança e Institutos afins na Constituição de 1988", inserto na obra "Mandado de Segurança e de injunção", ed. Saraiva – 1990 –, p. 75/106, que:

"O mandado de segurança é irmão gêmeo do *habeas corpus*"

Tal parentesco entre as duas ações remonta, como se sabe, em sua origem, à chamada doutrina brasileira do *Habeas Corpus*, que constitui uma das páginas mais expressivas do nosso Direito, tão bem defendida perante o Excelso

Pretório, pelo gênio insuperável do grande RUI BARBOSA.

1.3. Em consequência, embora com disciplinas e finalidades próprias, há *princípios*, e muitos, que lhes são comuns. Dentre eles, emerge aquele vinculado à prova, que deve ser, *em ambos*, pré-constituída ou controversa.

1.4. Aplicável, *mutatis mutandis*, o ensinamento sempre atual do saudoso Prof. HELY LOPES MEIRELLES, em "Mandado de Segurança, 16.ª ed., Malheiros, págs. 29/30, a saber:

"Quanto à complexidade dos fatos e à dificuldade da interpretação das normas legais que contêm o direito a ser reconhecido ao impetrante, não constituem óbice ao cabimento do mandado de segurança, nem impedem seu julgamento ao mérito. Isto porque, embora emaranhados os fatos, se existente o direito, poderá surgir *líquido e certo*, a ensejar a proteção reclamada. Bem por isso, já decidiu o TJSP que: 'As questões de direito, por mais intrincadas e difíceis, podem ser resolvidas em mandado de segurança'."

1.5. Identicamente, presentes iguais pressupostos, nada justifica que se afaste o cabimento do *Habeas Corpus*, até com maior razão deverá ser admitido, porque, em jogo, aí, bem superior, qual seja, o *status libertatis* da pessoa, ameaçado de violência ou coação, por ilegalidade ou abuso, cf. CF, art. 5.º, LXVIII.

Cabível, em suma, o *writ*.

2. Na questão nuclear, propriamente, a denúncia imputou aos Pacientes infringência aos arts. 288, do CP, 7.º, III e 4.º, *caput*, da lei 7.492/86, porque – fl. 38 – (1er).

3. Em seu bem fundamentado Parecer, a Procuradora da República, il. Dra. RÚBIA THEVENARD, sustentou não ser possível acolher a alegação de ausência de justa causa para a ação penal, no que toca ao crime do art. 7.º, III, referido.

3.1. Asseverou, no entanto, às fls. 158/63:

“O mesmo não se pode dizer, todavia, em relação aos crimes de bando ou quadrilha e de gestão fraudulenta imputados aos pacientes.

Os pacientes, gestores da AUSTRAL CREDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, não se associaram com o fim de cometer crimes. O cometimento do delito em concurso de pessoas decorre de sua atuação conjunta como diretores da referida instituição. A ‘associação’ entre eles precede à prática delituosa a eles imputada e por certo não teve por finalidade ‘cometer crimes’.

Também com relação à gestão fraudulenta de instituição financeira, entendo, com a máxima vênia, não estar caracterizada pelas irregularidades praticadas pelos pacientes na direção da AUSTRAL CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

Leia-se o que a propósito esclarece o citado Professor Manoel Pedro Pimentel:

‘2. No art. 4.º que examinamos, tal não existe. O tipo conceitua a infração dizendo, apenas: ‘Gerir fraudulentamente instituição financeira’, completado, no parágrafo único: ‘Se a gestão é temerária’.

Ampliou-se o campo deixado à interpretação, o que traz certa insegurança, tendo em vista a necessidade de manter-se o respeito ao princípio da reserva legal. Como elementos de interpretação, contamos com o conceito de gestão fraudulenta ou temerária, firmado relativamente aos dispositivos do art. 3.º, IX, da Lei 1.521/51.

Elias de Oliveira, o mais completo comentarista desta lei, assentou: ‘Por gestão fraudulenta deve entender-se todo ato de direção administração ou gerência, voluntariamente consciente, que traga manobras ilícitas, com emprego de fraudes, ardis e enganos. Ao passo que

gestão temerária significa a que é feita sem a prudência ordinária ou com demasiada confiança no sucesso que a previsibilidade normal tem como improvável, assumindo riscos audaciosos em transações perigosas ou inescrupulosamente arriscando dinheiro alheio’.

(Manoel Pedro Pimentel in Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional — p. 49 — Editora Revista dos Tribunais).

E, mais adiante, prossegue o autor:

‘7. Tipo objetivo. O crime consiste em gerir fraudulentamente, ou, então, gerir temerariamente. Gerir significa administrar, dirigir, regular, comandar.

Condição para a existência do delito, como elemento normativo do tipo, é que a gestão seja fraudulenta ou temerária. Gestão fraudulenta é aquela em que há fraude, através do engano, manobra ardilosa ou engenhosa, maliciosa ou dolosa, com o fito de prejudicar alguém ou de obter indevida vantagem para o agente ou para outrem. Gestão temerária é caracterizada pela abusiva conduta, que ultrapassa os limites da prudência, arriscando-se o agente além do permitido mesmo a um indivíduo arrojado. É o comportamento afoito, arriscado, atrevido.

Aqui se impõe aquela observação já ensaiada linhas atrás. Pode uma gestão ser temerária, e, no entanto, bem sucedida, trazendo vantagens para a empresa. A Lei da Economia Popular, já vimos, somente considerava crime a gestão temerária de que resultasse prejuízo para os interessados. A lei atual, não. Não distinguiu. De acordo com a relação do art. 4.º, parágrafo único, basta que a gestão seja temerária, independente da existência de prejuízo ou mesmo de um dano potencial, o crime existirá.

Ora, alargando desse modo a extensão do tipo objetivo, o legislador criou um monstro ameaçador, que poderá sobresaltar qualquer administrador ou controlador de instituição financeira, cercean-

do sua ação, inibindo sua iniciativa, porque poderá, em algum momento, ser acusado de gerir temerariamente a empresa, sem que existam parâmetros objetivos para limitar o critério acusatório.

A falta de um elemento seguro na descrição do fato tipificado conduz ao risco de entregar a definição da tipicidade a um critério eminentemente subjetivo, reduzindo duramente a garantia assegurada pelo princípio constitucional da reserva legal, repetido no art. 1.º, do CP: 'Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal'.

Não houve, pelo que se extrai dos documentos acostados aos autos, fraude ou artifício na conduta imputada aos pacientes. As operações irregulares foram realizadas às claras, sem que tenham os pacientes tentado de alguma forma ocultá-las, ludibriando a fiscalização ou o público.

Tampouco foi temerária a orientação adotada pelos gestores, pois é certo que aplicaram os recursos de forma segura, embora em desacordo com a legislação.

Pelas razões expostas, entende este órgão do *Parquet* Federal que a ordem requerida é cabível apenas com relação à imputação aos pacientes dos crimes de quadrilha ou bando e de gestão fraudulenta ou temerária de instituição financeira, devendo a ação penal prosseguir relativamente ao delito previsto no artigo 7.º, III, da Lei 7.492/86."

3.2. No que tange, assim, aos arts. 288, do CP, e 4.º, *caput*, da Lei 7.492/86, adiro, em tudo, às ponderosas razões do órgão do *parquet*, pois, efetivamente, o conjunto dos fatos jamais autoriza a sustentar, em tese, e com um mínimo de consistência, a infringência a tais preceitos. Não há o mais parco indício de *gerência fraudulenta de instituição financeira* (art. 4.º) e, quanto ao 288 – quadrilha ou bando – superficial estudo dos seus elementos constitutivos, seria o

bastante para revelar o inusitado da proposição, *data venia*.

4. Resta a exame, assim, a imputação contida no art. 7.º, III, da referida lei, a saber:

"Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários.

...

...

III – sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da legislação."

4.1. A redação final de tal inciso, ao atribuir à "legislação" o que sejam, para o fim, *lastro ou garantia suficientes*, está a indicar que se trata, na hipótese, de preceito que encerra, na concepção doutrinária, norma penal em branco.

4.2. No magistério de Damásio E. de Jesus, penalista consagrado,

"Foi Binding quem pela primeira vez usou a expressão 'lei em branco' para batizar aquelas leis penais que contém a *sanctio juris* determinada; porém, o preceito a que se liga essa consequência jurídica do crime não é formulado senão como proibição genérica, devendo ser completado por outra lei (em sentido amplo)." (Direito Penal – 1.º v. – , Saraiva, 13.ª ed. – 1988 – p. 16)

4.3 Saber se a integração da norma penal em branco pode ou não ser feita por ato legislativo (*lato sensu*) ou se tal só será admissível por lei (*stricto sensu*), é matéria controvertida, polêmica, inobstante a excelência do Parecer de fls. 71/83, do Prof. Comparato, que sustenta, com espedeque nos princípios do primado da lei, das liberdades fundamentais e das chamadas garantias institucionais, todos de assento constitucional, que tal complementação só será admissível por lei, estritamente considerada.

4.4. Não me aventuro, todavia, a adentrar em tal seara da doutrina mesmo porque, para a hipótese, tal não tem maior influência.

4.5. Com efeito, mesmo admitindo-se que a Resolução 1102/86 – BACEN (fls. 43/4), *constitua* a norma complementar do referido preceito em branco, *ela não o teria complementado em sua inteireza*, pois o seu item II, previu:

“Autorizar as sociedades de crédito, financiamento e investimento a aceitar, para colocação no mercado, com base em suas operações de financiamento, letras de câmbio com prazo mínimo de resgate de 60 (sessenta) dias, para as letras de câmbio remuneradas a taxas de mercado prefixadas.”

4.6. Ora, o item III, do art. 7.º, no que toca à *garantia* oferecida pela instituição financeira, encerra ou contém obrigação alternativa. Vale dizer, decompondo-o: para emitir, oferecer ou negociar títulos mobiliários a mesma deverá apresentar “*lastro ou garantia suficientes*” de solvabilidade, acrescido, “nos termos da Legislação”.

4.7. A alternatividade apontada se expressa não só na conjunção ou como, ainda, no emprego da palavra “suficientes” no plural, em tal preceito. Aliás, a nobre Procuradora da República, expressivamente, reconhece que *lastro* ou *garantia suficientes*, tem sentidos diversos, na espécie, asserindo, à fl. 146:

“Necessário é admitir, em primeiro lugar, que as palavras *lastro* e *garantia* não foram usadas pelo legislador como sinônimas e sim para designar diferentes formas de assegurar a regularidade da atuação da instituição financeira ao colocar ou participar da colocação dos títulos no mercado financeiro. As garantias são por certo as garantias pessoais ou reais previstas na legislação para cada título. Mas o *lastro* não tem conceituação jurídica tão clara. O termo é utilizado no mercado para significar operações ativas que dão suporte a operações passivas.”

4.8. Como é próprio de tal espécie obrigacional – CC, arts. 884 e segs. –, o seu adimplemento se dará com a entrega

de um bem *ou* outro, dentre aqueles combinados.

4.9. *Mutatis mutandis*, o cumprimento das obrigações contraídas pela Austral CFI, objeto do debate, poderiam se *fundar*, alternativamente, em *lastro* – que seriam as operações ativas correlatas às passivas, tal como dispôs o item II, da Res. 1102/86, *ou* em outra *garantia*, desde que suficiente e, quanto a *esta segunda*, não há nenhuma norma integradora do tipo, que a defina, o que afasta, definitivamente, a tipicidade, por ausência de previsão de um dos elementos essenciais à configuração, em tese, de condutas típicas, pois nada lhe impedia, juridicamente, de efetuar as operações, *mesmo* sem o correspondente ou além do *lastro* previsto na Resolução, desde que asseguradas as suas liquidações por garantias outras – reais ou fidejussórias – suficientes. E, no caso, a suficiência das garantias repousaram não só na solidez da empresa como, ainda, nos próprios títulos públicos então adquiridos, de absoluta liquidez, conforme a própria denúncia – fl. 39, B –.

4.10. Tal mais se afirma, ainda, quando se verifica que o próprio BACEN, por seu Diretor de Fiscalização, Sr. Eliseu Martins, na decisão de fls. 47/50, consignou – fl. 49, item 8:

“Destarte, restaram perfeitamente comprovadas as irregularidades apontadas na peça acusatória, ou seja, a emissão de letras de câmbio sem *lastro* e o desvirtuamento na aplicação dos recursos. Todavia especificamente para o caso aqui tratado, pode-se levar em conta as atenuantes que militam em benefício dos infratores: a primariedade em casos da espécie, a ausência de prejuízos para a comunidade de investidores e a inexistência de abalo no patrimônio da instituição por eles administrada.”

4.11. Logo, ainda que o *lastro* tenha sido insuficiente, tal foi irrelevante pois as obrigações foram cumpridas, regular-

mente, sem prejuízo algum para quem quer que seja.

4.12. A questão, a meu ver, se exauriu, definitivamente, no terreno administrativo, sendo rematado excesso e – *summum jus, summa injuria* – levá-la à esfera criminal.

5. Por outro lado, como bem acentua a impetração, a denúncia não descreveu, ainda que resumidamente, qual teria sido a participação de cada Paciente no evento.

5.1. O eg. STJ, órgão de cúpula do Judiciário na exegese última da lei federal (CF, arts. 105 e segs.), vem decidindo:

Ementa

RHC – PENAL – PROCESSUAL PENAL – PESSOA JURÍDICA – SÓCIO – RESPONSABILIDADE PENAL – DENÚNCIA – REQUISITOS – A responsabilidade penal é pessoal. Imprescindível a responsabilidade subjetiva. Repelida a responsabilidade objetiva. Tais princípios são válidos também quando a conduta é praticada por sócios de pessoa jurídica. Não respondem criminalmente, porém, pelo só fato de serem integrantes da entidade. indispensável o sócio participar do fato delituoso. Caso contrário, ter-se-á, odiosa responsabilidade por fato de terceiro. Ser sócio não é crime. A denúncia, por isso, deve imputar conduta de cada sócio, de modo a que o comportamento seja identificado, ensejando possibilidade de exercício do direito pleno de defesa.” (RHC 2.882-3, rel. Min. VICENTE CERNICCHIARO, 6.^a T., un., in DJU-I de 13.09.93, p. 18580)

“Ementa

1 – *Habeas Corpus*.

Exame de prova. Possibilidade quando a matéria de fato não se apresente controvertida.

2 – Crime contra a ordem econômica. Elevação abusiva de preço, valendo-se de monopólio ou de situação dominante

no mercado. (Lei 8.137/90, art. 4.^o, VII, com a redação determinada pelo art. 85 da Lei 8.884/94). Crime que não se confunde com a mera elevação isolada de preços de produtos fartamente existentes no mercado. A denúncia, no caso, para ser válida, deve demonstrar o abuso de monopólio ou de posição dominante no mercado.

3 – Crimes societários. Denúncia. Requisitos. A atenuação dos rigores do art. 41 do CPP, nos chamados delitos societários, não pode ir até o ponto de admitir-se denúncia fictícia, sem apoio na prova e sem a demonstração da participação dos denunciados na prática tida por criminosa.

Ser ‘acionista’ ou ‘membro do conselho consultivo’ da empresa não é crime. Logo, a invocação dessa condição, sem a descrição de condutas específicas que vinculem cada diretor ao evento criminoso, não basta para viabilizar a denúncia.

A denúncia, pelas consequências graves que acarreta, não pode ser produto de ficção literária. Não pode, portanto, deixar de descrever o porquê da inclusão de cada acusado como autor, co-autor ou partícipe do crime.

Recurso de *habeas corpus* conhecido e provido para deferir a ordem e trancar a ação penal.” (RHC 4.214-1/DF, rel. Min. ASSIS TOLEDO, 5.^a T., un., in DJU-I de 27.03.95, p. 7174/5.

5.2. É certo que a jurisprudência do Pretório Excelso, em geral mais antiga, porque a ele compete, precipuamente, o exame de temas constitucionais (CF, art. 102), e, no caso, tal só o é indireta ou obliquamente, pois lhe prepondera o aspecto legal (CPP, art. 41), perfilha entendimento no sentido da desnecessidade, nos chamados crimes societários, de se individualizar qual e como fora a participação de cada um dos denunciados.

5.3. A despeito de tal diversidade jurisprudencial, certo é que, para o exer-

cício da ampla defesa, um mínimo de descrição da conduta de cada partícipe há de ser feito pela acusação, pois, do contrário estar-se-á inviabilizando o cumprimento de tal garantia magna, pela qual devemos, todos, velar.

6. Há, ainda, outros aspectos a serem lembrados: a) os fatos ocorreram em *julho/87*; b) a denúncia só foi recebida em setembro/94 (fl. 41), mais de 08 anos após; c) entretanto, sob o crivo do mesmo BACEN, os Pacientes foram guindados a postos ainda mais elevados do grupo AUSTRAL, um, à sua própria Presidência.

7. A esta altura, com base nos mesmos elementos já apreciados, administrativamente, pelo BACEN, pois não houve inquérito policial, penso que configura indisfarçável e odiosa coação ilegal, reparável por *Habeas Corpus* (CPP, 648, I), submetê-los a um processo-crime sem o mínimo embasamento, cuja possibilidade de êxito se revela, de antemão, pode-se dizer, frustrada, mas que, para eles e para o já quase centenário grupo empresarial AUSTRAL, que dirigem, traria consequências as mais constrangedoras e imprevisíveis, inclusive materialmente.

8. Não se coaduna, a nosso ver, data vênua, com o interesse social, em sua legítima expressão, submeter pessoas, em situações como a retratada, ao banco dos réus, quando infração penal alguma, mesmo em tese, cometeram, conforme demonstrado, de modo a mais não ser possível, pelos ils. Impetrantes, em suas densas razões e alentados Pareceres anexos.

9. Conclusão:

Ante o exposto, tudo bem visto e examinado, concedo o *Habeas Corpus*, nos termos do pedido, para trancar a ação penal.

É o voto.

Exmo. Sr. Desembargador Presidente do Tribunal Regional Federal — 2.^a Região.

Antonio Evaristo de Moraes Filho e George Tavares, advogados inscritos na OAB-RJ, respectivamente sob os n. 8.410 e 10.211, vêm, com fundamento nos arts. 647 e 648, I, do Código de Processo Penal, impetrar o presente *HABEAS CORPUS*, em favor de ANTONIO GOMES e outros, qualificados nos autos originais, que se encontram sob constrangimento ilegal, em razão de despacho do JUÍZO DA 4.^a VARA FEDERAL, que recebeu denúncia oferecida contra os Pacientes (docs. n 1 e 2), dando início a uma ação penal carecedora de justa causa, como passaremos a expor:

DA MEDIDA LIMINAR

1. O interrogatório dos Pacientes está marcado para o próximo dia 3 de agosto (doc. 2-A), pelo que ora se pede a concessão de medida liminar para o único e exclusivo efeito de determinar-se a sustação do referido ato, até o julgamento do presente *habeas corpus*.

2. Como se pode verificar pela leitura da impetração, está presente o requisito do *fumus boni iuris*, pois a denúncia oferecida contra os Pacientes padece de tantas e tais máculas, que é permitido apontá-la como um ato de *abuso do poder de denúncia* (Manoel Pedro Pimentel, "Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional", 1987, p.174), em grande parte decorrente do que o mestre Orozimbo Nonato, em célebre voto no Supremo Tribunal Federal, rotulava de *criação mental da acusação* (RF, 150/393).

3. Quanto ao *periculum in mora*, seria uma postura farisáica ignorar o constrangimento de que se reveste, para cidadãos probos, que vêm dedicando toda a existência ao trabalho honrado, o ato, em si, do interrogatório perante a Justiça Criminal, mormente quando sobre eles pesa

a imputação infamante de integrar um bando de delinquentes, cujo escopo seria a prática de fraudes financeiras.

4. Ademais, em se tratando de diretores – o primeiro denunciado é Presidente, o segundo Diretor Financeiro e o quarto Vice-Presidente – de um dos mais antigos, sérios, confiáveis e conhecidos grupos empresariais da América Latina – há ainda o risco do *estrépito judiciário*, dado ao caráter público da audiência de interrogatório e à notoriedade das empresas.

5. Embora os Pacientes não estejam imunes a serem submetidos a um processo criminal, não se afigura razoável expô-los, desde logo, à pena irreparável do descrédito público, quando há fundadas razões de direito no sentido de que a ação penal contra eles intentada será, como aconselha José Alberto dos Reis, *julgada à nascença*, por cuidar-se de *um pleito absolutamente inviável* (*apud* Frederico Marques, “Elementos de Direito Processual Penal”, 1.^a ed., 1961, p. 163).

6. Espera-se, pois, a concessão da liminar ora pleiteada, dentro de seus estreitos limites.

DOS FATOS PROCESSUAIS

7. Em meados de 1988, realizando inspeção de rotina na AUSTRAL CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S.A., empresa do denominado GRUPO AUSTRAL, funcionários do Banco Central verificaram que, no dia 24 de julho de 1987, *exclusivamente neste dia e por uma única vez*, a empresa teria lançado seu aceite em letras de câmbio, “sem lastro proporcional em financiamentos de crédito direto ao consumidor e capital de giro”, conduta que traduziria desrespeito ao item II da Resolução 1.102/86 do Banco Central.

8. Constataram, ainda, os inspetores que a Financeira vinha aplicando o produto de suas captações em desacordo com a Resolução 1.092/86, que lhe obri-

gava a direcionar 60% dos recursos provenientes dos aceites cambiais para “o financiamento de bens e serviços de pessoas físicas ou jurídicas”. A empresa fizera aplicações de forma preponderante em títulos públicos, de liquidez e segurança absolutas, como reconhece a própria denuncia ora em exame (vide em anexo as Resoluções 1102/86 e 1092/86 – docs. 3 e 4).

9. Instaurado o procedimento administrativo, a empresa, e seus diretores de então, os ora Pacientes, sofreram, exclusivamente, a pena de multa, no grau quase mínimo, sanção que a lei reserva para as infrações administrativas leves (art. 44 e parágrafos da Lei 4.595/64). Tanto o episódio não abalou o conceito dos ora Pacientes junto às autoridades responsáveis pela direção do Sistema Financeiro Nacional, que, atualmente, eles ocupam funções ainda mais elevadas no GRUPO AUSTRAL, sendo hoje, como se disse, o primeiro denunciado – ANTONIO GOMES, Presidente da empresa líder do respeitável conglomerado, ocupando o quarto acusado – MANUEL SANTOS – a Vice-Presidência, havendo a nomeação de ambos sido aprovada sem restrições pelo Banco Central do Brasil, após os rigorosos e conhecidos procedimentos investigatórios (arts. 32 e 33 da Lei 4.595/64).

10. Assinale-se, por sua extrema relevância, que na própria decisão administrativa condenatória foi reconhecida, expressamente,

“a ausência de prejuízo para a comunidade de investidores e a inexistência de abalo no patrimônio da instituição por eles (ora Pacientes) administrada” (doc. 5).

11. A par disto, como fatores da aplicação da pena administrativa em grau inferior, foi destacada, na decisão, a primariedade dos infratores e a circunstância de “se tratar de falha que ocorreu apenas no dia 24.07.1987”

12. Entrementes, por entenderem que a infração administrativa, consubstanciada na suposta ausência de lastro para a emissão de letras de câmbio, poderia configurar, em tese, o crime previsto no art. 7.º, inc. III, da Lei 7.492/86, as autoridades do Banco Central remeteram cópias de peças dos procedimentos para a Procuradoria da República, arrolando, pura e simplesmente, os nomes dos ora Pacientes como diretores da pessoa jurídica, “por ocasião da ocorrência da infração apontada”, sem explicitar, porém, a participação de cada um nos fatos denunciados (doc. 6).

13. Sendo o material enviado para a Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, aqui foi, de logo, oferecida denúncia, indiscriminadamente, contra todos os antigos diretores da Financeira, sem a prévia cautela de abrir o competente inquérito policial, através do qual poderia ser apurada, não só, a possível responsabilidade pessoal de cada um dos indiciados, como também a existência de *garantias suficientes*, que permitissem a circulação das letras de câmbio, sem o menor risco para os investidores.

14. O mais grave é que a açodada denúncia, num puro exercício de imaginação, ainda *criou* duas infrações penais, de que não se poderia, nem de longe, cogitar na espécie, quais sejam, os crimes de *gestão fraudulenta e de bando ou quadrilha*.

15. Antes do recebimento da inicial acusatória, foi endereçada petição ao Juízo *a quo* (doc. 7), na tentativa de impedir a abertura de um processo criminal carecedor dos pressupostos que lhe conferem validade. Entretanto, a ilustre então titular da 4.ª Vara Federal houve por bem dar curso ao processo, através do seguinte despacho:

“As razões defensivas de fls. 354/365 serão apreciadas oportunamente porque, a meu aviso, condizem com o mérito da

acusação. A inicial preenche os requisitos do art. 41 do CPP e os fatos narrados constituem crimes em tese tipificados nos arts. 7.º, III e 4.º, caput, da Lei 7.492/86. Por tais motivos recebo a denúncia” (doc. 2, cit.).

16. Assim, estão os Pacientes sob o peso de uma ação penal balda de justa causa, como se passará a demonstrar.

DO CABIMENTO DO PEDIDO

17. Embora se reconheça que os fundamentos da impetração, como salientou o R. despacho *sub censura*, condigam com o próprio mérito da acusação, tal não impede seu exame pela via do *habeas corpus*, na medida em que não se descerá a qualquer discussão de *matéria probatória*, eis que os fatos narrados na denúncia serão admitidos como verdadeiros, mas *não configuradores de ilícito penal algum*.

18. Em recente edição, o “Diário da Justiça” publicou decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, relatada pelo ilustre Min. Assis Toledo, cuja ementa, em sua primeira parte, proclama:

“*Habeas Corpus*. Exame de prova. Possibilidade quando a matéria de fato não se apresente controvertida” (27.03.95, p. 7.174/5).

19. Aqui, também, inexistente controvérsia, pois os fatos que ensejaram a sanção administrativa revelam-se indiscutíveis, a saber: as letras de câmbio questionadas não correspondiam, em sua integralidade, a contratos preexistentes de financiamento; e os recursos provenientes de aceites cambiais da Financeira foram, efetivamente, aplicados, numa boa parte, em títulos públicos de absoluta liquidez. Tais fatos, entretanto, como se procurará evidenciar, não tipificam os delitos classificados na denúncia oferecida contra os Pacientes.

20. Desnecessário seria lembrar que a mera configuração de um ilícito administrativo não implica a existência de

uma infração penal. No dizer do insígne magistrado e penalista Francisco de Assis Toledo, “nem todo fato ilícito reúne os elementos necessários para subsumir-se a um fato típico penal” (“Princípios Básicos de Direito Penal”, 4.^a ed., 1991, p. 14). Igualmente, o erudito professor Arnoldo Wald, em notório parecer divulgado pela ABEL – Associação Brasileira das Empresas de Leasing (out., 1993 p. 28) ressaltou ser “evidente que podem existir operações simplesmente vedadas pelo CMN dentro de seu poder e competência, ou mesmo pela lei, e que não se configurem como crime em sentido formal por ausência de normas legais específicas neste sentido”.

21. Assim, o que se passará a examinar é uma *questão unicamente de direito* a qual, em sede de processo civil, permite, sem sombra de dúvida, o *julgamento antecipado da lide* (art. 330, I, primeira parte, CPC); o que, com maior razão, se pode fazer em matéria penal, na lição do saudoso mestre Frederico Marques, acolhida pela melhor jurisprudência de nossos tribunais:

“...nada justifica ulterior movimentação processual, quando o juiz, liminarmente, em face da inépcia do pedido, possa desde logo reconhecer a absoluta carência do direito de ação. Quando se cuida de ação penal, maior peso adquirem esses argumentos, porquanto a *persecutio criminis* sempre afeta o *status dignitatis* do acusado e se transforma em coação ilegal, se inepta a acusação. A falta de *justa causa* para a coação processual, que se traduz na propositura da ação penal, é motivo, até, para a impetração de ordem de *habeas corpus*, o que mostra ser inteiramente razoável que o juiz impeça a constituição da relação processual quando a denúncia se apresentar de todo não apta a produzir os efeitos jurídicos que são pedidos na acusação” (*op. cit.* p.163).

A QUESTÃO DO LASTRO

22. Em verdade, como registrou a decisão administrativa, a Financeira, numa *única* vez e num *único* dia – 24.07.1987 – aceitou letras de câmbio, sem lastro proporcional em financiamentos de crédito direto ao consumidor. Porém, no vencimento dos títulos, ocorrido ainda no ano de 1987, foram eles integralmente resgatados, como era de se esperar, em razão da solidez e da respeitabilidade da empresa aceitante. Não resultou, portanto, do episódio, qualquer dano para os investidores, cujo patrimônio, aliás, em momento algum, correu qualquer risco, considerando a existência de outras amplas garantias de liquidação dos papéis, entre elas a aplicação dos recursos em títulos da dívida pública, que a própria denúncia reconhece como de *absoluta liquidez*.

23. Entenderam, entretanto, as autoridade do Banco Central que a emissão consubstanciara uma infringência ao item II da Resolução 1.102, de 28.02.1986, pela qual o Conselho Monetário Nacional resolvera:

“autorizar as sociedades de crédito e investimentos a aceitar, para colocação no mercado, com base em suas operações de financiamento, letras de câmbio com prazo mínimo de resgate de 60 (sessenta) dias, para letras de câmbio remuneradas a taxas de mercado prefixadas”.

24. Comunicado o fato à Procuradoria da República no Rio de Janeiro, esta interpretou, como se vê da denúncia em exame, que a Resolução acima citada constituiria a *legislação definidora de lastro*, a que se refere o inc. III do art. 7.^o da Lei 7.492/86, assim redigido:

“Emitir, oferecer, ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários: (...) III – sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da *legislação*” (grifo nosso).

25. E, por assim entender, a representante do Ministério Público ofereceu denúncia, indiscriminadamente, contra todos os diretores da Financeira, ora Pacientes, dando-os como incurso no tipo penal acima transcrito.

26. Este enquadramento suscita várias questões de direito, que passaremos a examinar.

27. Em primeiro lugar, há de se indagar se uma Resolução do Conselho Monetário Nacional pode representar a *legislação* exigida pela *norma penal em branco* ora em foco para seu preenchimento.

28. É sabido que, inobstante respeitáveis opiniões em contrário, uma *norma penal em branco* pode, em princípio, e por exceção, ser complementada por uma norma emanada da autoridade administrativa, desde que a própria norma penal faça remissão expressa à sua eventual complementação através de uma norma infralegal, como ocorre, por exemplo, com o art. 268 do Código Penal, ao dizer "*infringir determinação do poder público*", ou com o inc. XI do art. 2.º da Lei 1.521/51 quando fala "fraudar pesos ou medidas padronizadas em lei ou *regulamentos*".

29. Entretanto, quando a própria norma penal em branco prevê sua complementação somente por outra lei ou pela *legislação*, como faz o inc. III do art. 7.º que ora nos ocupa, estaremos diante de uma hipótese de *reserva legal absoluta*, de forma que o preenchimento da norma de reenvio "jamais poderá ser incumbência do Poder Executivo" (vide, em anexo, parecer do prof. Fábio Konder Comparato, ressalvada sua respeitável posição em favor da reserva legal absoluta de todas as normas incriminadoras).

30. Aliás, vêm sendo universalmente apontados, pelos especialistas em Direito Penal Econômico, em cujo bojo se insere o Direito Penal Financeiro, os

riscos para a liberdade individual decorrentes deste vazo de complementar com editos administrativos as normas penais em branco. Assim, no XIII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal, realizado em 1984, no Cairo, dentre as Recomendações aprovadas sobre "o conceito e os princípios fundamentais do Direito Penal Econômico e da Empresa", é de se reproduzir a de número 8, *in verbis*:

"Em relação à descrição dos delitos, o emprego de técnicas de remissão a instâncias normativas fora do Direito Penal, para determinar quais são as condutas incriminadas, isto pode trazer o perigo da imprecisão e da falta de clareza, assim como um excesso de delegação de poder legislativo à Administração. A conduta ou o resultado proibido devem estar especificados, na medida do possível, no próprio preceito penal" (*apud* Esteban Righi, "Derecho Penal Económico Comparado", 1991, p. 306, tradução nossa).

31. A par do aspecto estritamente penal, não se pode esquecer de que, mesmo no campo do Direito Comercial, como assinala o eminente José Luiz Bulhões Pedreira, no substancial parecer em anexo,

"no direito brasileiro a regulação dos títulos de crédito é matéria reservada à lei: um dos princípios do seu regime é o formalismo; somente são títulos de crédito os definidos em lei; não é válida a criação de novos títulos de créditos por acordo das partes; a omissão das características do título estabelecidas pela lei desqualifica o papel como título de crédito; e somente a lei pode estabelecer características e requisitos de cada título, *inclusive suas garantias ou seu lastro*" (p. 15).

32. Pelo exposto, em primeiro lugar, não pode subsistir o enquadramento dos Pacientes no inc. III do art. 7.º da Lei 7.492/86, pela singela razão de ainda não

existir lei definindo o que se deva entender por *lastro*, permanecendo a norma penal em branco ora examinada com seu preceito incompleto, assemelhando-se, no dizer de Binding, aos “corpos errantes à procura de alma” (*apud* Fragoso, “Lições”, parte geral, 13. ed., p. 75).

(***)

33. Ademais, como bem demonstrou José Luiz Bulhões Pedreira no magnífico parecer antes mencionado, o texto da Resolução 1.102, que a denúncia invoca para preencher a norma incriminadora do inc. III do art. 7.º, não define, nem pretendeu definir, e muito menos limitar, o que seja *lastro* de letras de câmbio aceitas por sociedades de crédito e financiamento. O escopo da indigitada Resolução foi, apenas, fixar o prazo mínimo (60 dias) para o resgate das letras de câmbio, que tiverem como base operações de financiamento. Tanto assim, que, no preâmbulo da norma infralegal em tela, é feita remissão expressa ao art. 16 do Dec. lei 2.283, de 27.02.1986, dispositivo esse que veio a dar nova redação ao art. 4.º do Dec. lei 1.454/76 que passou à vigorar com a seguinte redação:

“art. 4.º O Banco Central do Brasil estabelecerá os *prazos mínimos* (grifo nosso) a serem observados pelas instituições financeiras autorizadas para o recebimento de depósitos a prazo fixo e para emissão de letras de câmbio de aceite dessas”.

34. Portanto, a Resolução 1.102 limitou-se a fixar, com assento no dispositivo acima transcrito, os *prazos mínimos* de resgate das letras de câmbio, e não especificou, nem restringiu os tipos de lastro ou de garantias que seriam admissíveis para dar segurança aos títulos.

35. É, ainda, o respeitado José Luiz Bulhões Pedreira que mostra, em seu parecer, a inexistência de obrigatoriedade, mesmo à luz das resoluções administrativas, de serem as letras de câmbio lastreadas, exclusivamente, em opera-

ções anteriores de financiamento. A prova disto está nas Resoluções 523, de 14.03.1979 e 987, de 13.12.1984. Pela primeira delas, em seu inciso I, foi admitido que as sociedades de crédito, financiamento e investimento cedessem ou alienassem à sociedade da mesma categoria, “os créditos oriundos de suas operações de financiamento ao consumidor”. Com esta cessão, as letras de câmbio, porventura aceitas com base em financiamentos, ficariam sem lastro, caso o único lastro permitido fossem as aludidas operações de financiamento, que haviam sido cedidas.

36. Já pela Resolução 987/84, fica mais claro ainda que inexistente qualquer imposição regulamentar quanto à natureza das garantias das letras de câmbio. Com efeito, o inc. I da Resolução é expresso:

“as sociedades de crédito, financiamento e investimentos poderão aplicar recursos oriundos de cessão de crédito em *títulos públicos federais*” (parecer cit., p. 22, grifo nosso).

37. Em suma, inexistente qualquer lei que tenha vindo preencher a norma penal em branco do inc. III, do art. 7.º da Lei 7.492/86, de modo que não está definido, até hoje, o que constitui *lastro* de letra de câmbio emitida, oferecida ou negociada por instituições financeiras. A Resolução 1.102, invocada na denúncia, *não indica em que deva consistir o lastro, e muito menos condiciona a aceitação de letras de câmbio, à prévia existência de operações de financiamento*. Portanto, não se tratando de uma norma incriminadora auto-aplicável, e não tendo sido editado o seu complemento, não pode o mencionado inc. III do art. 7.º em exame servir de arrimo para uma imputação penal.

38. A par disto, a norma incriminadora ora em foco estabelece uma alternativa, ao falar “em lastro *ou* garantia suficientes, nos termos da legislação”.

39. Assim, a segurança do investidor poderá estar quer no lastro suficiente, quer na *garantia suficiente*. Note-se que o adjetivo *suficiente* está no plural, o que reforça a interpretação no sentido da alternatividade.

40. Ainda que se admitisse que, quanto ao lastro, a Resolução 1.102 seria uma norma de reenvio admissível — inobstante não se tratar de uma lei formal, e de não ter pretendido definir o que seja lastro — mesmo assim, o inc. III do art. 7.º não perderia o estigma de *alma errante*, pois *é fora de dúvida que inexiste qualquer norma, quer legal, quer infralegal explicitando o que se deva entender por GARANTIA SUFICIENTE*.

41. Em face disto, o responsável por uma Financeira, que aceite ou ponha em circulação letra de câmbio, sem “lastro” em operações de financiamento, mas que ofereça, alternativamente, por seu patrimônio líquido, ou por qualquer outro motivo, segurança de resgate, não poderá ser enquadrado no inc. III do art. 7.º, por absoluta falta de base legal para tanto.

42. Ora, na espécie, além de sabermos que os títulos foram resgatados, rigorosamente, em seu vencimento, é a própria denúncia que revela a existência da *garantia suficiente*, ao afirmar que o produto da comercialização das letras de câmbio foi aplicado “em títulos públicos, de absoluta liquidez” (fls. 2-B).

43. Além disto, não se pode ignorar que a AUSTRAL CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTOS era apenas uma das empresas do Grupo AUSTRAL, e sua receita operacional representava tão só 1,20% da receita do conglomerado. Relembre-se ser o Grupo AUSTRAL quase quinquagenário, pois fundado há 49 anos, e cuja pujança pode aquilatar-se pelo Relatório Anual, referente ao ano de 1987, que se encontra anexado às fls. 374 dos autos principais. Trata-se, em verdade, do maior grupo

em seu ramo na América Latina, com capital nacional controlado por brasileiros, possuindo sucursais na Argentina e Espanha, e contando em seus quadros com mais de sete mil empregados. É a AUSTRAL um dos maiores grupos privados do Estado do Rio de Janeiro, situando-se no *ranking* como o nono maior do Brasil.

44. Para se ter uma idéia da situação patrimonial e financeira do Grupo AUSTRAL, no ano de 1987, e a da empresa de Crédito e Financiamento objeto da denúncia, ora se oferece para exame um Laudo Técnico-Contábil, elaborado por uma das mais respeitadas firmas de auditoria do país, a ARTHUR ANDERSEN. Dele se vê que o patrimônio líquido da Financeira e sua situação de solvência eram mais do que bastante para garantir, com folga, o lançamento do lote de letras de câmbio feito no dia 24.07.1987, e resgatado em dezembro do mesmo ano (doc. 8).

45. Ademais, na falta absoluta de legislação complementadora, definindo o que seja *garantia suficiente*, para os efeitos do inc. III do art. 7.º da Lei 7.492/86, poder-se-ia buscar o caminho da analogia, caso não estivessemos cuidando de matéria penal, e não se tratasse de uma norma incriminadora. Mas, de qualquer forma, mesmo abrindo mão do *princípio da reserva legal*, se tomássemos, por exemplo, os padrões de garantia adotados pela legislação de seguros, extremamente cautelosa e conservadora, verificaríamos que as *reservas técnicas* de sinistros a liquidar, devem ser constituídas por: a) depósitos em bancos nos países; b) *títulos da dívida pública federal interna*; c) *títulos da dívida pública interna, estadual ou do Distrito Federal* (art. 65 c/c 54 do Dec.-Lei 2.063/40).

46. E foi, exatamente, em *títulos da dívida pública*, através do *open market*, como obrigatório, que a Financeira aplicou o produto das letras de câmbio que

lançara, circunstância, aliás, registrada na denúncia, onde até se reconhece tratar-se de papéis de *absoluta liquidez*.

47. Na recente Resolução 002099, de 17.08.1994, ao aprovar os regulamentos que disciplinam a atividade das instituições financeiras, o Conselho Monetário Nacional apresentou, em anexo, uma "Tabela de Classificação dos Ativos", quantificando os "fatores de ponderação de risco". Pois bem, no primeiro item, intitulado "*Risco Nulo – Fator de Ponderação 0%*" estão as aplicações em *títulos públicos federais*.

48. Em suma, o delito previsto no inc. III do art. 7.º da Lei 7.492/86 é um *crime de perigo concreto*, que se consuma com a criação de um *risco efetivo*, decorrente da emissão de títulos cujo resgate torne-se aleatório, na ausência de lastro ou outro tipo de garantia. Visou o legislador desestimular a atuação dos aventureiros que inundaram o mercado, em certa fase da nossa história, com papéis destituídos de real valor. Na espécie, é a própria denúncia que proclama a *liquidez absoluta* dos títulos públicos em que foram aplicados os recursos provenientes das letras de câmbio ora questionadas. Na verdade, tal aplicação, embora menos lucrativa para a Financeira, foi muito mais segura para os investidores do que se as letras estivessem "lastreadas" em operações de financiamento, de liquidação duvidosa, ainda mais numa época de crise, quando, "nos seis primeiros meses de 1987 já havia a inflação alcançado 183,49%", o que deu origem ao denominado "Plano Bresser" ("Séries Históricas – Inflação", pub. da ANDIMA, s/d, p. 68).

49. O mais relevante, porém – e agora estamos diante de matéria, exclusivamente, de direito, sem qualquer conexão com a prova, ainda que não controvertida – é que o disposto no inc. III do art. 7.º, invocado na denúncia, carece de complementação, pois não foi, ainda,

editada qualquer norma, legal ou infralegal, definindo, como reclama o tipo, o que seja *lastro* ou *garantia suficientes*.

50. Ainda que admitido, para argumentar, que a Resolução 1.102 tenha eficácia para conceituar *lastro*, inexistente a norma complementar referente à *garantia suficiente*. Em sua preciosa e já citada monografia "Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional", o saudoso mestre Manoel Pedro Pimentel, com a acuidade costumeira, traçou a distinção:

"*sem lastro suficiente*, significa que os títulos ou valores mobiliários foram emitidos, oferecidos ou negociados sem que existisse o suporte financeiro adequado para cobrir o seu oportuno resgate"; já "*sem garantia suficiente* quer dizer que, além de não ter lastro suficiente, os papéis também não estão cobertos por garantia de *outro tipo* (grifo nosso), deixando inteiramente a descoberto os títulos ou valores mobiliários, que não poderão oferecer qualquer segurança ao mercado de capitais ou aos investidores, no caso de serem tomados" (p. 70).

51. Assim, não havendo norma complementadora definindo o que a legislação entende por *garantia suficiente*, torna-se, quando menos por esse motivo, insubsistente, em face da falta de previsão legal, a imputação relativa ao inc. III, do art. 7.º da Lei 7.492/86.

DA FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE.

52. No tocante ao delito acima enfocado, bem como em relação aos outros dois capitulados na denúncia, revela-se de manifesta inépcia a inicial, por não explicitar, ainda que num grau mínimo, o *quod modo* do alegado envolvimento de cada um dos Pacientes nos episódios supostamente criminosos.

53. Salvo em relação ao paciente *José Silva*, a quem a peça vestibular aponta

como o subscritor das “letras de câmbio emitidas pela AUSTRAL CFI S.A.”, não há qualquer indicação na denúncia de qual tenha sido a participação dos demais acusados. Cinge-se o libelo inaugural a mencionar que “a autoria decorre do cargo ocupado por cada um dos denunciados”, não havendo a representante do Ministério Público se dignado, sequer, a indicar a função de cada um dos réus na administração da empresa.

54. Se, ao invés de oferecer uma denúncia precipitada, houvesse a dra. Procuradora da República requisitado a abertura do sempre esclarecedor inquérito policial, ficaria tendo conhecimento de que a quase totalidade dos acusados sequer teve prévio conhecimento da emissão, em 24.07.1987, das letras de câmbio, e de que a falta de correspondência entre a referida emissão e as operações de financiamento decorreu tão só de uma falha de natureza, puramente, administrativa. Tanto assim, que depois da mencionada emissão nenhuma outra se fez, inobstante tenha a empresa, com recursos próprios, propiciado diversos novos financiamentos.

55. O importante, porém, é a falta de individualização da conduta de cada um dos denunciados, num desprezo absoluto ao “princípio da culpabilidad penal, como exigência de *culpabilidad personal* (grifo nosso), que tiene rango constitucional”, que já foi, inclusive, objeto de expresse reconhecimento, num caso individual – “Caso Ozturk” –, pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Tiedemann, “Lecciones de Derecho Penal Económico”, 1993, p. 140). Dúvidas, aliás, não existem, nas democracias liberais, de que “ninguém pode ser punido, salvo em razão de um *fato pessoal* (grifo nosso)”, ensejando a violação desta regra seu futuro restabelecimento, mesmo em nível de *cassation* (Jean Larguier, “Droit Pénal des Affaires”, 1992, p. 40).

56. Quanto ao problema da necessidade de individualização, na denúncia, da participação de cada acusado, sob pena de inépcia, há algumas decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal dispensando tal explicitação nos denominados crimes societários.

57. Entretanto, este entendimento, de todo equivocado, *data venia*, não tem encontrado muitos seguidores nas demais Cortes do país, notadamente no Colendo Superior Tribunal de Justiça, de cuja jurisprudência poderemos invocar, entre outros, os arestos abaixo indicados.

58. Sendo relator o ilustre Min. Vicente Cernichiaro, a Sexta Turma, por unanimidade, assim, sentenciou no Recurso de *Habeas Corpus* 2.882-3, em 13 de setembro de 1993:

“A responsabilidade penal é pessoal, imprescindível a responsabilidade subjetiva e repelida a responsabilidade objetiva. Tais princípios são válidos também quando a conduta é praticada por sócios de pessoa jurídica. Não respondem criminalmente, porém, pelo só fato de serem integrantes da entidade. É indispensável o sócio participar do fato delituoso. Caso contrário, ter-se-á odiosa responsabilidade por fato de terceiro. A denúncia, por isso, deve imputar conduta a cada sócio, de modo que o comportamento seja identificado, ensejando possibilidade de exercício do direito pleno de defesa” (ADCOAS, 142363).

59. Também por unanimidade, a Quinta Turma concedeu a ordem, em recurso de *habeas corpus* relatado pelo ilustre Min. Edson Vidigal, sendo a seguinte a ementa publicada no “Diário da Justiça” de 20 de fevereiro do corrente ano (p. 3.198):

“Penal. Processual. Sonegação. Falsidade Ideológica Inépcia. Ação penal. Trancamento. *Habeas Corpus*. Recurso. Também nos chamados crimes societários é imprescindível que a denúncia

individualize a participação de cada acusado. Caso impossível, é preciso que descreva o modo como concorreram para o crime. Responsabilidade tributária não se confunde com responsabilidade criminal. Denúncia inepta no caso destes autos”.

60. Por fim, igualmente por unanimidade, a mesma Quinta Turma, sendo relator o insigne Min. Assis Toledo, decidiu não só no sentido da possibilidade do exame de prova, em *habeas corpus*, “quando a matéria de fato não se apresente controvertida”, como ainda proclamou, na ementa publicada no “Diário da Justiça” de 27 de março do ano em curso, que

“a atenuação dos rigores do art. 41 do CPP, nos chamados delitos societários, não pode ir ao ponto de admitir-se denúncia fictícia, sem apoio na prova e sem a demonstração da participação dos denunciados na prática tida por criminosa. Ser “acionista” ou “membro do conselho consultivo” da empresa não é crime. Logo, a invocação dessa condição, sem a descrição de condutas específicas que vinculem cada diretor ao evento criminoso, não basta para viabilizar a denúncia. A denúncia, pelas consequências graves que acarreta não pode ser produto de ficção literária. Não pode, portanto, deixar de descrever o porquê da inclusão de cada acusado como autor, co-autor ou partícipe do crime. Recurso de *habeas corpus* conhecido e provido para deferir a ordem e trancar a ação penal”.

61. Outra não é a situação do presente caso, em que a denúncia não indicou, sequer, qual teria sido a participação dos acusados nos episódios ditos criminosos, salvo em relação ao sexto réu.

62. Na edição mais recente de seu “Crimes Fiscais e Abuso de Autoridade” (1994), o fiscalista Samuel Monteiro profliga a conduta de alguns representantes do Ministério Público, que ofere-

cem *denúncias imaturas*, sem antes comprovar “com elementos materiais que ele tem à mão (*extraídos do inquérito policial*), que alguém participou dos fatos delituosos, colaborou, concorreu, comandou, dirigiu, orientou, deu ordens, emitiu comandos” (p. 639). Sustenta, o ilustre publicista de São Paulo, “a necessidade imperiosa e insubstituível da elaboração de um inquérito policial correto”, pois “já é tempo do Ministério Público não formular denúncias aleatórias, irresponsáveis ou mesmo inconsequentes, transferindo para o acusado o dever ou o próprio ônus de provar que não é culpado dos fatos de que o acusam, maculando assim, terceiros, com fatos que ele próprio, o Ministério Público, não gostaria que alguém lhes imputasse”.

63. À simples guisa de exemplo, no caso em exame, o ora paciente Manuel Santos poderia demonstrar, ainda no curso do inquérito, sem necessidade de submeter-se aos constrangimentos de uma ação penal, que não se encontrava no exercício de suas funções, na época da emissão das letras de câmbio em foco (24.07.1987), pois usufruía, então, de suas férias, tendo viajado a passeio para as cidades de Salvador, Natal, Fortaleza e Manaus, no período de 19.07.1987 a 3 de agosto do mesmo ano.

64. Por este singelo exemplo verifica-se a necessidade do prévio esclarecimento da posição de cada membro de uma empresa, antes de oferecer denúncia indiscriminadamente, contra todos, nos chamados crimes societários.

65. Assim, a par de outros defeitos, a denúncia *sub censura* carrega ainda o vício da inépcia, ao não individualizar a eventual participação de cada acusado nos fatos ditos criminosos.

DA IMAGINÁRIA GESTÃO FRAUDULENTA

66. A partir de agora, como que se abandona o campo do direito, e penetra-

se nos labirintos daquilo que o ilustre Min. Toledo denominou *ficção literária* da denúncia, e o sábio Min. Orozimbo Nonato apodou de *criação mental da acusação*.

67. A fantasiosa imputação do crime de gestão fraudulenta, previsto no art. 4.º da Lei 7.492/86, enquadra-se, perfeitamente, na hipótese de inépcia assinalada pelo ilustre Min. Edson Vidigal, ao dar provimento ao Recurso de *Habeas Corpus* 2.943-9:

“total descompasso entre o crime que atribui (a denúncia) ao acusado e o ato que descreve; ou: a não-descrição de fato que frente ao direito federal penal, expresso e explícito, tipifique o delito de que acusa o paciente” (*apud* Samuel Monteiro, *op. cit.* p. 720).

68. Com efeito, no procedimento que teve curso no Banco Central, foi imputada à Financeira e aos ora Pacientes a infração administrativa consistente na infringência da Resolução 1.092/86, por não haverem direcionado, no mínimo em 60%, a aplicação de seus recursos “para o financiamento de bens e serviços a pessoas físicas ou jurídicas”. Como já se esclareceu anteriormente, a Financeira, em verdade, durante um certo período do ano de 1987, inclusive naquele em que comercializou as letras de câmbio emitidas no dia 24 de julho, dirigiu suas aplicações, preponderantemente, para os títulos públicos, por considerá-los mais seguros, embora menos rentáveis. A própria denúncia, repita-se, classifica estes papéis como de *liquidez absoluta*.

69. Através de uma verdadeira prestigitação jurídica, a denúncia *sub censura* forcejou o enquadramento deste fato, que nem sequer fora objeto da comunicação feita pelo Banco Central à Procuradoria Geral da República, no art. 4.º, da Lei 7.492, onde é punido, com a pena mais grave dentre todas nela previstas, o *crime de gestão fraudulenta*.

70. Antes de examinarmos o erro técnico enormíssimo que significa este extravagante enquadramento, cabem algumas considerações sobre o liame entre os ilícitos penais e os administrativos.

71. Como já assinalamos, embasados na autoridade de Francisco de Assis Toledo e de Arnaldo Wald, nem toda inobservância às normas emanadas do Conselho Monetário Nacional configura um crime.

72. Estudando a questão da diferença entre delitos e meras infrações administrativas, Esteban Righi fala em *antijuricidade* de um lado e de *antiadministratividade* de outro (*op. cit.* p. 295).

73. Paralelamente, as obras dedicadas ao Direito Penal Econômico, no qual se inserem os delitos financeiros (João Marcelo de Araujo Júnior, “Dos Crimes contra a Ordem Econômica, 1995, p. 144), assinalam uma tendência “à la *dépénalisation* au profit des sanctions administratives” (Mireille Delmas-Marty, “Droit Pénal des Affaires”, 3.ª ed., 1990, t. 1, p. 243), o que ocorre, segundo Tiedemann, em respeito ao *princípio da proporcionalidade*, pois não se entende, no atual estágio da humanidade, a imposição do mais grave instrumento punitivo, que é a privação da liberdade, para responder a ilícitos para cuja inibição bastam “las medidas civiles o administrativas” (*op. cit.* p. 151).

74. Em suas “Lições” já citadas, o pranteado Fragoso destaca que a “política criminal moderna orienta-se no sentido da descriminalização”, de modo a “reduzir ao mínimo a aplicação do instrumento penal, procurando-se recorrer a outros meios de controle social” (p. 19). No mesmo sentido o sempre atualizado Toledo: “onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o

manto da proteção penal, como *última ratio regum*". É completa: "não além disso" (*op. cit.* p. 14).

75. Ainda sobre o tema, o ilustre Prof. João Marcello de Araújo Júnior, sem dúvida o mais profícuo publicista, entre nós, nos dias de hoje, em matéria de Direito Penal Econômico, ao analisar o então anteprojeto, do qual resultou a vigente Lei 7.492, observou:

"todo trabalho legislativo penal deve partir da idéia de que o Direito Penal não é o único, nem o melhor instrumento de combate à criminalidade. Por isso, deve ser empregado como *ultima ratio*. A sanção penal deve ser reservada, exclusivamente, aos casos mais graves e, mesmo assim, somente depois que os demais instrumentos de controle social se mostraram insuficientes" ("A Reforma Penal – Ilícitos Penais Econômicos", 1987, p. 143).

76. De tal forma este entendimento hoje se pacificou que, no Congresso do Cairo, antes mencionado, a Recomendação de número 14 é do seguinte teor: "normalmente, debería fomentarse la introducción de medios administrativos y civiles (mercantiles) antes de incriminar determinados actos u omisiones para la vida economica" (Tiedemann, "Poder Económico y Delito", ed. esp., 1985, p. 184).

77. Ora, na espécie, a sanção administrativa pela infringência da Resolução 1.092 foi aplicada, tendo as autoridades do Banco Central considerado a falta como leve, tanto assim que, como acentuamos, impuseram somente a pena de multa, num grau próximo ao mínimo e, posteriormente, consideraram, por exemplo, o primeiro e o quarto pacientes perfeitamente capacitados, sob o ponto, de vista ético e profissional, para assumir os elevados cargos, respectivamente, de Presidente e de Vice-Presidente das empresas que lideram o respeitado Grupo Austral. Seria, agora, extrema-

mente desconcertante que, em razão daquela mesma falta administrativa de natureza leve, viessem a responder a processo criminal, sujeitando-se à pena de três a doze anos de reclusão, por um imaginário crime de gestão fraudulenta.

78. Para concluir-se pelo gritante descompasso entre o fato narrado na denúncia e seu enquadramento no art. 4.º da Lei 7.492, basta analisar o conteúdo e o alcance da norma incriminadora em questão.

79. Todos sabemos que a Lei 7.492/86 foi elaborada de afogadilho, sendo prenhe de graves defeitos, dentre eles a forma vaga com que pretendeu definir o delito ora em exame.

80. De tal modo mostrava-se imperfeito o diploma legal de que ora nos ocupamos, que, na Mensagem 252, comunicando as razões de inúmeros vetos, o Presidente da República ressaltou que enviaria, em breve, "ao Congresso nacional um novo Projeto aperfeiçoando a matéria". Na *boutade* do Prof. João Marcello de Araújo Júnior, "tratava-se portanto a Lei 7.492/86, por assim dizer, de uma *lei provisória*" ("Dos Crimes contra a Ordem Econômica", cit. p. 143). Em conferência proferida na "Associação dos Advogados de São Paulo", Manoel Pedro Pimentel assinalou que a lei ora enfocada, "nasceu sob o signo da revogação." ("Direito Penal dos Negócios", s/d, p. 83).

81. E uma das mais graves mazelas desta *lei provisória* residiu, na opinião de todos que a comentaram, exatamente na redação imprecisa do art. 4.º, cujo tipo é de total vacuidade: "*Gerir fraudulentamente instituição financeira*". Isto implicou a criação de "um monstro ameaçador, que poderá sobressaltar qualquer administrador ou controlador de instituição financeira, cerceando sua ação, inibindo sua iniciativa, porque poderá, em algum momento, ser acusado de gerir temerariamente a empresa, sem que exis-

tam parâmetros objetivos para limitar o critério acusatório" (Manoel Pedro Pimental, *op. cit.*, p. 53).

82. Com sua autoridade de membro da comissão elaboradora do anteprojeto da nova Parte especial do Código Penal, e incumbido de redigir, precisamente, o Título dos Crimes Econômicos, o prof. João Marcello observou que "a lei atual (Lei 4.792/86), numa flagrante violação ao princípio da reserva legal, estatuiu em seu art. 4.º um tipo aberto, uma vez que se limita a estabelecer: "gerir fraudulentamente instituição financeira" ("Crimes...", *cit.* p. 154).

83. Tanto assim, que no anteprojeto acima referido, o crime de gestão fraudulenta tem um tipo bem definido, que abaixo transcrevemos, pois ilustra com exatidão o conteúdo e o sentido da norma incriminadora em exame:

"art. 80. Expor instituição financeira ao perigo de liquidação forçada, mediante a prática de qualquer dos seguintes atos de gestão fraudulenta:

I - desviar bem, pela compra em nome de terceiro;

II - simular despesa, dívida ativa ou passiva, ou perda;

III - fraudar execução, em curso ou de início previsível, destruindo, inutilizando ou deteriorando bem, ou praticando qualquer negócio jurídico, capaz de gerar obrigação, ou que importe em alienação patrimonial;

IV - empregar expediente fraudulento, do qual possa resultar prejuízo para a instituição financeira, seus acionistas, sócios ou credores, com o fim de criar indevida vantagem, para si ou para outrem" (vide João Marcello de Araújo Júnior, "Dos Crimes, etc." *cit.*, p.181).

84. Normas incriminadoras como a do art. 4.º em questão ferem o princípio da *Lex Certa*, que "diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de nor-

mas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios" (Toledo, *op. cit.* p. 29).

85. Também sobre este tema, o antes mencionado XIII Congresso da AIDP, realizado em 1984, no Cairo, estabeleceu a Recomendação 7:

"En el Derecho Penal Económico y de la Empresa debería evitarse, en lo posible, las cláusulas generales. Allí donde resulte necesario el empleo de cláusulas generales, éstas deberán *interpretarse restrictivamente*. Las conductas prohibidas deben describirse con precisión" (Esteban Righi, *op. cit.* p. 306, grifo nosso).

86. E foi exatamente a falta de precisão do art. 4.º que permitiu o esdrúxulo enquadramento operado pela denúncia *sub censura*, vindo confirmar as previsões do saudoso mestre Manoel Pedro Pimentel sobre o *monstro ameaçador* que o legislador criara.

87. De qualquer forma, princípios elementares de interpretação permitem demonstrar, sem maior esforço, que a aplicação de recurso de uma instituição financeira em *títulos públicos de liquidez absoluta*, pode ser *antiadministrativa*, mas nunca poderá configurar gestão fraudulenta, crime cuja essência está na busca de vantagem indevida, em prejuízo alheio, colocando-se em risco a massa de investidores ou a solidez da instituição financeira. Neste sentido, os pareceres em anexo, dos ilustres Fábio Konder Comparato e José Luiz Bulhões Pedreira, embasados na opinião geral, são peremptórios ao concluir, o primeiro que

"tanto o crime objeto da referida norma legal (art. 7.º, III), quanto aquele definido no art. 4.º da mesma lei, não são de mera conduta ou simples atividade, mas sim delitos de perigo, sendo certo, que, no caso, não houve a criação de perigo algum para o mercado financeiro, como a própria autoridade administrativa o reconhece"; e o segundo que "o fato de

os recursos obtidos com emissão das letras de câmbio terem sido aplicados "em títulos públicos de absoluta liquidez" não configurou o comportamento tipificado, no art. 4.º da Lei 7.492/86, como "gestão fraudulenta de instituição financeira", pois não se encontram naquele fato, os elementos do tipo penal: "ação dolosa que vise obter vantagem ilícita", "o propósito de causar dano a terceiro", "o induzimento de alguém em erro", e "o artifício ou qualquer outro meio fraudulento".

88. Embora o tipo do art. 4.º esteja contaminado pela mácula da vacuidade, em face da ausência dos *parâmetros objetivos* de que falava o mestre Manoel Pedro Pimental, é gritante sua inadequação à espécie, à luz do bom senso, aliado ao processo histórico de interpretação, ao direito comparado e, sobretudo, ao exame da finalidade da norma, que é evitar o prejuízo de terceiros, decorrente de fraude praticada por administradores de instituições financeiras.

89. O tipo do art. 4.º em foco surgiu, pela primeira vez no direito brasileiro, no Dec. lei 869/38, redigido, notoriamente, pelo sumo mestre Nélson Hungria. Em entrevista à imprensa, o então Ministro da Justiça, jurista Francisco Campos, à guisa de Exposição de Motivos ao novo diploma que definia os crimes contra a economia popular, assinalava, no que tange à matéria ora em exame, que o objetivo do tipo era "garantir a guarda e o emprego da economia popular, que não pode ser dissipada e malbaratada em empreendimentos suspeitos, organizados, com muito barulho de propaganda, por alguns espertalhões" (*apud* Elias de Oliveira, "Crimes contra a Economia Popular", 1952, p. 152).

90. Numa interpretação autêntica, emanada do maior penalista brasileiro de nosso século, têm-se que o objetivo da lei foi desestimular a criação de "verdadeiros ninhos de fraude ou *arapucas* (grifos do

original), que é o nome dado pelo vulgo às sociedades preordenadamente fundadas para enlços e burlas em grande estilo", pelo que o disposto no "inc. IX do art. 2.º do dec. 869 (crime de gestão fraudulenta) visou "o extermínio dessas *emboscadas* contra a pecúnia dos incautos" (Hungria, "Dos Crimes conta a Economia Popular", 1938, p. 65).

91. Evidentemente, como ressalva Elias de Oliveira, a lei reprime "a gestão fraudulenta ou temerária, não só daquelas *arapucas*, como igualmente das empresas, bancos, caixas beneficentes e outros institutos de economia do povo, os quais, se bem que solidamente organizados, podem vir a cair em mãos inescrupulosas de alguns gestores sem honestidade" (*op. cit.* p.154).

92. Assim, e isto se conclui inclusive pela extrema gravidade da pena cominada, o sentido do art. 4.º foi evitar a criação de *arapucas* ou a transformação de instituições sérias em *arapucas*, pela atuação de administradores inescrupulosos, animados pelo dolo de fraudar, com o intuito de obter vantagens indevidas, causando *prejuízo para os interessados* (Souza Neto, "Júri de Economia Popular", 1952, p. 109).

93. Em face disto, torna-se evidente que um ato, praticado na administração de uma instituição financeira, para configurar o crime de gestão fraudulenta, necessita estar revestido destas características, que são da própria essência do delito: "a *fraude* através do engano, manobra ardilosa ou engenhosa, maliciosa ou dolosa" e "o fito de prejudicar alguém ou de obter vantagem para o agente ou para outrem" (Manoel Pedro Pimentel, "Crimes, etc." cit, p. 51).

94. O Egrégio extinto Tribunal Federal de Recursos, julgando um caso em que se imputava a um diretor de banco o crime de gestão fraudulenta, com assento no fato de haver concedido empréstimos com infringência das normas

bancárias, assim decidiu, em *habeas corpus* relatado pelo saudoso Min. Henrique d'Ávila:

“O delito previsto nos incs. 9.º e 10 do art. 3.º da Lei 1.521/51 (gestão fraudulenta), não se configura em tese pelo simples fato de o diretor de determinado estabelecimento de crédito haver autorizado operações de empréstimo extravasantes à ficha cadastral de seus respectivos tomadores; mormente, quando estas vêm sendo solvidas ou renovadas regularmente. Convém acentuar que, em decorrência delas, não se imputa ao referido estabelecimento abalo financeiro capaz de arrastá-lo à insolvência (...) *Habeas Corpus*. Sua concessão para libertar o paciente da ação penal por ausência de justa causa” (“Revista do Tribunal Federal de Recursos”, 14/126).

95. Destarte, a toda evidência, o fato narrado na denúncia, como embaixador do crime de gestão fraudulenta, não se adequa ao tipo do art. 4.º em exame.

96. O aludido fato teria consistido na aplicação de recursos resultantes da emissão de letras de câmbio em títulos da dívida pública, com infringência à Resolução 1.092 que determinava fosse a aludida aplicação direcionada para novos financiamentos.

97. Ora, ainda que a conduta possa ter sido *antiadministrativa*, não configura, porém, o crime de gestão fraudulenta, nem qualquer outro ilícito penal previsto no sistema jurídico brasileiro.

98. Inicidindo em confusão profunda, a denúncia *sub examen* não soube distinguir irregularidade administrativa de ilícito penal. Para traçar a diferença entre o grave crime de gestão fraudulenta e o simples descumprimento de normas legais ou estatutárias por parte do gestor de sociedades, podemos nos socorrer do direito comparado.

99. O Código Penal argentino, por exemplo, em seu art. 173, § 7.º (redação

pela Lei 17.567/68), sanciona com a severa pena máxima de seis anos de prisão a fraude na administração de uma sociedade, praticada com a finalidade de obter lucro indevido para o agente ou para terceiro, ou da qual resulte prejuízo. Este crime corresponde, *grosso modo*, ao nosso de gestão fraudulenta.

100. Entretanto, evidenciando que este grave delito não se configura com a mera prática de atos contrários à lei ou aos estatutos, pelo administrador de uma sociedade, basta assinalar que tal prática é prevista, em apartado num *outro tipo* do aludido Código (art. 301), cuja pena máxima é de dois anos, desde do fato possa “derivar algún perjuicio”. Este delito não encontra correspondência no direito brasileiro, salvo se a conduta subsumir-se no art. 171 do Código Penal, como estelionato, o que não é o caso em exame.

101. O professor argentino Edmundo Hendler, tecendo comentários ao art. 301 acima mencionado, adverte que, nas hipóteses de descumprimento de normas do Banco Central, é preciso lembrar que nem sempre as mesmas “suponen el perjuicio de la entidad”, e que, embora possa estar configurado o ilícito administrativo, não há crime, por falta de “un perjuicio potencial”, quando a conduta não “arriesga la solvencia o liquidez” do patrimônio da instituição financeira (“La Responsabilidad Penal de los Directivos de Entidades Financieras”, 1982, p. 94 e 95).

102. Assim, a par de inexistir, na legislação brasileira, qualquer infração penal que se tipifique com a simples infringência de normas administrativas emanadas, por exemplo, do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central, mesmo em face do direito comparado (art. 301 do Cod. Penal argentino, inspirado no art. 347 do diploma repressivo holandês, *apud* Hendler, *op. cit.* p. 85/6) a conduta atribuída aos Pacientes seria atípica, eis que da aplicação dos

recursos em títulos da dívida pública não resultou, nem poderia resultar, qualquer dano para a instituição, ou para os terceiros tomadores das letras de câmbio, pois os mencionados títulos são, como atestou a própria denúncia, de *liquidez absoluta*.

103. Aliás, não seria demais recordar que um dos *consideranda* da decisão administrativa, para justificar a aplicação, tão só, da pena de multa e num grau quase mínimo, foi exatamente

“a ausência de prejuízo para a comunidade de investidores e a inexistência de abalo no patrimônio da instituição por eles administrada” (doc. 5).

104. No mesmo sentido, a conclusão do Laudo Técnico Contábil da conceituada ARTHUR ANDERSEN S/C :

“Com base nas informações acima apresentadas, fica evidenciado que a AUSTRAL – Crédito Financiamento e Investimentos S.A., empresa do Conglomerado Austral, durante o ano de 1987, se manteve sólida do ponto de vista econômico-financeiro e não se tornou insolvente, honrando seus compromissos com terceiros, nas datas aprazadas, inclusive no que diz respeito ao resgate de letras de câmbio emitidas por essa Sociedade em 24.07.1987. A referida emissão em nada beneficiou os Diretores da Sociedade e nem resultou em lucros extraordinários para seus acionistas” (doc. 8).

105. Aliás, no tocante à questão de lucros, é de se repisar que a aplicação de recursos em títulos públicos, ao invés de direcioná-los para financiamentos, não foi “motivada pelo objetivo de obter maior rentabilidade”, pois “é fato notório que os juros que as sociedades de crédito, financiamento e investimento pagam na colocação de letras de seu aceite e cobram nas operações ativas situam-se entre os mais elevados praticados nos mercados financeiros brasilei-

ros, e a aplicação em títulos da dívida pública, em regra, proporcina renda menor do que as de letras de câmbio e o financiamento do consumo e de capital de giro” (José Luiz Bulhões Pedreira, paracer anexo, p. 33).

106. Sobre o tema, registre-se que, no ano de 1987, principalmente depois do denominado “Plano Bresser”, era a seguinte a relação: 147,60% ao ano de taxa efetiva de remuneração para os títulos públicos e 706,4% para as operações de financiamento, só que estas últimas ofereciam segurança muito menor, pela elevada taxa de inadimplência. Destarte, ainda que pudesse ser antiadministrativa, a aplicação em títulos públicos visou resguardar os interesses não só da instituição financeira, como dos investidores, que haviam adquirido letras de câmbio. Foi, portanto, um ato de gestão com características diametralmente opostas às das gestões temerárias, e mais ainda das fraudulentas.

107. Por derradeiro, para que não passe sem o necessário reparo mais uma, dentre inúmeras assertivas inexatas da denúncia *sub censura*, cabe consignar que a aplicação de recursos da Financeira em títulos públicos é prevista, expressamente, no art. 3.º do Estatuto da sociedade, que se encontra anexado ao processo principal, além de ser autorizada pelas Resoluções do Conselho Monetário Nacional, como, por exemplo, a de número 987, de 13.12.1984, invocada no parecer do ilustre José Luiz Bulhões Pedreira.

108. Em síntese, quanto ao crime de gestão fraudulenta, o fato narrado na denúncia – a aplicação de recursos em títulos da dívida pública – não se enquadra no tipo do art. 4.º da Lei 7.492, por mais elástico que se queira dar ao conteúdo desta norma aberta. Gestão fraudulenta é praticar fraudes na administração de instituições financeiras, visando obter vantagens indevidas, colocando em

risco o patrimônio da própria instituição ou de terceiros. Nada disto, a toda evidência, ocorreu na espécie, o que torna flagrante a falta de justa causa.

DO CRIME DE BANDO

109. No concernente a esta outra *criação mental da acusação*, que é o *crime de bando*, nada resta a aduzir, mesmo porque o próprio despacho que recebeu a denúncia repudiou, implicitamente, esta fantasiosa imputação, ao deixar sequer de mencionar o art. 288 do Código Penal (doc. 2).

110. De qualquer forma, a peça vestibular não descreve um crime de bando, (mesmo porque seria impossível fazê-lo), eis que se limita a afirmar, sem qualquer compromisso com a realidade, que “os ora denunciados reuniram-se em sociedade delituosa com o fim de cometer crimes contra o Sistema Financeiro Nacional”. Trata-se, às escancaras, de outra situação de *abuso do poder de denúncia*, profligado pelo saudoso mestre Manoel Pedro Pimentel, na mais completa e preciosa obra da literatura jurídica brasileira sobre a malsinada Lei 7.492, a *lei provisória*, que nasceu sob o signo da revogação.

111. Em homenagem à Egrégia Turma julgadora do presente *writ*, acreditamos que não devemos tecer mais uma apreciação sequer, sobre a esdrúxula imputação de crime de bando.

EM CONCLUSÃO

112. Foram examinadas no presente *habeas corpus* questões, exclusivamente, de direito, sem qualquer discussão de natureza probatória.

113. Destacou-se, em resumo, quanto ao crime previsto no inc. III, do art. 7.º, da Lei 7.492, que o mencionado dispositivo é uma *norma penal em branco*, a ser complementada “nos termos da legislação”.

114. Ocorre, entretanto, que não foi, até hoje, promulgada qualquer lei defi-

nindo o que se deva entender por *lastro suficiente e por garantia suficiente*.

115. No tocante à definição de *lastro*, a Resolução 1.102/86, do Conselho Monetário Nacional, não se presta para complementar a norma penal, e isto por duas razões: 1.º – trata-se de mero edito administrativo, sem a categoria de lei; 2.º – o próprio texto da Resolução não determina que as letras de câmbio somente possam ser emitidas com base em contratos, anteriores, de financiamento. Outras Resoluções do Conselho Monetário Nacional, citadas na impetração, permitem que as empresas de crédito, investimento e financiamento apliquem seus recursos em títulos públicos, que servirão de garantia para a emissão de letras de câmbio.

116. Ademais, no que concerne à definição de *garantia suficiente*, que não se confunde com *lastro suficiente*, não há, absolutamente, Lei ou Resolução alguma complementando o preceito penal, que permanece, pelo menos neste ponto, inaplicável por falta da denominada *norma de reenvio*. A hipótese seria análoga a de se processar alguém pelo crime de transgredir tabela de preço, sem que exista tabela alguma preenchendo o vazio da norma penal em branco.

117. De resto, havia, em concreto, à luz dos próprios termos da denúncia, a *garantia suficiente*, em razão de a Financeira ter aplicado, preponderantemente, seus recursos em títulos da dívida pública, reconhecidos pela inicial acusatória como papéis de *liquidez absoluta*. A par disto, o patrimônio líquido da Financeira, empresa integrante do quase centenário, sólido e respeitado Grupo Austral, era mais do que suficiente para garantir as letras de câmbio que, aliás, foram religiosamente resgatadas em seu vencimento, jamais tendo havido o mínimo risco para os investidores.

118. Por todos estes motivos, carece de justa causa o enquadramento dos

Paciente no inc. III, do art.7.º, da Lei 7.492/86.

119. Ademais, a denúncia cingiu-se a atribuir a prática dos delitos aos ora Pacientes, com base tão só na circunstância de serem, na época dos fatos, diretores da Financeira. Várias e recentes são as decisões do Egrégio Superior Tribunal de Justiça reconhecendo que, mesmo nos denominados crimes societários, a inicial não está desobrigada de explicitar, no mínimo que seja, a participação de cada um dos acusados, no cometimento dos crimes que lhes imputar.

120. Quanto ao crime de *gestão fraudulenta*, o mais grave dentre todos os previstos na Lei 7.492, cuida-se de um caso que o mestre Manoel Pedro Pimental estigmatizava como um *abuso do poder de denúncia*, eis que fruto, no dizer do sábio Min. Orozimbo Nonato, de *criação mental da acusação*.

121. Independente das acerbas críticas que merece o tipo vago e aberto do art. 4.º da Lei 7.492, a conduta atribuída aos ora Pacientes não pode ser amoldada à norma incriminadora em questão, que visa punir comportamentos fraudulentos, tendentes a causar prejuízos para as instituições financeiras, ou para os investidores, tendo o agente o objetivo de alcançar um proveito indevido.

122. O fato imputado aos denunciados consistiu em aplicar o produto das letras de câmbio em títulos da dívida pública, ao invés de direcionarem 60% dos recursos para o financiamento de bens e serviços, como determina a Resolução 1.092 do Conselho Monetário Nacional.

123. Ainda que esta conduta possa ter infringido a norma administrativa, não tipificou, porém, delito algum, muito menos o de *gestão fraudulenta*, cuja tônica, como se disse, está no emprego de fraude, com o fito de obter vantagem, colocando em risco o patrimônio da instituição financeira ou de terceiros.

124. No caso, conforme reconheceu a denúncia, os recursos foram aplicados em títulos da dívida pública, reconhecidos como de liquidez absoluta e considerados pelo Conselho Monetário Nacional como de *risco zero*. Só por absurdo este comportamento, ainda que antiadministrativo, pode ser rotulado de *gestão fraudulenta*.

125. As próprias autoridades administrativas do Banco Central, ao julgarem a matéria, proclamaram

“a ausência de prejuízos para a comunidade de investidores e a inexistência de abalo no patrimônio da instituição”.

126. Tanto assim, que na esfera administrativa a infração a regras meramente formais foi considerada leve, a ponto de ter sido aplicada, tão só, a pena de multa, num grau próximo do mínimo. E de tal maneira os ora Pacientes continuaram merecendo a confiança das autoridades monetárias do país, que tiveram seus nomes aprovados pelos diversos e rigorosos órgãos competentes, para ocupar as seguintes funções, no respeitado Grupo AUSTRAL: Antonio Gomes – Presidente do Grupo Austral, que é o maior da América Latina, Presidente do BANCO AUSTRAL; Joaquim Pereira – Diretor Financeiro do Grupo Austral; Pedro de Almeida – Diretor da AUSTRAL CAPITALIZAÇÃO; Manuel Santos – Vice-Presidente do Grupo AUSTRAL; João Moraes – Vice-Presidente do BANCO AUSTRAL; José Silva – Diretor de Finanças do Grupo de Seguros.

127. A toda evidência, se os organismos de fiscalização do Banco Central do Brasil houvesse considerado os ora Pacientes como *gestores fraudulentos*, apenas porque teriam direcionado as aplicações de uma financeira para a aquisição de títulos públicos, reconhecidos como de liquidez absoluta, não permitiria que viessem a ser guindados aos elevados cargos que hoje ocupam.

128. Assim, em relação ao crime do art. 4.º da Lei 7.492/86, o fato narrado

na denúncia não se adequa ao tipo legal, sendo manifesta a carência de justa causa para a submissão dos Pacientes aos percalços de uma ação penal, com todo o séquito de constrangimentos, materiais e morais, que decorre da condição de réu em um processo criminal.

129. Por derradeiro, quanto ao crime de bando, a imputação ressuma a verdadeiro insulto, por sua total falta de embasamento jurídico e probatório. Cuida-se de um verdadeiro *modismo* acusatório, que vem merecendo a repulsa liminar dos Tribunais, como ocorreu no denominado “Caso Collor”, quando a denúncia, *ab initio*, foi rejeitada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, no ponto, por carecer de amparo legal.

130. Pelo exposto, espera-se a concessão da presente ordem, para fazer cessar o pesadelo kafkaniano desabado, com o recebimento da denúncia *sub censura*, sobre a existência dos Pacientes, homens honrados, que vêm dedicando toda vida ao trabalho, merecendo sempre a confiança, não só dos detentores do capital de um dos mais antigos e respeitados grupos empresariais brasileiros, como das autoridades responsáveis pelo destino das finanças e da economia do país. O trancamento desta ação penal, carecedora de justa causa, será um reparador ato de Justiça.

Rio de Janeiro, de de 1996

Antonio Evaristo de Moraes Filho

George Tavares