



# Revista da **PGBC**

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central  
Volume 13 • Número 2 • Dezembro 2019

# Revista da **PGBC**

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central  
Volume 13 • Número 2 • Dezembro 2019

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do Banco Central do Brasil

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. / Banco Central do Brasil.  
Procuradoria-Geral. Vol. 13, n. 2, dez. 2019. Brasília: BCB, 2019.

Semestral (junho e dezembro)  
ISSN 2595-0894

1. Direito econômico – Periódico. 2. Sistema financeiro – Regulação – Periódico. I. Banco Central do Brasil.  
Procuradoria-Geral.

CDU 346.1(05)

**Procuradoria-Geral do Banco Central**

Banco Central do Brasil  
SBS, Quadra 3, Bloco B, Edifício-Sede, 11º andar  
70074-900 Brasília – DF  
Telefones: (61) 3414-1220 e 3414-2946  
E-mail: revista.pgbc@bcb.gov.br

**Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**  
Volume 13. Número 2. Dezembro 2019

**Editor-Chefe da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**  
Leandro Novais e Silva – Banco Central, MG

**Editor Adjunto da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**  
Marcelo Madureira Prates – Banco Central, DF

**Corpo Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**

**Conselheiros**

Dr. Álvaro Augusto Camilo Mariano – Universidade Federal de Goiás e Pontifícia Universidade Católica do Paraná, GO e PR  
Dr. Bruno Meyerhof Salama – Fundação Getúlio Vargas, SP  
Dr. Edil Batista Junior – Banco Central, PE  
Dr. Ivo Teixeira Gico Junior – Centro Universitário de Brasília, DF  
Me. Jefferson Siqueira de Brito Álvares – Banco Central, DF  
Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega – Universidade Federal de Pernambuco, PE  
Dr. Rubens Beçak – Universidade de São Paulo, SP  
Dr. Vincenzo Demétrio Florenzano – Banco Central, MG  
Me. Yuri Restano Machado – Banco Central, RS

**Consultores**

Dr. Alessandro Yokohama – Universidade Paranaense, PR  
Dra. Ana Rachel Freitas da Silva – Centro Universitário de Brasília, DF  
Me. Braulio Lisboa Lopes – Advocacia-Geral da União, MG  
Dr. Carlos Eduardo do Nascimento – Universidade Presbiteriana Mackenzie, MG  
Dr. Clayton Vinicius Pegoraro de Araújo – Universidade Presbiteriana Mackenzie, SP  
Dr. Davi José de Souza da Silva – Faculdade FACI | Wyden, PA  
Me. Diogenis Bertolino Brotas – Instituição Toledo de Ensino, SP  
Dra. Evanilda Nascimento de Godoi Bustamante – Universidade do Estado de Minas Gerais, MG  
Me. Filipe Mendes Cavalcanti Leite – Universidade Federal da Paraíba, PB  
Dr. Flávio Garcia Cabral – Escola de Direito do Ministério Público do Mato Grosso do Sul, MS  
Dr. Flavio José Roman – Banco Central, DF  
Dr. Frederico de Carvalho Figueiredo – Centro Universitário Una, MG  
Me. Haroldo Mavignier Guedes Alcoforado – Banco Central, RJ  
Me. João Marcelo Rego Magalhães – Banco Central, CE  
Dr. Leandro Sarai – Banco Central, SP  
Me. Luciano Medeiros de Andrade Bicalho – Instituto Brasiliense de Direito Público, DF  
Dr. Luciano Monti Favaro – Centro Universitário Projeção, DF  
Me. Marcelo Leandro Pereira Lopes – Faculdade Integral Diferencial DeVry, PI  
Me. Marcelo Quevedo do Amaral – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, RS  
Me. Márcia Maria Neves Corrêa – Banco Central, RJ  
Me. Marcus Freitas Gouvea – Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, MG  
Dra. Maria da Glória Ferraz de Almeida Prado – Universidade de São Paulo, SP  
Me. Marina Demaria Venâncio – Universidade Federal de Santa Catarina, SC  
Dra. Patricia Helena dos Santos Carneiro – Universidade Federal de Rondônia, RO  
Me. Pedro Vinicius Giordano Eroles – Universidade de São Paulo, SP  
Me. Renata Gomes – Universidade de Coimbra, Portugal  
Me. Taís Ramos – Universidade Presbiteriana Mackenzie, SP  
Me. Victor Guedes Trigueiro – Advocacia-Geral da União, DF  
Dr. Vinicius Silva Lemos – Faculdade de Rondônia, RO

\* Consultores que participaram de procedimento de exame de artigo concluído pelas instâncias pertinentes, conforme o Regulamento da Revista, no curso dos trabalhos de preparação da presente edição.

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade dos autores, não refletindo necessariamente o posicionamento do Banco Central do Brasil.  
Os pronunciamentos da Procuradoria-Geral do Banco Central passaram por padronização editorial, sem alterações de sentido ou conteúdo.

# Procuradoria-Geral do Banco Central

## Procurador-Geral

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer

## Procurador-Geral Adjunto da Seção de Consultoria e Representação Extrajudicial

Marcel Mascarenhas dos Santos

## Procurador-Geral Adjunto da Seção de Contencioso Judicial e Gestão Legal

Flavio José Roman

## Subprocurador-Geral Chefe de Gabinete do Procurador-Geral

Marcelo Madureira Prates

## Subprocuradora-Geral da Câmara de Consultoria em Regulação e Supervisão do Sistema Financeiro

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

## Procuradora-Chefe da Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro

Eliane Coelho Mendonça

## Procurador-Chefe da Procuradoria Especializada de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro

Alexandre Forte Maia

## Subprocurador-Geral da Câmara de Consultoria Monetária, Internacional e Penal

Nelson Alves de Aguiar Júnior

## Procurador-Chefe da Procuradoria Especializada de Consultoria Internacional, Monetária e em Regimes Especiais

Igor Arruda Aragão

## Subprocurador-Geral da Câmara de Consultoria Administrativa

Leonardo de Oliveira Gonçalves

## Procuradora-Chefe da Procuradoria Especializada de Consultoria Administrativa

Chiarelly Moura de Oliveira

## Subprocurador-Geral da Câmara de Contencioso Judicial e Dívida Ativa

Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho

## Procurador-Chefe da Procuradoria Especializada de Processos da Dívida Ativa e Execução Fiscal

Marcus Vinícius Saraiva Matos

## Procurador-Chefe da Procuradoria Especializada de Processos Judiciais Relevantes

Lucas Farias Moura Maia

## Procurador-Chefe da Procuradoria-Regional do Banco Central no Distrito Federal

Ériton Bittencourt de Oliveira Rozendo

## Procurador-Chefe da Procuradoria-Regional do Banco Central no Ceará

Francisco Ponte de Almeida Junior

## Procurador-Chefe da Procuradoria-Regional do Banco Central em Minas Gerais

José Luciano Jost de Moraes

## Procuradora-Chefe da Procuradoria-Regional do Banco Central no Paraná

Fernanda Rosa de Oliveira Rodrigues

## Procurador-Chefe da Procuradoria-Regional do Banco Central em Pernambuco

Marcelo Labanca Corrêa de Araújo

**Procuradora-Chefe da Procuradoria-Regional do Banco Central no Rio de Janeiro**  
Fátima Regina Maximo Martins Gurgel

**Procurador-Chefe da Procuradoria-Regional do Banco Central no Rio Grande do Sul**  
Guilherme Centenaro Hellwig

**Procuradora-Chefe da Procuradoria-Regional do Banco Central em São Paulo**  
Tânia Nigri

**Gerente-Geral de Gestão Legal**  
Leonardo Campos Coutinho

**Gerente da Gerência de Gestão e Planejamento**  
Alessandra Barros Monteiro

**Gerente da Gerência de Registros Jurídicos e Controles Financeiros**  
Ana Paula Mendes Lobo Paes Lima

# Sumário

Editorial

Nota da Edição

*Leandro Novais e Silva, 9*

A Desmaterialização do Dinheiro: uma análise da regulação da moeda na era digital

*Rafael José Nadim de Lazari e Rogério Luís Marques de Mello, 11*

Blockchain e Banco Central – Um Contraponto da Tecnologia

*Henrique Perlatto Moura e Márcio Luís de Oliveira, 26*

Resilição Unilateral pelas Instituições Financeiras de Contas-Correntes das Corretoras de Criptomoedas

*Régis Canale dos Santos, 39*

Renegociação de Créditos Rurais: dirigismo estatal e a Súmula 298 do STJ

*Fabiano de Figueirêdo Araujo, 52*

“Financeiras” de Crédito e Sua Regulamentação: análise qualitativa de práticas e serviços no município de Ribeirão Preto/SP

*Maria Paula Bertran, Iara Pereira Ribeiro, Victor Colucci Neto, Davi Ferreira Veronese, João Paulo Sanchez de Rezende Goulart, Pedro Carvalho de Almeida Travesso, Pedro Ignácio de Andrade Tucunduva, Paulo Ricardo Artequilino da Silva e Taffarel Pereira Marques, 66*

Lei Antitruste: alternativa para microempresas e empresas de pequeno porte combaterem a prática abusiva da cláusula de não cessão de créditos

*Gabriela Corrêa Dias e Rogério Alexandre de Oliveira Castro, 82*

Regime Jurídico para o Enfrentamento de Crises em Instituições de Pagamento

*José de Lima Couto Neto, 99*

Adequação Jurídico-Institucional do Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa no Mercado Financeiro

*Luiz Felipe Horowitz Lopes, 116*

As Implicações dos Stakeholders Sociais na Administração Pública Contemporânea

*Emerson Ademar Borges de Oliveira e Miguel Angelo Aranega Garcia, 138*

**Petição 2579/2018-BCB/PGBC**

Memorial apresentado pelo Banco Central, perante a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 307.108/RJ, que sustenta a constitucionalidade do art. 38 da Lei 8.880, de 27 de maio de 1994, uma das leis de instituição do Real.

*Lucas Farias Moura Maia, Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho, Flavio José Roman e Marcel Mascarenhas dos Santos, 149*

**Petição 1008/2019-BCB/PGBC**

Memorial apresentado pelo Banco Central, perante o Tribunal de Contas da União, no Processo TC 033.263/2008-1, por meio do qual a Autarquia defende a regularidade da política cambial promovida pelo Banco Central do Brasil em janeiro de 1999.

*Frederico Bernardes Vasconcelos e Marcel Mascarenhas dos Santos, 156*

**Petição 4643/2018-BCB/PGBC**

Petição apresentada pelo Banco Central perante a 21ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, no Processo 1005334-85.2018.4.01.3400, que contesta pedido da Defensoria Pública da União de viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro, por meio do BacenJud, para assegurar o cumprimento de decisões judiciais em matéria de tutela de saúde em geral.

*Felipe de Vasconcelos Pedrosa, Luciana Lima Rocha, Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho e Flavio José Roman, 169*

**Parecer 171/2019-BCB/PGBC**

Parecer que examina dúvidas, apresentadas pelo Comitê de Acordo Administrativo em Processo de Supervisão (Coaps), sobre o funcionamento do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão (APS), relacionadas especificamente a: i) possibilidade de exigência pelo referido Comitê de contribuições pecuniárias ou obrigações de natureza indenizatória, em analogia ao que ocorre no Termo de Compromisso (TC); e ii) interpretação a ser dada ao art. 87-A da Circular 3.857, 14 de novembro de 2017, que estabelece critérios para fixação de benefícios do APS.

*André Ubaldo Roldão, Eliane Coelho Mendonça e Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, 185*

**Parecer 579/2019-BCB/PGBC**

Parecer que analisa proposta de medida provisória sobre a transformação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) na Unidade de Inteligência Financeira (UIF), vinculada administrativamente ao Banco Central do Brasil.

*Chiarelly Moura de Oliveira, Cassiomar Garcia Silva, Leonardo de Oliveira Gonçalves, Nelson Alves de Aguiar Júnior, Marcel Mascarenhas dos Santos e Cristiano Cozer, 197*

## Nota da edição

O segundo número do volume 13 da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC), mantendo a qualidade e a consistência da publicação, com a sua linha de temas tradicionais do Direito Econômico da Regulação Financeira, envereda igualmente – neste número – pelo relacionamento entre direito, mercado financeiro e tecnologia.

O presente número traz nove artigos. Pelo menos três artigos selecionados abordam a relação entre direito, mercado financeiro e tecnologia. Completam ainda a edição seis artigos de temáticas variadas, além de cinco manifestações jurídicas da PGBC, destacando alguns dos pronunciamentos mais relevantes da Procuradoria no último ano.

Entre os artigos da temática direito, mercado financeiro e tecnologia, o primeiro deles cuida da moeda digital. Dos autores **Rafael José Nadim de Lazari** e **Rogério Luís Marques de Mello**, com o título “A Desmaterialização do Dinheiro: uma análise da regulação da moeda na era digital”, o artigo trata do fenômeno da progressiva substituição do dinheiro em espécie, o papel-moeda, por meios de pagamento digital. Questiona a sua viabilidade no cenário brasileiro e os desafios regulatórios.

O segundo artigo permanece na linha das novas tecnologias que podem afetar os meios de pagamento. Dos autores **Henrique Perlatto Moura** e **Márcio Luís de Oliveira**, intitulado “Blockchain e Banco Central – Um Contraponto da Tecnologia”, o artigo explora as dificuldades e os desafios que a nova tecnologia criptográfica e descentralizada de comunicação oferece para os sistemas econômico e jurídico, em particular para os meios de pagamento, mas igualmente pontua os benefícios oriundos, com ênfase nos aspectos de integridade e segurança das informações trocadas entre as instituições, além da redução de custos.

O terceiro artigo da série, ainda na temática criptomoedas, aborda um ponto bem específico da realidade das moedas digitais, que é o relacionamento entre instituições financeiras tradicionais e corretoras de criptomoedas, com especial destaque para a manutenção ou não do contrato de conta-corrente das corretoras pelas instituições financeiras. É de autoria de **Régis Canale dos Santos**, com o título “Resilição Unilateral pelas Instituições Financeiras de Contas-Correntes das Corretoras de Criptomoedas”. O artigo analisa os motivos alegados para a resilição, se legais ou não, apoiado em recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Na linha de temática mais variada, três artigos se debruçam sobre o mercado de crédito. O primeiro deles cuida do crédito rural e de sua renegociação, com foco na Súmula 298 do STJ. De autoria de **Fabiano de Figueirêdo Araujo**, o artigo tem o título “Renegociação de Créditos Rurais: dirigismo estatal e a Súmula 298 do STJ”. O artigo explora como a construção da jurisprudência e da Súmula, como direito subjetivo do mutuário, tem funcionado como desestímulo para novas hipóteses de renegociação de dívidas rurais pelo Conselho Monetário Nacional (CMN).

O segundo artigo da temática de crédito, de **autoria coletiva**, por um grupo de pesquisadores em Direito, intitula-se “Financeiras’ de Crédito e sua Regulamentação: análise qualitativa de práticas e serviços no município de Ribeirão Preto/SP”. O artigo cuida em apresentar levantamento empírico sobre as “financeiras” e correspondentes bancários em Ribeirão Preto/SP, tendo em conta analisar e apurar a organização das empresas popularmente chamadas de financeiras; eventuais disfunções do acesso da população mais vulnerável às estratégias das financeiras; e explicar o paradoxo de que o principal produto ofertado seja o crédito consignado. A pesquisa sugere maior controle regulatório sobre tais sociedades de crédito e seus instrumentos.

O último artigo da temática de crédito diz respeito a como dar efetividade ao artigo 73-A da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, de maneira a combater a prática da cláusula que limita a cessão de créditos pelas microempresas e empresas de pequeno porte, criando obstáculos ao crescimento das pequenas empresas. O artigo é de autoria de **Gabriela Corrêa Dias** e **Rogério Alexandre de Oliveira Castro**,

com o título “Lei Antitruste: alternativa para microempresas e empresas de pequeno porte combaterem a prática abusiva da cláusula de não cessão de créditos”. O estudo explora uma das alternativas de combate à restrição da cessão de créditos pelas microempresas e empresas de pequeno porte, que é precisamente a solução antitruste, com a caracterização de prática abusiva pelas grandes empresas que empregam tal expediente.

O próximo artigo no debate sobre crises no mercado financeiro aborda a questão do regime jurídico de resolução para as instituições de pagamento, aquelas definidas pela Lei 12.865, de 9 de outubro de 2013. O artigo é de autoria de **José de Lima Couto Neto**, com o título “Regime Jurídico para o Enfrentamento de Crises em Instituições de Pagamento”. O artigo analisa a submissão das instituições de pagamento ao regime de resolução conduzidos pelo Banco Central do Brasil (BCB), de forma a afastar a possibilidade de submissão dessas instituições ao regime geral de insolvência, a não ser nos casos especiais do regime de resolução.

Os dois últimos artigos ventitam questões associadas ao Direito Administrativo e à Administração. O primeiro deles, de autoria de **Luiz Felipe Horowitz Lopes**, intitulado “Adequação Jurídico-Institucional do Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa no Mercado Financeiro”, busca debater os limites de apreciação pelo Poder Judiciário de temas relacionados à regulação financeira discricionária, para afastar a utilização de formas tradicionais de análise, tais como “conceitos jurídicos indeterminados”, exigindo o emprego de uma visão institucional em relação ao controle judicial da discricionariedade.

O último artigo, dos autores **Emerson Ademir Borges de Oliveira e Miguel Angelo Aranega Garcia**, intitulado “As Implicações dos *Stakeholders* Sociais na Administração Pública Contemporânea”, explora os elementos de governança e responsabilidade corporativa no ambiente da Administração Pública, com ênfase no conceito administrativo de eficiência e sua relevância para o desenvolvimento nacional. Utiliza a ideia de *stakeholders* sociais, mesclando premissas do direito privado, de maneira a evidenciar um novo estilo de governança pública e de gestão sustentável.

Quanto às manifestações jurídicas da PGBC, a presente edição traz três petições e dois pareceres.

Duas petições são Memoriais do Banco Central de casos exemplares de Direito Econômico da Regulação Financeira. A primeira – Petição 2579/2018-BCB/PGBC – diz respeito ao Recurso Extraordinário 307.108/RJ, e debate a constitucionalidade e a legitimidade do Plano Real, notadamente do art. 38 da Lei 8.800, de 27 de maio de 1994.

O segundo Memorial – Petição 1008/2019-BCB/PGBC – trata do Processo no Tribunal de Contas da União (TCU) 033.263/2008-1, de Tomada de Contas Especial (TCE), no qual se debate suposta irregularidade do BCB na execução da política cambial, por ocasião da maxidesvalorização do Real ocorrida em janeiro de 1999.

A terceira petição – Petição 4643/2018-BCB/PGBC – diz respeito ao ingresso do BCB, como assistente simples da União, em feito proposto pela Defensoria Pública da União (DPU), no qual se discutem bloqueios da Conta Única do Tesouro, de forma a viabilizar recursos para medicamentos de alto custo, atendendo, assim, a decisões judiciais. O ingresso no feito pelo BCB teve o condão de evidenciar a impossibilidade da medida.

Por fim, a atual edição publica dois Pareceres Jurídicos. O primeiro – Parecer 171/2019-BCB/PGBC – responde a inúmeras dúvidas sobre o funcionamento do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão (APS), disciplinado pela Lei 13.506, de 13 de novembro de 2017. O interesse e a novidade aqui são evidentes.

Além disso, publica também o Parecer 579/2019-BCB/PGBC que aborda a transformação do Conselho de Atividades Financeiras (Coaf) em Unidade de Inteligência Financeira (UIF), sua vinculação administrativa ao BCB, além da própria reestruturação do órgão responsável pela produção e gestão de informações de inteligência financeira em matéria de prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa.

Definido o roteiro da segunda e última edição de 2019, aproveitem a leitura!

**Leandro Novais e Silva**  
Editor

# A Desmaterialização do Dinheiro: uma análise da regulação da moeda na era digital

Rafael José Nadim de Lazari\*  
Rogério Luís Marques de Mello\*\*

*Introdução. 1 Evolução da moeda. 2 Modernidade. 3 Novas tecnologias de pagamento. 4 Regulação da moeda. 4.1 Regulação do dinheiro no Brasil. 5 Desmaterialização do dinheiro. Conclusão. Referências.*

## Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar a viabilidade da adoção, no Brasil, de medidas regulatórias que limitem a utilização do dinheiro em espécie. A questão a ser respondida na presente investigação, portanto, é se significativa restrição ou mesmo a eliminação do papel-moeda no Brasil seria possível e pertinente, considerando o ambiente regulatório vigente e as condições necessárias para a utilização dos meios digitais de pagamento disponíveis. Não se descarta, por exemplo, que o dinheiro em espécie é preferido por significativa parcela da sociedade brasileira em razão de características como anonimato e privacidade no uso, ampla aceitação, liquidez e segurança. De outro lado, não se deve desconsiderar eventuais dificuldades na implantação de uma regulação mais contundente dessa forma de pagamento, muito em razão do acesso à internet, equipamentos para a utilização à rede mundial de computadores e disponibilidade de contas bancárias. Através do emprego do método dedutivo e detida análise bibliográfica da história do dinheiro, das inovações tecnológicas no contexto da modernidade, dos novos meios digitais de pagamento, do acesso à internet e da democratização bancária, concluiu-se pela viabilidade prática da regulação na utilização do papel-moeda no Brasil observando, contudo, necessários ajustes que importem no equilíbrio entre sua plena utilização e a sua simples eliminação, sempre considerando as inevitáveis repercussões jurídicas, sociais e econômicas dessa nova realidade.

**Palavras-chave:** Moeda. Regulação. Novas tecnologias. Meios de pagamento.

---

\* Pós-Doutor em Direito. Advogado e consultor jurídico. Professor de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito.

\*\* Especialista em Direito Público. Mestrando em Direito na Unimar.

## *The Dematerialization of Money: an analysis of currency regulation in the digital age*

### *Abstract*

*This article aims to analyze the feasibility of adopting, in Brazil, regulatory measures that limit the use of cash. The question to be answered in the present investigation, therefore, is whether a significant restriction or even the elimination of paper money in Brazil would be possible and pertinent, considering the current regulatory environment and the necessary conditions for the use of available digital payment means. It is not overlooked, for example, that cash is preferred by a significant portion of Brazilian society because of characteristics such as anonymity and privacy in use, broad acceptance, liquidity and security. On the other hand, one should not disregard any difficulties in the implementation of a stricter regulation of this form of payment, largely due to the access to the Internet, equipment for use on the world wide web and availability of bank accounts. Through the use of the deductive method and careful bibliographical analysis of the history of money, technological innovations in the context of modernity, new digital means of payment, internet access and bank democratization, it was concluded that the practical viability of regulation in the use of However, it is necessary to make adjustments to the balance between its full use and its simple elimination, always considering the inevitable legal, social and economic repercussions of this new reality.*

**Keywords:** *Currency. Regulation. New technologies. Payment options.*

### **Introdução**

Ainda que o combate a corrupção seja o móvel das incipientes discussões relacionadas à utilização do papel em espécie no Brasil, importa-nos, no presente artigo, analisar apenas a eventual viabilidade da desmaterialização do dinheiro, mesmo presumindo que sua eliminação traga reais e positivas consequências na seara criminal. Nesses termos, e considerando a realidade de alguns países que já implantaram, em grande medida, mecanismos digitais de pagamento, praticamente abolindo o dinheiro em espécie, a pergunta a ser respondida no presente artigo é se o Brasil possui condições de realizar essa mesma digitalização do dinheiro, realizando a transição do dinheiro em espécie para a moeda eletrônica. Obviamente, na esteira dessa pergunta, surgem outras dúvidas relacionadas, por exemplo, à realidade atual do sistema financeiro brasileiro e sua capacidade de operacionalização dos meios eletrônicos de pagamento; ainda, como se dá o relacionamento da população com os sistemas digitais e, nestes termos, os requisitos mínimos necessários para que a sociedade possa utilizar, confortavelmente, as novas tecnologias de pagamento. Para nosso diagnóstico e prognóstico, importante conhecermos a evolução da moeda ao longo da história, como ocorre a regulação do dinheiro, as novas tecnologias de pagamento existentes no contexto da modernidade e o grau atual de inclusão financeira no Brasil.

## 1 Evolução da moeda

Ao longo da história humana, uma das principais invenções humanas foi a moeda, entendida como “tudo aquilo que é aceito como instrumento de troca de bens e serviços – aceito não como um objeto a ser consumido, mas como um objeto onde reside, temporariamente, um poder de compra a ser usado na aquisição de outros bens e serviços” (FRIEDMAN, 1992, p. 16).

Moeda, portanto, é termo econômico que não se confunde com dinheiro, que é palavra derivada de um tipo de moeda antiga, *danarius* (WEATHERFORD, 2005, p. 48). Usaremos indistintamente, contudo, os termos dinheiro e moeda, em razão da desnecessidade prática da distinção, *in casu*, e do sedimentado tratamento unívoco dos termos, tanto pela população, quanto pelos dicionários.<sup>1</sup>

A origem da moeda remonta ao próprio estabelecimento da vida em sociedade e desenvolvimento dos grupos humanos. Nessa época, as mercadorias produzidas inicialmente para os integrantes familiares, passaram a gerar sobras, marcando o início das trocas de mercadoria por mercadoria, o chamado escambo. Diante das dificuldades constatadas na equalização dos negócios, buscou-se uma medida de valor, um padrão que fosse aceito por muitos, surgindo a moeda-mercadoria, que teve como base a utilização de bens escassos – e, por isso, dotados de valor intrínseco em razão de sua própria condição – para a realização das trocas como, por exemplo, o ouro, a prata, o sal, cigarros, animais e pedras preciosas.

Verificados novos inconvenientes na moeda-mercadoria como a indivisibilidade, dificuldades de deslocamentos e o fácil perecimento, apelou-se para os metais que, cunhados em moedas, minimizavam esses problemas. Durante vários séculos e em várias partes do mundo, as moedas circularam com valor intrínseco relacionado ao metal nos quais eram cunhadas.

Modernamente, com o monopólio estatal da emissão de moedas, foram instituídas moedas fiduciárias, ou seja, moedas de curso forçado, com pouco ou nenhum valor intrínseco, mas com aceitação e valorização baseadas na confiança que as pessoas têm em seu uso, sabendo que podem utilizá-las para a aquisição de bens e produtos.

O surgimento do papel-moeda, por sua vez, é envolto em especulações. Para alguns, teria surgido em razão da necessidade de alguém, certo dia, enviar moedas a outrem emitindo, entretanto, um vale que dava ao portador o direito de recebê-las, posteriormente, do emitente. Para outros, o papel-moeda surgiu por volta dos séculos XII a XV, quando bancos da Europa passaram a receber depósitos em ouro, emitindo bilhetes representativos que certificavam ao depositante a garantia de retirada da quantia entregue em ouro. De qualquer maneira, posteriormente, em razão do desenvolvimento do crédito, os bancos fizeram circular bilhetes em quantidade maior que o lastro em depósito, mantendo seus valores em razão da confiança que mereciam os bancos emitentes, reforçando a ideia, agora em papel, da moeda fiduciária que avança até os dias atuais (TRIGUEIROS, 2008, p. 34-35).

Relacionando o papel-moeda ao desenvolvimento da sociedade e da tecnologia, Kenneth Rogoff (2016, p. 16) entende que sua evolução histórica fundamenta-se em três pontos: é dinâmica, como aponta a ideia de ascensão para o meio eletrônico; em segundo lugar, ainda que vários meios possam servir como dinheiro, imagina-se que a melhor tecnologia deve prevalecer – assim como a moeda cunhada superou as *commodities* e o papel-moeda superou as moedas cunhadas, nada impede a prevalência de uma moeda eletrônica na economia moderna; por fim, várias inovações começam no setor privado e, só depois, passam a ser apropriadas pelos governos.

---

<sup>1</sup> Moedas ou cédulas utilizadas como meio de troca na aquisição de bens, serviços, força de trabalho e quaisquer outras transações financeiras, que são colocadas em circulação pelo governo de cada nação, o qual as emite e lhes fixa o valor. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=jqv5>. Acesso em: 12 jul 2019.

A par das inegáveis vantagens na utilização do papel-moeda como a preservação da privacidade, a segurança em relação ao cibercrime, a facilidade como meio de troca para indivíduos de baixa renda e a própria confiança dos usuários, não são ignoradas algumas significativas desvantagens na sua utilização. Atos de corrupção e crimes violentos, por exemplo, teriam importante e decisiva vinculação com o dinheiro em espécie. O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), estima que cerca de US\$1 trilhão são gastos em subornos e perto de US\$2,6 trilhões são desviados pela corrupção a cada ano, soma equivalente a mais de 5% do PIB mundial. Dentre os inúmeros efeitos nefastos que provoca, deve-se enfatizar a obstaculização do desenvolvimento dos povos, retirando fundos das áreas em que eles são mais necessários como saúde, segurança e educação; a corrupção também leva a governos fracos, colocando em perigo a democracia, a governança e os direitos humanos; nesse contexto, são estimuladas a ascensão do crime organizado e a formação de redes que promovem crimes graves das mais diversas naturezas como o tráfico de armas, tráfico de pessoas, o contrabando de migrantes, a falsificação generalizada e o comércio de espécies ameaçadas de extinção, entre outros (ONU, 2018).

## 2 Modernidade

Características marcantes da atualidade, segundo Klaus Schwab (2016, p. 18-19), revelariam o início de uma quarta revolução industrial. Depois da transição da coleta para a agricultura há cerca de 10.000 anos, o homem vivenciou diversas revoluções industriais: a primeira, entre 1760-1840, provocada pela construção das ferrovias e pela invenção da máquina a vapor; a segunda, no final do século XIX e início do século XX, com o advento da eletricidade e da linha de montagem; a terceira, começou na década de 1960 e costuma ser chamada de revolução digital ou do computador, com o surgimento do computador pessoal e da internet. Depois das revoluções industriais. A quarta revolução industrial teve início na virada do século XXI, baseia-se na revolução digital e tem por principais características:

- **Velocidade:** ao contrário das revoluções industriais anteriores, esta evolui em um **ritmo exponencial e não linear**. Esse é o resultado do mundo multifacetado e profundamente interconectado em que vivemos; além disso, as novas tecnologias geram outras mais novas e cada vez mais qualificadas.
- **Amplitude e profundidade:** ela tem a revolução digital como base e combina várias tecnologias, levando a mudanças de paradigma sem precedentes da economia, dos negócios, da sociedade e dos indivíduos. A revolução não está modificando apenas o “o que” e o “como” fazemos as coisas, mas também “quem” somos.
- **Impacto sistêmico:** ela envolve a **transformação de sistemas inteiros** entre países e dentro deles, em empresas, indústrias e em toda sociedade. (SCHWAB, 2016, p. 15-16, grifo nosso)

Para Manuel Castells (2017 p. 124-125), estamos vivenciando um novo paradigma da tecnologia da informação, a chamada Era da Informação, com cinco características marcantes. A primeira, é que a informação é a matéria-prima da tecnologia; a revolução atual refere-se às tecnologias de processamento de informação e comunicação, diferentemente de situações anteriores em que tínhamos informações para agir sobre a tecnologia. Uma segunda característica refere-se à penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias; uma vez que a informação integra a vida humana e, nesses termos, são pervasivas, penetrando em todas as atividades humanas não como fonte exógena,

mas como o próprio tecido em que essas atividades são exercidas – enfim, qualquer de nossas ações são diretamente moldadas pelo novo meio tecnológico. Em terceiro lugar, as redes tecnológicas devem estar adaptadas à complexidade das interações, de modo a possibilitar estruturar nossas vidas mantendo, contudo, certa flexibilidade necessária à inovação. Uma quarta característica, justamente, é a flexibilidade dos sistemas, considerando a necessidade de reorganização dos componentes das instituições diante das constantes mudanças e fluidez organizacional. Uma última característica da Era Informacional seria a crescente convergência de tecnologias específicas, mas altamente integradas, ou seja, combinações tecnológicas passam a ser tão simbióticas que passa a ser difícil ou quase impossível diferenciá-las em separado. Nesse contexto, surge uma nova economia no último quarto do século XX, também informacional, global e em rede, baseada na revolução da tecnologia da informação. Inicialmente, as inovações surgiram no próprio ramo da tecnologia da informação, e prosseguem cada vez mais naquelas que mantêm relacionamento com a internet, seja no fornecimento de sua infraestrutura, na criação de aplicativos, na veiculação de publicidades ou na realização do comércio eletrônico (e-commerce). Um segundo setor impactado fortemente e que se reinventou tecnológica e organizacionalmente na década de 1990 foi o financeiro, que se aproveitou da desregulamentação das transações financeiras domésticas e internacionais nesse período, primeiro nos Estados Unidos e Inglaterra para, depois, espalhar-se gradativamente pela maior parte do mundo. A própria maneira de realizar as transações financeiras sofreram alterações qualitativas diante das inovações tecnológicas no setor diante do surgimento de computadores potentes e novos modelos algorítmicos que permitiram a criação de produtos financeiros cada vez mais complexos. No mesmo sentido, as novas tecnologias de informação e comunicação como a internet, redes sociais e telefonia móvel, possibilitaram uma revolução no modo de realização do comércio e das transações financeiras, conectando partes interessadas de qualquer lugar do mundo e, muitas vezes, em tempo real.

### 3 Novas tecnologias de pagamento

Nesse novo ambiente de inovações, as indústrias estão sendo levadas a intensas transformações, ainda que nem todas estejam no mesmo ponto de ruptura tecnológica. No campo das finanças, por exemplo, surgem plataformas P2P (*peer-to-peer*)<sup>2</sup> que conectam as partes interessadas, eliminando intermediários nas transações de bancárias e reduzindo custos; novos algoritmos passam a fazer consultorias robotizadas (*robo-advisor*) na área de investimentos, impactando diretamente os custos de transação e ameaçando todo um segmento; o *blockchain* surge como novidade, podendo revolucionar as aplicações financeiras, também reduzindo os custos de transação e liquidação; bancos de dados compartilhados tendem a simplificar várias atividades, não se descurando de produtos e serviços que ainda nem existem mas que também repercutirão fortemente nesse setor (SCHWAB, 2016, p. 70-71).

Cartões de débito e de crédito passaram a ser utilizados maciçamente pela população em todo o mundo, no pagamento das mais diversas despesas, muito em razão dos benefícios resultantes do seu uso para o próprio cliente, como milhas de viagem.

Outra novidade nos meios eletrônicos de pagamento são as carteiras digitais ou *e-wallets* como o *Google Pay*, *Apple Pay* e *Samsung Pay*. O funcionamento dessas carteiras consiste, basicamente, no

---

<sup>2</sup> Forma de empréstimo coletivo que conecta tomadores de crédito a investidores por meio de plataformas digitais, sem intermediação bancária, ofertando menor burocracia e juros menores do que a média de mercado aos tomadores.

armazenamento digital dos dados bancários ou do cartão de crédito do usuário em equipamentos vestíveis como relógios, celulares ou pulseiras, valendo-se da tecnologia NFC (*Near Field Communication* ou comunicação em área próxima) para sua utilização. Além de dispensar os dados do cartão, pode ser utilizado com ferramentas biométricas, dispensando senhas e incrementando a segurança das transações. Contudo, esse sistema de pagamentos ainda não dispensa a existência de um intermediário para a realização das operações. Na China, por exemplo, as carteiras digitais já são responsáveis por cerca de 70% dos pagamentos realizados pela população economicamente ativa (MIES, 2019).

Entrar em uma loja sem funcionários, realizar suas escolhas de compra e ir embora sem a realização de qualquer ato de pagamento seria algo impensável cerca de duas décadas atrás. Mas isso já é possível em algumas partes do mundo, demonstrando como as formas de pagamento evoluem ao longo do tempo, incorporando tecnologias que resultam em indiscutíveis vantagens ao usuário, em cada período histórico. No *Amazon Go*, supermercado criado pela empresa nos Estados Unidos, o cliente só precisa ter o aplicativo da Amazon instalado; ao retirar o produto da prateleira, sensores registram os produtos e na saída a compra é cobrada diretamente no cartão de crédito. No Brasil, pagamentos de pedágios, estacionamento em shoppings, abastecimento de combustíveis e compra de refeições rápidas pelo *drive thru*<sup>3</sup> são possíveis através de arranjos de pagamento eletrônico que funcionam através da fixação de um dispositivo (*tag*) no para-brisa do veículo, registrando os pagamentos por aproximação.<sup>4</sup>

A desconfiança de muitos na utilização das plataformas digitais de compras, ofertando dados bancários ou de cartões de crédito, fez prosperar empresas como a *PayPal*, ferramenta de pagamentos online que oferece um jeito prático e seguro para que pessoas e empresas possam movimentar dinheiro em suas compras e vendas na rede. Através da abertura de uma conta na plataforma que funciona como uma espécie de carteira digital, o usuário disponibilizará seus dados apenas ao *PayPal* que fará a intermediação final com a empresa parceira.

Por fim, devemos registrar as criptomoedas, que têm sua emissão realizada de forma descentralizada, por mineradores. Assim, enquanto os demais meios de pagamento são, de alguma maneira, vinculados à moeda corrente do país e, portanto, emitidos e controlados por um banco central, as criptomoedas são digitais, dotadas de grande volatilidade e sem qualquer regulamentação pela maioria dos governos. O bitcoin, criptomoeda mais popular, foi criada em 2008 pelo desconhecido Satoshi Nakamoto, tendo como vantagens mais evidentes: um menor custo de transação através do sistema *peer-to-peer*, criptografado e que não depende de uma rede de terceiros fiduciários para validar as operações; controle de operações baseado no sistema *blockchain*, um grande banco de dados público que contém o histórico das transações realizadas, eliminando o problema do gasto duplo e repercutindo na segurança e solidez da moeda. Como desvantagens atuais, podemos evidenciar: a baixa liquidez da moeda, por não ser amplamente utilizada; a inexistência de intermediários, que também pode ser entendida como relativa desvantagem uma vez que não há garantias prestadas por terceiros nas transações, sem possibilidade de rastreamentos ou estornos (ULRICH, 2014, p. 25-29).

O próprio Facebook, maior rede social do planeta, anunciou sua moeda virtual, a Libra, com lançamento previsto para 2020, acendendo o alerta de vários bancos centrais ao redor do mundo. Com a pretensão de que sua moeda não se sujeite à regulação existente em relação às moedas oficiais, o Facebook promete transações instantâneas e quase gratuitas. O receio dos reguladores das moedas oficiais de países como Estados Unidos, Inglaterra e vários outros ao redor do mundo é que a circulação

---

<sup>3</sup> *Drive thru* é um serviço de vendas de produtos, normalmente alimentos *fast food*, que permite ao cliente comprar o produto sem sair do carro.

<sup>4</sup> As principais empresas que operam o pedágio eletrônico e outras funcionalidades decorrentes desse tipo de arranjo de pagamento são: Sem Parar, ConectCar, Move Mais e Veloe.

ampla de moedas digitais encontre brechas regulatórias e potencialize os riscos aos mercados financeiros. Analistas entendem que, por trás da ideia da moeda digital, o Facebook pretende estimular seu próprio negócio através das receitas de publicidade (STACEY; BINHAM, 2019).

#### 4 Regulação da moeda

Alguns serviços relacionados à moeda são, como regra, monopólio estatal; outros, contudo, de natureza econômica, são oferecidos também por particulares como bancos e demais prestadores de serviços financeiros. Neste último caso, é esperado que o Estado interfira em maior ou menor medida, muito em razão do próprio modelo econômico adotado em cada período histórico. O liberalismo, por exemplo, consolidou-se no século XVIII em oposição ao Estado caracterizado pela centralização econômica e personificado na figura do rei; nestes termos, pugnou pela preocupação com a liberdade e definição de limites à atuação dos governantes. Para Adam Smith (1996), um dos seus principais defensores do Estado liberal, as intervenções governamentais devem ser limitadas de modo a não prejudicar a harmonia do mercado dirigida por uma “mão invisível” que conduz à maximização do bem-estar econômico. Assim,

O estadista que tentasse orientar pessoas particulares sobre como devem empregar seu capital não somente se sobrecarregaria com uma preocupação altamente desnecessária, mas também assumiria uma autoridade que seguramente não pode ser confiada nem a uma pessoa individual nem mesmo a alguma assembleia ou conselho, e que em lugar algum seria tão perigosa como nas mãos de uma pessoa com insensatez e presunção suficientes para imaginar-se capaz de exercer tal autoridade. (SMITH, 1996, p. 438)

Em sentido contrário, a opção pelo Estado do “bem-estar social” (*welfare state*) implica a existência de um Estado interventor que, diante das falhas e decepções vinculadas ao liberalismo, visa atender as demandas sociais da sociedade que, em dado momento histórico, clama por condições mínimas de sobrevivência e dignidade. Há, contudo, uma variedade enorme de modelos de exercício público do bem-estar social, que variam nos seus graus de profundidade e universalidade. De modo geral, é possível estabelecer algumas dimensões que estariam presentes em quase todos os modelos de bem-estar social uma vez que: visam o desenvolvimento econômico; baseiam-se na mobilização da classe operária; são produtos da mobilização sindical e da luta política de classes; variam em extensão e impacto de acordo com as inovações ocorridas no país paradigma (FIORI, 1997, p. 140).

Um dos principais defensores do Estado provedor foi John Maynard Keynes, que pregava a necessidade de uma forte intervenção econômica estatal com o objetivo principal de garantir o pleno emprego e manter o controle da inflação utilizando, como ferramentas, a das taxas de juros, aumento drástico da liquidez e, principalmente, expansão fiscal. Para ele, ao Estado caberia eliminar a carência de demanda efetiva em momentos de recessão e desemprego fazendo déficit orçamentário e emitindo títulos para extrair a “renda não gasta” do setor privado e com ela garantir que as máquinas ociosas voltem a operar. Segundo Keynes, crise representa carência de investimento e ociosidade de máquinas e homens e não, como apregoado, carência de poupança (SILVA, 1996, p. 15).

A partir do final da Segunda Grande Guerra, surge o ideário neoliberal como uma reação veemente contra o Estado intervencionista e de bem-estar, tendo como principal expoente Friedrich Hayek. Como linhas mestras, o neoliberalismo baseava-se na defesa da liberdade dos cidadãos e vitalidade da concorrência, repudiando qualquer regulação ou limitação dos mecanismos de mercado por

parte do Estado. Nesses termos, a meta suprema de qualquer governo seria a estabilidade monetária e, para tanto, o Estado deveria implementar reformas fiscais de estímulo aos agentes econômicos, romper com o poder dos sindicatos e manter o controle do dinheiro, minimizando gastos sociais (ANDERSON, 1995, p. 11).

Não se deve olvidar, contudo, a análise de Eros Roberto Grau sobre a conformação estatal brasileira postulada pela Constituição, ou seja, qual o efetivo modelo econômico adotado atualmente pelo Brasil, concluindo que:

A ordem econômica na Constituição de 1988 - digo-o - postula um modelo de bem-estar. Esta a configuração peculiar assumida pela ordem econômica na Constituição de 1988, afetada por regime informado por definida atuação estatal em relação ao processo econômico — não apenas intervencionismo, pois, projetado como missão estatal. A Constituição de que cogito é a Constituição do Brasil. Não de qualquer outro Estado, desenvolvido, cujos próceres possam se lançar à aventura de desmantelamento do *Welfare State*, desmantelamento cujas primeiras vítimas são os assalariados, mas cuja vítima seguinte será, certamente, a democracia (GRAU, 2010, p. 313-314).

Nesse sentido, Ferrer e Rossignoli (2018) entendem que a Constituição Federal apresentou um duplo viés no seu artigo 170 no que tange à intervenção do Estado na economia, uma vez que tratou, de um lado, da livre concorrência como um dos princípios da ordem econômica e, de outro, enfatizou a necessidade de redução das desigualdades regionais e sociais concluindo que, nos últimos anos, “a redução da intervenção do Estado na economia tem produzido como uma das consequências a fragilização dos sistemas sociais de proteção” (FERRER; ROSSIGNOLI, 2018, p. 42).

#### 4.1 Regulação do dinheiro no Brasil

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma clara distinção entre os serviços públicos, cujo titular é o Estado, e a atividade econômica, realizada essencialmente pelos particulares. Como regra, as atividades econômicas só podem ser exercidas pelo Estado em caráter excepcional e, por sua vez, os serviços públicos só podem ser prestados pelo particular se o Estado assim autorizar (MELLO, 2015, p. 194).

Importante frisar, porém, que o conceito de atividade econômica pode ser estrito ou amplo, segundo Eros Grau (2010, p. 103-108). Em termos estritos, seria a atividade desempenhada excepcionalmente pelo Estado, cuja titularidade é do particular, como regra. Por sua vez, a atividade econômica em sentido amplo envolveria tanto o serviço público quanto a atividade econômica em sentido estrito. Assim, o serviço público seria atividade econômica desenvolvida diretamente pelo Estado ou pelo particular em regime de concessão em área de atuação própria do Estado. Imprescindível essa distinção, considerando que a Constituição eventualmente utiliza o termo atividade econômica em sentido estrito – no *caput* do art. 173, ao informar os casos excepcionais de exploração direta de atividade econômica pelo Estado – e, em outros pontos, vale-se do conceito amplo de atividade econômica – no *caput* do art. 170 *caput*, ao tratar dos princípios da ordem econômica, e no *caput* do art. 174, quando fala da atuação estatal como agente normativo e regulador. Nesse sentido:

A atuação reguladora há de, impõe a Constituição, compreender o exercício das funções de incentivo e planejamento. Mas não apenas isso: atuação reguladora reclama também fiscalização e, no desempenho de sua ação normativa, cumpre também ao Estado considerar que o texto constitucional assinala, como funções que lhe atribui, as de incentivo e planejamento. Este,

por outro lado, não abrange apenas a **atividade econômica em sentido estrito**, porém toda a **atividade econômica em sentido amplo**. (GRAU, 2010, p. 107, grifo nosso).

Nesses termos, é possível definir regulação, em uma acepção mais ampla, como “toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia” (FILHO, 2008, p. 21).

A regulação do dinheiro no Brasil tem fundamento, em primeira análise, no art. 192 da CF que estabelece o Sistema Financeiro Nacional (SFN) que tem, como finalidade, “promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem” (BRASIL, 1988). Basicamente, esse sistema é composto por um conjunto de entidades e instituições que promovem a intermediação financeira, ou seja, onde as pessoas pagam suas dívidas e realizam os seus investimentos. Sucintamente e no que se refere à moeda e ao crédito, o Sistema Financeiro Nacional é organizado através de agentes normativos (Conselho Monetário Nacional), supervisores (Banco Central do Brasil) e operadores (Bancos e caixas econômicas, administradoras de consórcios, cooperativas de créditos, corretoras e distribuidoras, *fintechs*<sup>5</sup> e demais instituições não bancárias). O Conselho Monetário Nacional (CMN), criado juntamente com o Banco Central do Brasil pela Lei 4.595/1964, tem a função de “art. 2º - (...) formular a política da moeda e do crédito (...) objetivando o progresso econômico e social do país”. Ao Banco Central do Brasil (BCB), autarquia federal, compete garantir o cumprimento das normas do CMN, monitorar e fiscalizar o sistema financeiro, além de executar as políticas monetária, cambial e de crédito (BRASIL, 1964).

A partir da década de 1990, surge o desafio de reestruturar o marco regulatório do sistema financeiro, com a edição da Emenda Constitucional (EC) 40 que, em suma, flexibilizou a regulação do SFN visando torná-lo mais eficiente, mais competitivo e mais transparente.

Em 2013, com a edição da Lei 12.865, foram implementadas significativas mudanças no setor financeiro, importando relevante incentivo à competição com maior oferta de serviços de pagamento, criando condições para facilitar o processo de inclusão financeira. O Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB) passou a contar com as chamadas instituições de pagamento, pessoas jurídicas que viabilizam serviços de compra e venda e de movimentação de recursos no âmbito de um arranjo de pagamento. Tais figuras, ainda que não integrem o SFN, são também reguladas e fiscalizadas pelo BCB, conforme diretrizes estabelecidas pelo CMN. São essas instituições, afinal, que possibilitam ao cidadão realizar pagamentos independentemente de relacionamentos com bancos e outras instituições financeiras. Com a possibilidade de movimentação do recurso financeiro através de vários meios como cartão pré-pago ou telefone celular, o usuário pode portar valores e efetuar transações sem estar com moeda em espécie. A mesma Lei 12.865/2013 criou o conceito de conta de pagamento, que não se confunde com uma conta corrente bancária e possibilita: a realização de transações de pagamento como, por exemplo, TED, DOC, boleto, cartões de pagamento; transações realizadas por transferência entre clientes com contas na mesma instituição de pagamento emissora do cartão; utilização na modalidade pré-paga, para transações de pagamento realizadas com base em valores previamente aportados pelo cliente, a exemplo de transações via cartão, telefone e internet; utilização na modalidade pós-paga, quando destinada a transações de pagamento que independem do aporte prévio de recursos como, por exemplo, os cartões de crédito. Por fim, a Lei 12.685/2013 pugnou pela interoperabilidade dos arranjos de pagamento, ou seja, pela possibilidade de os usuários finais utilizarem uma única conta de depósitos à vista ou de pagamento para realizar pagamentos para usuários de outros arranjos (BCB, 2019).

---

<sup>5</sup> *Fintechs* são empresas que introduzem inovações nos mercados financeiros por meio do uso intenso de tecnologia, com potencial para criar novos modelos de negócios. Atuam por meio de plataformas online e oferecem serviços digitais inovadores relacionados ao setor.

Novas mudanças significativas no mercado financeiro devem surgir com a edição da Lei Complementar 167, de 24 de abril de 2019, que instituiu a chamada Empresa Simples de Crédito, com o objetivo de oferecer empréstimo, de financiamento e desconto de títulos de crédito, exclusivamente com recursos próprios, tendo como contrapartes microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte. A finalidade dessa nova figura é viabilizar crédito a outras pessoas jurídicas do mesmo município ou da mesma região sem a regulação direta do Banco Central, facilitando o ajuste que antes dependia dos bancos comerciais. Na mesma lei, criou-se o Inova Simples, regime jurídico simplificado que concede às iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo (*startups*) tratamento diferenciado, visando o estímulo à inovação tecnológica e a geração de emprego e renda, com inegáveis reflexos também no setor das *fintech* (BRASIL, 2019).

De qualquer maneira, é fato que o Brasil vivenciou e ainda vive grande concentração no sistema financeiro, ficando os cinco maiores bancos com 81,2% dos ativos totais do segmento bancário comercial, 84,8% das operações de crédito no segmento e 83,8% do total de depósitos. Essa concentração, contudo, vem diminuindo nos últimos anos, muito em razão das *startups* intensivas no uso de tecnologia financeira (*fintech*), com o surgimento de 6 bancos digitais e 332 novas empresas operando no setor, ainda que nem todas sob a regulação do BCB e com alguma aceleração no investimento direto e em aquisições dessas *startups* por bancos. Outro fator de arejamento no setor é o crescimento da participação das cooperativas no mercado de crédito nos últimos anos, especialmente no segmento de pessoa jurídica, onde a participação das cooperativas no Brasil passou de menos de 1% em 2005 para mais de 8% em 2017. Em termos gerais, pode-se afirmar que a concorrência no setor bancário tem aumentado e tendo a crescer no futuro em razão da intensiva adoção de novas tecnologias, com repercussões: no aumento da contestabilidade<sup>6</sup> e respectiva redução de custos e maior eficiência; ingresso de novos concorrentes que conseguem oferecer, momentaneamente, vantagens competitivas em relação às empresas já estabelecidas; a desmaterialização dos relacionamentos reduz custos marginais de operação; a desagregação de serviços financeiros (*unbundling*) permite separar a prestação de muitos serviços financeiros das atividades bancárias mais tradicionais, como o recebimento de depósitos; nessa nova dinâmica estrutural, surgem oportunidades de ganho com outras fontes de rentabilidade (*rebundling*) (BCB, 2017).

Importante observar que regulação de novas tecnologias, mormente as disruptivas como é o caso das *fintech* e a própria desmaterialização do dinheiro, segue uma lógica baseada no dilema de *Collingridge* sobre a extensão e o momento dessa regulação. Acerca da extensão da regulação, deve-se analisar quais valores pretende-se tutelar a partir das premissas constitucionais de um Estado Democrático de Direito possibilitando, basicamente, duas posições: uma cautelosa, limitando-se a garantir segurança e liberdades e outra mais ativa, atingindo amplo espectro de interesses (BAPTISTA; KELLER, 2016, p. 144-145). Sobre o momento adequado da regulação, o dilema consiste em:

diante das opções por uma intervenção mais espontânea (quando ainda não há informação suficiente sobre aquela tecnologia) ou por agir em um estágio mais tardio, quando a tecnologia já está mais arraigada, estável e, possivelmente, menos propícia à intervenção externa. (MOSES, 2013, p. 7, apud BAPTISTA; KELLER, 2016, p. 146).

Nesse contexto, oportuna a clareza de entendimento do órgão regulador brasileiro sobre o assunto, evidenciando que não se pode mensurar ou conhecer, ao certo, os ganhos e riscos associados ao fenômeno *fintech*, pelo menos enquanto as inovações decorrentes do modelo não

---

6 Mercado é mais contestável quanto são menores as barreiras para entrada e saídas de competidores, ou seja, existe sempre uma competição potencial

estejam assimiladas na rotina econômico-financeira da sociedade. Mais importante, entretanto, é o posicionamento transparente, colaborativo e rápido da autoridade reguladora e supervisora na busca do necessário equilíbrio do mercado (BCB, 2017).

## 5 Desmaterialização do dinheiro

A Estônia, pequeno país báltico, com 1,3 milhão de habitantes e 45 mil quilômetros quadrados de extensão que integra a União Europeia desde 2004, tem uma gestão governamental praticamente digitalizada, no chamado *e-governance*, onde 99% dos serviços públicos estão disponíveis *on-line* 24 horas por dia, sete dias por semana. Também nos negócios e finanças a Estônia adotou modernas soluções eletrônicas que facilitam e agilizam a vida dos empresários e da população, partindo do pressuposto de que “onde os negócios são fáceis, os negócios vão crescer”, sendo hoje um dos países com a maioria das *startups* lançadas *per capita* do que em qualquer outro lugar na Europa. Os bancos participaram ativamente na busca de soluções tecnológicas sendo que, atualmente, mais de 99% de todas as transações bancárias no país são realizadas *on-line* (ESTÔNIA, 2019).

Outros países vêm, igualmente, substituindo o dinheiro em espécie pelo dinheiro eletrônico. Segundo Cláudia Wallin (2016), a Suécia pretende eliminar totalmente o papel-moeda até 2030 sendo que, atualmente, as transações em dinheiro representam apenas 2% do valor de todos os pagamentos realizados; comparativamente, nos Estados Unidos, cerca de 47% dos pagamentos ainda são feitos em dinheiro. Novas tecnologias foram desenvolvidas, possibilitando pagamentos e transferência imediata de valores pelo celular por meio de aplicativos. Para os defensores dos novos métodos de pagamento, além da facilidade, a segurança foi positivamente impactada, com grande diminuição dos roubos a banco, por exemplo. Para os críticos da nova realidade, o aumento das transações digitais também representa o crescimento potencial de fraudes e riscos de segurança bancária, além do fato de que idosos e outros segmentos da sociedade têm acesso limitado a opções de pagamento eletrônico.

Importante regulamentação do setor financeiro, com repercussões na circulação do papel-moeda, surge na União Europeia com a *Payment Services Directive 2* (PSD2),<sup>7</sup> uma diretiva que fomenta a criação de um mercado único de serviços de pagamento na Europa. A nova norma provoca uma verdadeira revolução no sistema de pagamentos, com a perda do monopólio do acesso às contas dos clientes pelos bancos, possibilitando que outros agentes ingressem nesse mercado. Em suma, outros prestadores de serviços autorizados podem passar a realizar operações e ações sobre as contas dos clientes interessados, através de aplicativos – é o chamado *open banking*.

No Brasil, a eventual restrição à circulação do papel-moeda e mesmo a total desmaterialização do dinheiro passam, antes de tudo, pela análise da implementação de políticas de tecnologia da informação e comunicação. Dados do IBGE (2017) apontam uma significativa melhora, por exemplo, no acesso à internet: o número de domicílios com acesso à *web* subiu para 75% em 2017 contra 69% em 2016; em 2017, o país tinha 126,4 milhões de usuários de internet, o que representava 69,8% da população com 10 anos ou mais enquanto, em 2016, os internautas somavam 116,1 milhões, 64,7% da população; mesmo os idosos, grupo mais sensível às inovações, saltou de 24,7% de internautas em 2016 para 31,1% em 2017; o celular, em qualquer circunstância, continua sendo o principal dispositivo para usar a internet, responsável por 98% dos acessos. De um modo geral,

---

7 DIRETIVA (UE) 2015/2366 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 25 de novembro de 2015, relativa aos serviços de pagamento no mercado interno. Jornal Oficial da União Europeia, L 337, 23 de dezembro de 2015. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2015.337.01.0035.01.POR&toc=OJ:L:2015:337:TOC](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.337.01.0035.01.POR&toc=OJ:L:2015:337:TOC). Acesso em: 12 jul 2019.

contudo, no mesmo ano de 2017 o Brasil ocupava apenas o 66º lugar na lista dos países com melhor taxa de Desenvolvimento de Tecnologia da Informação e Comunicação, em relatório elaborado pela União Internacional das Telecomunicações (UIT, 2017).

Nesse contexto, a utilização dos meios digitais de pagamento no Brasil (BCB, 2018, p. 13-21) tem avançado nos últimos anos. Mas daí a pensar na simples eliminação do dinheiro físico em nossas rotinas vai uma grande distância. Isso porque o papel-moeda ainda é o principal meio de pagamentos no Brasil, respondendo por 52% do total de pagamentos, ainda que se verifique uma diminuição de 5% na sua utilização em relação a 2013. Ainda, o tradicional boleto é meio popular de pagamento, principalmente para compras na internet, seja por não exigir que o consumidor possua um cartão de crédito ou conta bancária, seja pela segurança buscada por algumas pessoas nos pagamentos *offline* ou em dinheiro. O cheque, por sua vez, corresponde a apenas 1% do volume de pagamentos realizados no Brasil, uma diminuição de 2% em relação a 2013. Os cartões de crédito e débito, ainda que tenham avançado nos últimos anos, juntos respondem apenas por 46% dos pagamentos realizados. Na análise do grau de inclusão financeira da população brasileira, importante observar que 86,5% das pessoas acima de 15 anos possuem conta bancária. Por sua vez, as transações por meio de canais não presenciais (*home e office banking, call centers, smartphones* e PDAs) registraram expansão significativa – de 20%, de 2015 a 2016, e de 21%, de 2016 a 2017 – e representam 66% do total das transações realizadas (remotas e presenciais). Não se deve minimizar, contudo, a importância atual dos canais físicos de atendimento, uma vez que são responsáveis por grande parte dessas operações com destaque para os correspondentes bancários (28%), que perdem apenas para as transações em internet banking (36%) e ficam acima das efetuadas por meio de celular (14%). Contudo, a própria autoridade financeira brasileira vislumbra a natural evolução dos serviços bancários para o meio digital e, nesse cenário:

os pagamentos instantâneos têm o potencial de se tornarem o “novo normal” em opções de pagamento eletrônico no médio prazo e o substituto mais próximo do dinheiro em espécie. Para criar um ecossistema de pagamentos instantâneos eficiente, competitivo, seguro e inclusivo, o BCB está assumindo o papel de líder e de catalisador desse processo. (BCB, 2018, p. 59)

Diante da complexidade da mudança e inúmeras variáveis que não podem ser desconsideradas, as restrições à circulação do dinheiro devem seguir, basicamente, três princípios orientadores, segundo Rogoff (2016, p. 92-93): em primeiro lugar, busca-se dificultar a realização de transações financeiras de modo anônimo, sem vestígios, que ocorrem repetidamente e em grande escala, reduzindo no atacado o uso de dinheiro em grandes quantidades para atividades ilícitas; um segundo objetivo seria a implantação lenta e gradual das restrições ao dinheiro, ao longo de pelo menos 10 a 15 anos, de modo que sejam evitadas perturbações excessivas tanto às instituições quanto aos usuários, uma vez que poderiam adaptar-se nesse período; um terceiro ponto é que seria essencial que os indivíduos pobres e sem acesso a contas de débito básicas gratuitas (ou o equivalente futuro), e possivelmente também smartphones básicos, sejam contemplados com acesso a esses meios de pagamento como vários países já tem feito. Os custos dessa mudança seriam suportados, idealmente, pelo próprio governo, embora também possam ser impostos aos bancos que, naturalmente, acabarão por repassá-los aos clientes. De qualquer maneira, esses custos seriam pequenos em comparação aos potenciais outros benefícios que são esperados.

Há que se observar programas sociais existentes no Brasil como o Bolsa Família, voltado a famílias extremamente pobres (renda per capita mensal de até R\$85) e pobres (renda per capita mensal entre R\$85,01 e R\$170), que recebem o dinheiro mensalmente e, em contrapartida, cumprem compromissos nas áreas de saúde e educação. O pagamento das 14.134.323 famílias (dados

de abril/2019), cerca de 50 milhões de pessoas cadastradas no programa,<sup>8</sup> ocorre por meio da Caixa Econômica Federal, que disponibiliza aos beneficiários, por exemplo, a chamada conta poupança “Caixa Fácil”, uma conta simplificada que pode ser aberta em lotéricas e correspondentes bancários com limite de saldo e movimentação mensal de R\$3.000,00, disponibilizando ao usuário um cartão magnético que possibilita compras, depósitos, saldos e transferências, sem qualquer custo de manutenção da conta.<sup>9</sup>

Outra informação importante na análise da regulação do papel-moeda diz respeito aos custos e cogência relacionados aos meios de pagamento eletrônicos. Cumpre ressaltar que nenhum comerciante é obrigado, atualmente, a disponibilizar máquinas de pagamentos digitais no Brasil – trata-se de um arranjo de pagamento que, obviamente, facilita recebimentos e melhora a experiência de compra impondo, contudo, taxas aos lojistas que variam de 1,5% a 5% (ou mais) do valor de cada transação, além de eventual prazo para recebimento dos valores e mensalidade de aluguel da maquininha.<sup>10</sup>

## Conclusão

A restrição estatal ao uso do dinheiro em espécie e mesmo a sua completa abolição, passam por diversas intervenções necessárias de modo a preparar a população e demais *stakeholders* (comerciantes, sistema bancário, rede de infraestrutura de telefonia móvel e internet, dentre outros) para a nova realidade pretendida. É preciso levar em consideração, por exemplo, que o uso de internet e a posse de celular não são homogêneos no país; ainda, que as taxas relacionadas à desmaterialização da moeda não são atrativas a muitos comerciantes que, simplesmente, renegam o uso de equipamentos eletrônicos de pagamento. Há que se verificar, ainda, o real interesse do próprio Estado na substituição do dinheiro em espécie pela moeda eletrônica e de eventuais resistências dos bancos, considerando suas taxas e lucros atuais em comparação com uma projeção na nova sistemática eletrônica.

Uma medida importante que parece necessária para a desmaterialização do dinheiro no Brasil é a disponibilização mais abrangente de internet, mormente nos municípios menores e mais isolados dos grandes centros, possibilitando a utilização dos meios eletrônicos de pagamento independentemente da existência de agências bancárias e pontos físicos de atendimento. Nestes termos, ganha relevo o programa “Internet para Todos”, instituído em 2018 pelo governo federal com o objetivo de oferecer o serviço de internet a preços reduzidos a escolas, hospitais, postos de saúde, aldeias indígenas, postos de fronteira e quilombos, em áreas remotas que não têm outro meio de serem inseridas no mundo das tecnologias da informação e comunicação nas mais de 30.000 localidades sem a conexão ou com prestação inadequada de serviço de acesso à internet.<sup>11</sup> Outra preocupação diante dos fins pretendidos deve relacionar-se aos meios de acesso à internet que, prioritariamente, já ocorre por *smartphone*, cabendo ao governo a democratização desse acesso às pessoas de menor poder aquisitivo, seja pela simples doação, seja pela oferta de crédito mais atraente, tendo com parâmetros adequados, parece-nos, os próprios beneficiários dos programas assistenciais já existentes. Ainda, cabe ao governo a adoção de medidas regulatórias de estímulo à competição no setor de arranjos de pagamentos, criando um ambiente atrativo para comerciantes

---

8 Dados do governo federal, por meio do Ministério da Cidadania. Disponível em: <http://mds.gov.br/area-de-imprensa/noticias/2019/abril/bolsa-familia-repassa-r-2-6-bilhoes-a-beneficiarios-em-abril>. Acesso em: 20 jul 2019.

9 Caixa Econômica Federal. Disponível em: <http://www.caixa.gov.br/programas-sociais/bolsa-familia/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 20 jul 2019.

10 Taxas de acordo com Cielo, maiores empresas de máquinas de cartões e soluções de pagamento da América Latina. Disponível em: <https://www.cielo.com.br/maquininhas-de-cartao/>.

11 Programa “Internet para Todos”. Disponível em: [http://internetparatodos.mctic.gov.br/portal\\_ipt/opencms](http://internetparatodos.mctic.gov.br/portal_ipt/opencms). Acesso em: 20 jul 2019.

adotarem máquinas de recebimento eletrônico e melhores vantagens competitivas a todos os interessados como estímulo à ampla utilização da moeda eletrônica.

De qualquer maneira, tudo indica que o Brasil caminha, inexorável e inevitavelmente, para a desmaterialização do dinheiro, como nos parece tendência em todo o mundo num futuro próximo. Buscou-se, no presente artigo, explorar pontos positivos e negativos dessa tendência, bem como as possibilidades reais de sua implantação considerando o panorama atual e configurações projetadas para o futuro do país. De qualquer maneira, deve-se enfatizar que a discussão acerca do emprego das novas tecnologias e seus reflexos sociais são indispensáveis para que a própria sociedade compreenda o alcance e as consequências de cada inovação, podendo decidir de modo consciente e transparente sobre sua utilização, sempre observando o necessário equilíbrio entre inovação tecnológica e direitos fundamentais.

## Referências

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (orgs.) **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 9-23.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66659>. Acesso em: 12 jul 2019.

BCB. **Banco Central do Brasil**, 2019. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/>. Acesso em: 10 jul 2019.

BCB. **Relatório de Cidadania Financeira**. Brasília: Banco Central do Brasil, 2018. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/nor/relicidfin/docs/Relatorio\\_Cidadania\\_Financeira.pdf](https://www.bcb.gov.br/nor/relicidfin/docs/Relatorio_Cidadania_Financeira.pdf). Acesso em: 10 jun 2019.

BCB. **Relatório de Economia Bancária**. Brasília: Banco Central do Brasil, 2017. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pec/depep/spread/reb2018/REB\\_2017\\_ed\\_12\\_jun\\_18.pdf](https://www.bcb.gov.br/pec/depep/spread/reb2018/REB_2017_ed_12_jun_18.pdf). Acesso em: 12 jul 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 167, de 24 de abril de 2019**. Dispõe sobre a Empresa Simples de Crédito (ESC) (...) e institui o Inova Simples. Brasília, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp167.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp167.htm). Acesso em: 12 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4595, de 31 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm). Acesso em: 12 jul. 2019.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2017.

ESTÔNIA. **We have built a digital society and so can you**. Talín, 2019. Disponível em: <https://e-estonia.com/>. Acesso em: 01 maio 2019.

FERRER, Walkiria Martinez Heinrich; ROSSIGNOLI, Marisa. Constituição Federal e direitos sociais: uma análise econômica e social do atual Estado brasileiro. **Revista Argumentum**, Marília, v. 19, n. 1, p. 27-50, jan-abr 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/557>. Acesso em: 10 jun. 2019.

- FILHO, Calixto Salomão. **Regulação da atividade econômica**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FRIEDMAN, Milton. **Money mischief: episodes in monetary history**. Nova York: Harcourt Brace Jovanovich, 1992.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html>. Acesso em: 5 jul 2019.
- MIES, Jean Christian. **Carteiras digitais: o próximo passo da mobilidade**. Ecommerce Brasil, 2019. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/carteiras-digitais/>. Acesso em: 01 abr 2019.
- MOSES, Lyria Bennett. How to think about law, regulation and technology: problems with “technology” as a regulatory target law. **Innovation and Technology**, p. 1-20, 2013. Big Data Analytics: Employ the most effective big data technology. IBM, Armonk, 2018. Disponível em <https://www.ibm.com/analytics/hadoop/big-data-analytics>. Acesso em 11 abr 2018.
- ONU. **Corrupção movimenta trilhões de dólares e prejudica desenvolvimento global, diz Guterres**. Genebra, 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/corruptcao-movimenta-trilhoes-de-dolares-e-prejudica-desenvolvimento-global-diz-guterres/>. Acesso em: 1 jul 2019.
- ROGOFF, Kenneth S. **The curse of cash**. Princeton: Princeton University Press, 2016.
- SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.
- SILVA, Adroaldo Moura. Keynes e a teoria geral (apresentação). In: KEYNES, John Mainard. **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- STACE, Kiran; BINHAM, Caroline. Autoridades regulatórias ampliam cerco à moeda virtual do Facebook. **Financial Times**, Washington/Londres, 26 jun. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/06/autoridades-regulatorias-ampliam-cerco-a-moeda-virtual-do-facebook.shtml>. Acesso em: 9 jul. 2019.
- TRIGUEIROS, F. dos Santos. **Dinheiro no Brasil**. Rio de Janeiro: Escola de Museologia da UNIRIO, 2008.
- UIT. **Medindo a sociedade da informação**. Genebra, 2017. Disponível em: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/publications/mis2017.aspx>. Acesso em: 10 jul 2019.
- ULRICH, Fernando. **Bitcoin - a moeda na era digital**. São Paulo: Mises Brasil, 2014.
- WALLIN, Claudia. Dinheiro pode sair de circulação na Suécia até 2030. **BBC**, Estocolmo, 2016. Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160411\\_sociedade\\_sem\\_dinheiro\\_cw\\_rb](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160411_sociedade_sem_dinheiro_cw_rb) Acesso em: 10 jul 2019.
- WEATHERFORD, Jack. **A História do Dinheiro**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

# ***Blockchain* e Banco Central – Um Contraponto da Tecnologia**

Henrique Perlatto Moura\*

Márcio Luís de Oliveira\*\*

*Introdução. 1 Moeda e Bitcoin, uma coexistência possível? Inter-relação econômico-político-jurídica. 1.1 Sistema jurídico – Uma imunologia precoce. 2 Banco Central – Benefícios cognitivos para o sistema da economia. Conclusão. Referências.*

## **Resumo**

Frente ao desenvolvimento da tecnologia criptográfica – especificamente a *blockchain* –, os sistemas sociais foram submetidos a uma dupla possibilidade: enfrentar as novas tecnologias que ameaçam a hegemonia da tradição e/ou incorporar as características inovadoras em suas estruturas. O presente trabalho aborda as duas vertentes, que se mostram como formas complementares de lidar com a crescente complexidade proporcionada pelo aumento das comunicações sociais. Se, por um lado, os sistemas econômico, jurídico e político dificultam o desenvolvimento de um subsistema de pagamentos das criptomoedas, por outro, as instituições financeiras se beneficiam da tecnologia desenvolvida, modernizando suas estruturas de forma a se manterem aptas ao exercício da função de intermediação da rede de pagamentos da sociedade. A metodologia empregada buscou explicitar o contexto não só da criação, mas também da operatividade da *Bitcoin* em linhas gerais, explicitando as vantagens da tecnologia *blockchain*. Na sequência, foi utilizada a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann para tecer observações acerca de como os sistemas sociais percebem as criptomoedas – lastreado majoritariamente pela *Bitcoin*. Por fim, visa-se apreender qual foi o ganho cognitivo do sistema da economia pela incorporação da tecnologia pelo Banco Central do Brasil em dois projetos: o Salt (Sistema Alternativo de Liquidação de Transferências) e o “colaboração e troca de informações institucionais”. Restou observado que o primeiro projeto apresentou dificuldades de implementação que ainda não foram superados. O segundo, por outro lado, pode trazer maior segurança e integridade para as informações trocadas entre instituições, abrindo portas de comunicação que outrora não eram possíveis ou muito custosas.

**Palavras-chave:** *Blockchain*. Banco Central. Teoria dos Sistemas Sociais. *Bitcoin*. Brasil. Criptomoeda.

---

\* Mestrado em Direito pela Faculdade Milton Campos, especialista em Direito Tributário pelo Instituto Elpidio Donizetti, advogado.

\*\* Doutorado e mestrado em Direito (UFMG); aperfeiçoamento em Direito Internacional Público e Privado (Países Baixos/Holanda); professor adjunto de Direito Constitucional do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFMG; professor adjunto do Doutorado e do Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara; professor adjunto do Mestrado da Faculdade Milton Campos; professor visitante na Universidad Complutense de Madrid, Espanha; professor colaborador na The Hague University of Applied Sciences, Países Baixos (Holanda); consultor-geral da Consultoria Técnico-Legislativa do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais.

## *Blockchain and Central Bank – A counterpoint of the technology*

### *Abstract*

*Facing the development of high end cryptography - especially blockchain - the social systems were subjected to a double possibility: confront the new technologies that threaten the hegemony of tradition and/or incorporate the groundbreaking characteristics in their structure. This work aims to focus on both approaches that appear as complementary forms to deal with the growing complexity that aroused from the increasing connectivity of communication. On one hand the economical-political-judicial systems obstruct the operation of a subsystem of payments in the cryptocurrency market, on other the financial institutions enhance their structures to keep updated in their function as intermediaries of the network of pays in society. The methodology used was a descriptive analysis of the creation and operation of the Bitcoin network, in order to evidenciate the advantages of the blockchain technology. In sequence, the description of how the cryptocurrencies were perceived by the social systems were made using the work of Niklas Luhmann - with especial focus on Bitcoin. Lastly, the aim was to observe what was the cognitive gain to the economic system with the incorporation of the technology by Brazil's Central Bank, embodied in two projects: SALT (Alternative system of Liquidation of Transferences) and Collaboration and exchange of institucional informations. The first project faced difficulties that are yet unsolved. The second, on other hand, can achieve a higher security and integrity for the exchange of informations between institutions, opening communication doors that were not possible or too costly before.*

**Keywords:** *Blockchain. Central Bank. Social Systems Theory. Bitcoin. Brazil. Cryptocurrency.*

### **Introdução**

O desenvolvimento tecnológico, nos últimos dez anos, causou uma disrupção tanto no âmbito social, com o advento dos *smartphones*, como no institucional, resultante do desenvolvimento de tecnologias mais avançadas no tocante à produção e processamento de dados. A informação nunca foi tão acessível, enquanto sua organização e processamento tenha se tornado altamente complexa; muito embora os sistemas bancários tenham permanecido enrijecidos, operando de forma lenta e custosa. Uma transação bancária internacional costuma levar vários dias para ser concluída em um mundo em que uma mensagem enviada por e-mail demora segundos para alcançar seus destinatários.<sup>1</sup>

Diante desse panorama arcaico, em 2008 foi criada a tecnologia *blockchain*, possibilitando o sistema de pagamentos denominado *Bitcoin*. A vantagem aquisitiva do modelo frente à prática bancária tradicional se dá em decorrência da ausência de intermediários (operações *peer to peer*), resultando em uma rede descentralizada, anônima, rápida e barata. A resistência apresentada

---

<sup>1</sup> Elucidando as inovações proporcionadas pela *blockchain* no tocante às diferenças referentes ao modelo tradicional de transações internacionais de ativos, TAPSCOTT (2016), em seu *TedTalk* denominado *How the blockchain is changing money and business*, descreve os principais motivos pelos quais o modelo tradicional não mais atende às necessidades dos consumidores, considerando a existência de uma forma melhor – incorporada atualmente pelas instituições tradicionais em seus modelos de negócio. Pode ser evidenciada pela transcrição da apresentação nos seguintes termos: “*To begin, they're centralized. That means they can be hacked, and increasingly are – JP Morgan, the US Federal Government, LinkedIn, Home Depot and others found that out the hard way. They exclude billions of people from the global economy, for example, people who don't have enough money to have a bank account. They slow things down. It can take a second for an email to go around the world, but it can take days or weeks for money to move through the banking system across a city. And they take a big piece of the action -- 10 to 20 percent just to send money to another country. They capture our data, and that means we can't monetize it or use it to better manage our lives. Our privacy is being undermined. And the biggest problem is that overall, they've appropriated the largesse of the digital age asymmetrically: we have wealth creation, but we have growing social inequality.*” (TAPSCOTT, 2016) [grifo nosso]

em um primeiro momento deu espaço a uma importante incorporação para o sistema financeiro tradicional, beneficiando a estrutura e mantendo a centralidade.

O embate jurídico regulatório encontra-se ainda obscurecido sobre a possível abrangência da tecnologia, sendo uma forte tendência a restrição de seu uso como moeda, mantendo assim a hegemonia do controle estatal. Essa nébula se dá em razão do Projeto de Lei 2.303/2015 ainda não ter sido aprovado pelas vias legislativas e pela aparente solidificação de uma jurisprudência desfavorável às corretoras de criptoativos em benefício das instituições financeiras tradicionais.

O contraposto em uma contextualização sobre o estado da arte da regulação dos criptoativos pelos tribunais, demonstrando uma forte resistência do sistema da economia, está na utilização, inclusive pelo Banco Central do Brasil (BCB), de programas baseados em *blockchain* pelo sistema financeiro tradicional. Assim, a presente proposta é apresentar um panorama sistêmico das intercomunicações econômico, político e jurídicas, objetivando responder à seguinte pergunta: qual foi o ganho aquisitivo do sistema da economia com a incorporação da *blockchain*? Mais especificamente, como se manifesta essa ocorrência no BCB? Para responder às perguntas, apresentaremos o que a *bitcoin* representa dentro da perspectiva da teoria dos sistemas sociais (LUHMANN 2016a; 2016b; 2017),<sup>2</sup> sendo descritos os aspectos gerais da tecnologia que sustenta essa rede. Aplicamos as vantagens da *blockchain* para os criptoativos dentro do funcionamento operacional do BCB. Com isso, visamos mostrar a vantagem sistêmica da utilização do *blockchain* na organização dos dados financeiros, gerando não só uma economia financeira, mas também um aumento de eficiência no processamento comunicacional de pagamentos.<sup>3</sup>

## 1 Moeda e *bitcoin*, uma coexistência possível? Inter-relação econômico-político-jurídica

A criação do instrumento de pagamentos *Bitcoin* se consumou em 2009 com a compra de uma pizza por 10.000 BTC –<sup>4</sup> uma comparação elucidativa sobre sua escalabilidade em dez anos. A tecnologia fora idealizada em 2008, quando do auge de crise dos *subprimes*, Satoshi Nakamoto (2008) publicou um *paper* que soluciona o problema que outrora havia com as moedas digitais: o duplo gasto.<sup>5</sup> A solução criptográfica permitiu a criação de uma rede *peer-peer*,<sup>6</sup> sendo realizadas transações sem a presença de um intermediário de forma mais segura, menos custosa e mais ágil que a realizada pelo sistema financeiro tradicional.

2 A construção do modelo de análise perpassa três principais obras de Luhmann que enfocam aspectos diversos, mas interrelacionados no presente trabalho: O direito da sociedade (LUHMANN, 2016b), a sociedade da sociedade (LUHMANN, 2016a) e a economia da sociedade (LUHMANN, 2017). Toda construção referente aos sistemas sociais terá como base essas principais obras.

3 “Como todos los sistemas sociales, también las sociedades en las que se ejerce la actividad económica, o los sistemas económicos diferenciados, deben ser comprendidos como sistemas que determinan y atribuyen acciones gracias a la comunicación.(...) La diferenciación de un sistema funcional especial para la comunicación económica se pone en movimiento por el medio de comunicación dinero. El medio realiza esto en tanto sistematiza un tipo específico de acciones comunicativas, a saber, los pagos.” (LUHMANN, 2017. p. 82)

4 Um fato digno de nota é a primeira transação com BTCs, no importe de 10.000 unidades do ativo, para comprar uma pizza. Mais sobre o fato em ULRICH (2014, p.48).

5 A lógica do duplo gasto reside no problema de envio de uma cópia de um arquivo, criando uma redundância informacional no sistema, visto que duas pessoas seriam titulares de um mesmo dado ao mesmo tempo. Esse problema inviabilizou modelos monetários de moedas virtuais anteriores ao *blockchain*. Don Tapscott, na transcrição da apresentação de seu TedTalk, informa que: “when it comes to assets - things like money, financial assets like stocks and bonds, loyalty points, intellectual property, music, art, a vote, carbon credit and other assets - sending you a copy is a really bad idea. If I send you 100 dollars, it's really important that I don't still have the money - and that I can't send it to you. This has been called the “double-spend” problem by cryptographers for a long time. So today, we rely entirely on big intermediaries -- middlemen like banks, government, big social media companies, credit card companies and so on -- to establish trust in our economy. And these intermediaries perform all the business and transaction logic of every kind of commerce, from authentication, identification of people, through to clearing, settling and record keeping”. (TAPSCOTT, 2016)

6 *Blockchain* pode ser compreendido como uma rede descentralizada de terminais eletrônicos, na grande maioria computadores, distribuídos ao redor do mundo e interligados pela internet. É assim uma rede peer to peer, em que cada usuário de forma voluntária disponibiliza seu dispositivo em prol dessa **malha descentralizada de dispositivos**. Cada dispositivo representa, portanto, a imagem de um nó ou um ponto de intersecção da rede”. (TAMER, 2018. p.112) [grifo do autor]

Foram rapidamente evidenciados os benefícios da tecnologia que permitiu o desenvolvimento de uma rede de pagamentos que deixa obsoleta as estruturas sistêmicas da economia. Milhares de novas criptomoedas foram criadas, e cada uma canaliza informações de uma forma específica. Um aspecto inovador e relevante foi a elaboração de um mecanismo responsável pela emissão de novas unidades de BTC – a mineração.<sup>7</sup> Empregando capacidade computacional para resolver problemas matemáticos de alta complexidade, os mineiros são recompensados com unidades de informação que terão um valor atribuído pelos próprios usuários. Esse é o núcleo da *blockchain*: a descentralização da gestão de informação permite maior integridade dos dados veiculados na rede e, assim sendo, transações mais transparentes, céleres e baratas.

A ulterior associação que ficou internacionalmente conhecida foi relativa às criptomoedas e o tráfico internacional de drogas, visto que as transações na *blockchain* não são facilmente rastreáveis, especialmente nos primeiros anos posteriores à criação da tecnologia. Isso levou a uma queda do valor de mercado em 2013, tendo ressurgido no ano de 2017 e mantido, em alguma medida, uma média alta de valorização, especialmente frente aos montantes anteriores referênciados, como pode ser evidenciado no gráfico da plataforma *TradingView* (2019).

Ressaltam-se, portanto, algumas características essenciais que serão centrais nas vantagens aquisitivas do sistema da economia. Realizando uma contraposição das criptomoedas frente às moedas nacionais, são quatro aspectos relevantes para que seja atestada a superioridade de um subsistema de pagamentos em *blockchain*: (i) Descentralização; (ii) Ausência de controle central; (iii) Transparência; (iv) Segurança (MOURA, 2019. p.27).

A rede é descentralizada em decorrência da fragmentação do poder de processamento possibilitado pelos mineradores, protegendo o sistema contra intervenções e ataques ao servidor responsável pelas informações, uma vez que todos os mineiros são responsáveis pela integridade da rede.

A ausência de controle central se manifesta pela desvinculação direta a qualquer órgão centralizador de controle – inclusive o BCB –,<sup>8</sup> o que possibilita que o protocolo seja executado sem que as autoridades nacionais do mundo possam intervir. As deliberações do sistema são tomadas de forma democrática por um sistema de votos na própria *blockchain*.<sup>9</sup>

7 A título elucidativo, a explicação de TAMER (2018) sobre como são criadas novas unidades fornece a síntese necessária para um leitor desconhecedor da temática. “Mas como são criadas essas unidades? Como dito acima, o *blockchain* se desenvolve de uma cadeia de blocos cuja informação do último e novo bloco é consolidada e validada a partir de todos os dados de todos os blocos ou elos anteriores. Assim, basicamente e dentro do que parece pertinente nesse espaço, a cada criação de novo elo, com a validação tecnológica das informações da cadeia, vão surgindo as novas unidades de criptomoedas. Essa atividade de raciocínio informático que permite reconhecer as unidades de criptomoedas. Essa atividade de raciocínio informático que permite reconhecer as unidades de criptomoedas já existentes na rede e, a partir dessas, a criação de novas unidades dentro do limite esperado e previamente programado no início da cadeia de blocos é conhecida como **mineração**. Também nesse processo, são validadas as transações das unidades de criptomoedas já existentes, pelo processamento matemático profundamente complexo. Uma **mercadoria** em si considerada. Não há, portanto, uma autoridade central que controle a emissão, a transferência e validação das unidades (o que é uma das principais diferenças desse sistema para o sistema bancário tradicional)” (TAMER, 2018. p. 115) [grifo do autor].

8 Os bancos centrais ocupam, na teoria dos sistemas sociais, o centro do sistema da economia. O controle realizado não é no sentido de controlar as instabilidades, mas sim de reagir a elas. Nesse sentido, “Esto no quiere decir que desde aquí se puedan controlar las fluctuaciones del mercado del dinero - las que hoy pueden alcanzar cientos de miles de millones de dólares diariamente -, pero al menos es posible estimular o desestimular el mercado por medio de eventos de intervención, sin por ello estar excesivamente limitado por consideraciones referidas a los resultados de los negocios propios” (LUHMANN, 2017. p.201). Ademais, no tocante aos programas próprios, Stratz (2018) esclarece sobre o grau de independência política do Banco Central Brasileiro, no seguinte sentido: “é inegável que o BCB conta com expressiva carga de autonomia, em que pese ainda não alcançar os níveis desejáveis de blindagem contra ingerências de natureza política, tais quais os ostentados pelo Banco Central estadunidense, o Federal Reserve (FED), cuja independência é deveras acentuada” (Stratz, 2018. p. 12).

9 Não é objeto do presente artigo analisar os impactos da tecnologia *blockchain* na democracia, mas essa característica vem sendo utilizada em sistemas que visam viabilizar uma democracia direta por uso da tecnologia. O tema, em razão de sua abrangência, permitiria um trabalho independente sobre. Para mais, conferir OSGOOD (2016), que explica os benefícios do uso da tecnologia para a democracia. A conclusão do autor caminha no seguinte sentido: “The benefits of blockchain voting are so plentiful that blockchain voting will inevitably become more and more common throughout the world. To accelerate that process, political parties in different countries must continue to push for wider adoption of the technology and make it clear that this is not in the interest of any one party but of the democratic government as a whole. Additionally, general wider adoption of blockchain technology in various industries will make the technology more well-known and increase the chances of such system being used throughout the world. Finally and most importantly, governments must be willing to improve the democratic process in their respective countries and put the people’s will first as a democracy is only as strong as the ability of its people’s voice to be heard” (OSGOOD, 2016. p. 17).

A rede é transparente por ser um *public ledger*, ou seja, um registro público de informações disponível em tempo real para todos os interessados. As transações são identificadas com uma sequência alfanumérica que representa a carteira do cliente. Essa sequência é alterada frequentemente, o que torna difícil que seja rastreada uma transação na rede, mas não impossível.

A segurança se sustenta em decorrência do modelo criptográfico de ponta, que não requer a presença de intermediários para consolidar transações e que opera validando operações sem que seja exposto o conteúdo do que fora transacionado. Essas características serão rememoradas no ponto 4, para que se possam aferir os ganhos cognitivos do sistema da economia com a incorporação da tecnologia *blockchain*.

A contraposição do modelo de moedas nacionais e criptomoedas, apresentado em linhas gerais, conduz à conclusão reforçada por MOURA (2019) de que nada impede o funcionamento concomitante de ambos subsistemas de pagamentos – ou mesmo que o sistema financeiro tradicional possa evoluir pela assimilação da tecnologia *blockchain* em seus ativos, o que já vem ocorrendo, como no caso da união Banrisul, BB, Caixa, Sicoob e Santander em projetos de incorporação de *blockchain* nos sistemas de pagamentos bancários e troca de informações (ROSA, 2018).<sup>10</sup>

O que são as criptomoedas? Essa análise pode ser lastreada no modelo analítico descritivo luhmanniano, e em vários recortes, especialmente três que se reputam como principais da questão posta ao BCB: o da economia, o da política e o do direito.

Nessa perspectiva de marco teórico, torna-se necessário, de início, que se esclareça:

Há muitas teorias que buscam definir a sociedade, em diversas áreas do conhecimento. E qualquer opção por uma delas revela-se insatisfatória. Porém, para efeitos deste trabalho, adota-se uma compreensão de sociedade fundada na Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann, para quem a sociedade desvela-se como plexo comunicacional, ou seja, uma rede de comunicações complexas, plurais, dinâmicas e intergeracionais que atribuem sentido em diversas dimensões constitutivas da sociabilidade, como o senso de religiosidade, de moralidade, de eticidade, de estética, de politicidade, de economicidade, de juridicidade, de cientificidade. (COSTA; MATA DIZ; OLIVEIRA, 2018 p. 162)

O sistema da economia é constituído de comunicações especializadas que se referem ao código de pagos e não pagos, trata-se de um grande sistema de pagamentos. A moeda desempenha uma função de parâmetro de referência, ou seja, é por meio dela que se pode observar as transações e valorá-las, sendo uma manifestação da linguagem econômica. Além disso, para que o sistema possa atingir seu fim, a escassez é sempre pressuposta,<sup>11</sup> sendo a dos bens escassos replicada na escassez do meio simbólico generalizado do dinheiro, resultando no fechamento operativo do sistema da economia.

As criptomoedas, nesse contexto, desempenham função muito similar que a realizada pela moeda tradicional, visto que por meio delas é possível adiantar uma satisfação futura no presente e, com isso, realizar comunicações econômicas. O Banco Central, entretanto, não reconhece a rede de pagamentos como dotada de credibilidade, tal como evidenciado pelo Comunicado 31.379/2017

---

<sup>10</sup> “Ambas desempenham a mesma função, porém com públicos, abrangência e capacidade de atendimento diversos. Isso faz com que seja possível a existência de ambos os sistemas de forma concomitante, ao menos até que ocorra um arranjo regulatório que mude essa assertiva pela inserção de uma norma no sistema jurídico, o que ainda não ocorreu.” (MOURA, 2019, p. 49-50)

<sup>11</sup> Sobre a escassez no subsistema da *Bitcoin*, “é estabelecida uma quantidade fixa e máxima de criptomoedas, gerando a escassez tecnológica que assegura sua valorização econômica, gera-se assim um lastro. (...) No caso da *Bitcoin*, por exemplo, foi prevista uma quantidade máxima de 21 milhões de *bitcoins*, montante que será alcançado com o tempo, de forma decrescente, isto é, a cada ano são criadas ou tecnicamente emitidas menos unidades” (TAMER, 2018, p.115). Assim, o sistema cria um mecanismo deflacionário próprio, que força o aumento de valor dos bens em razão de sua escassez programada.

(BANCO CENTRAL, 2017) que atesta a falta de regulamentação para a temática, bem como os riscos esposados para os utilizadores.

O sistema político, consubstanciado nesta análise pelo legislativo, desempenha a função regulatória propriamente dita, inserindo no sistema jurídico novas unidades de comunicação (leis) por meio de um processo de arranjo de interesses que é constitucionalmente consubstanciado pelo processo legislativo, que se presta a regular a autopoiese dos demais sistemas sociais.

A política realiza seus atos pela legitimidade democrática, possibilitando que o Judiciário reforce a decisão prolatada pelo monopólio da violência, estabilizando as expectativas da sociedade de forma impositiva.<sup>12</sup> Ocorre que as criptomoedas ainda estão pendentes de regulamentação, sendo o projeto de lei responsável pela temática o Projeto de Lei 2.303/2015 (BRASIL, 2015). Esse projeto visa ancorar a regulação e a fiscalização de criptomoedas ao BCB, centro do sistema da economia – muito embora esse controle ainda seja inexistente. O relator do projeto delineou qual sentido regulatório está sendo tomado, muito embora ainda não tenha encerrado a discussão legislativa. A regulamentação, conforme aponta o relatório do projeto de lei realizado por NETTO (2017), visa conter a expansão dos criptoativos frente à hegemonia das instituições tradicionais, controladas pelo BCB. Nesse sentido,

Por um lado, temos uma invasão ao sistema monetário que, ainda que de limitado montante neste momento, tem crescido em velocidade surpreendente. Nesse sentido, a Constituição Federal é clara ao atribuir ao Banco Central do Brasil o monopólio na emissão de moeda. Assim, não há como aceitar que outras entidades, que não a Autoridade Monetária do País, tenham a possibilidade de emitir moeda. A este propósito, nenhum problema haveria se o Banco Central, por exemplo, passasse a emitir a moeda nacional em formato digital, virtual ou de criptomoeda. (NETTO, 2017. p. 8-9)

O sistema jurídico, visto que não há comunicação que o autorize a atuar no exercício de sua imunologia,<sup>13</sup> passou a atuar no sentido de reforçar o poder institucionalmente posto, criando um cenário contraditório em seu interior. Dito em outras palavras, a ausência de norma regulamentadora das criptomoedas fez com que o sistema do direito respondesse à pressão gerada pelo aumento de comunicações na rede de pagamentos alternativa à tradicional de forma a manter a rede tradicional operando sem ameaças. Para tanto, o sistema jurídico se valeu de uma simplificação do que é criptomoeda, reduzindo a complexidade do instrumento de forma a contradizer os preceitos fundantes do sistema. Sinteticamente, o tribunal<sup>14</sup> se valeu de características da *Bitcoin* para excluir a incidência de um princípio constitucional fundamental – o princípio da isonomia.

12 O direito monopoliza a violência na sociedade ao ter a prerrogativa de estabilizar a expectativa depositada pelos sistemas sociais em seu interior pela regulação legal. Isso é o que LUHMANN (2016a) denomina de imunologia da sociedade. NOGUEIRA (2018), ao discorrer sobre a violência e o direito, assevera que: “O direito é violento em seu seio, de dentro, por isso, ao conceder direitos, oferece apenas na medida em que não coloque em perigo o seu poder. O fim do direito contamina-se pelo seu fundamento sem fundamento que é a violência, não sejamos ingênuos, o lobo não se verterá em cordeiro, quando muito poderá se vestir em pele de cordeiro, mas ele precisa se proteger de quem possa ameaçar sua soberania e o faz no limite valendo-se do monopólio da violência, cotidianamente, escondendo-se na selva que ela tanto domina e conhece seus atalhos. Ele necessita ao fim proteger-se de si mesmo – da matilha – pois, de dentro de si pode irromper um poder desviante que queira usurpar sua soberania e já sabemos tudo que dele brota vem com a marca congênita da violência” (NOGUEIRA, 2018. p. 229).

13 “Se se pretende avaliar tanto a função como a atuação do sistema do direito em seu conjunto, dá-se a ver no direito uma espécie de sistema imunológico da sociedade. Com a crescente complexidade do sistema da sociedade, discrepâncias entre projeções de normas só aumentam, ao mesmo tempo que a sociedade cada vez mais depende de que sejam encontradas soluções ‘pacíficas’ para tais conflitos” (LUHMANN, 2016b. p. 215). Ademais, pode-se afirmar mais concretamente sobre o sistema jurídico que: “A construção da imunologia se dá, primeiramente, pela compreensão do programa e de sua validade frente aos preceitos constitucionais cogentes – pela força normativa da Constituição – e, em um segundo momento, a materialização da abstração anteriormente construída ao caso concreto. A separação da imunologia dos poderes como uma teoria da possibilidade que será confrontada com a realidade regulatória das criptomoedas simplifica a construção do sistema jurídico, fixando as premissas da separação da *constituição real* de *constituição jurídica*” (MOURA, 2019. p. 142).

14 Será analisada a decisão prolatada no Recurso Especial 1696214-SP, do STJ (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2019).

## 1.1 Sistema jurídico – Uma imunologia precoce

O título atribuído remonta a ideia de que o sistema jurídico exerce uma espécie de imunologia quando se considera a sociedade como um grande sistema social de sentido. Assim, o sistema jurídico passa a exercer uma função imunológica, ou seja, a função de estabilizar as expectativas geradas nos demais sistemas sociais.

A atividade de compreensão dos demais sistemas, para então recriá-los em seu interior, se perfaz pela observação. Esse processo consiste em tentar apreender a complexidade do outro sistema – muito embora de totalidade inapreensível – e recriá-lo em seu interior com base em seus próprios elementos.<sup>15</sup> O sistema jurídico, ao apreender a complexidade do que é *Bitcoin*, se pautou no que proporciona o fechamento operativo do sistema *blockchain* – a ausência de intermediários. Fruto dessa compreensão, entendeu que as corretoras de criptoativos não eram necessárias para que os usuários continuassem operando na rede, autorizando que os bancos fechassem as contas que as corretoras possuíam junto às instituições financeiras tradicionais.

A decisão do Recurso Especial 1696214-SP, em que são partes o Mercado *Bitcoin* e o Banco Itaú, demonstra que a argumentação utilizada pelos tribunais restou equivocada quando analisada sob a luz dos pressupostos apresentados. Não havendo comprovação de que ocorrera qualquer irregularidade por parte da corretora de criptoativos, foi autorizado o fechamento de sua conta que junto ao Banco Itaú. A questão relativa ao cerceamento de livre iniciativa não foi enfrentada pelos julgadores, tendo em vista que não foram citadas outras instituições financeiras de modo a viabilizar o contraditório. Nesse sentido:

A argumentação retórica de que todas as instituições financeiras no país teriam levado efeito o proceder da recorrida – único banco acionado na presente ação –, ou de que haveria obstrução à livre concorrência – inexistindo, para esse efeito, qualquer discussão quanto ao fato de que o Banco recorrido sequer atuaria na intermediação de moedas virtuais –, em nenhum momento foi debatida nos autos, tampouco demonstrada, na esteira do contraditório, razão pela qual não pode ser conhecida. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2019. p.7)

A decisão descrita se transformou em paradigma para fechamento, por outros bancos, das contas das corretoras de ativos que estavam sob sua gestão. A decisão possibilitou que o sistema jurídico ofertasse tratamento discriminatório para as corretoras de criptoativos, tendo em vista que estas dependem, em alguma medida, da utilização de contas junto ao sistema financeiro tradicional para realizarem suas transações relativas ao mercado secundário de criptomoedas.<sup>16</sup> Assim,

15 LUHMANN (2016a) atribui essa forma de construção interna como autopoiese – o sistema cria para si a realidade com base em seus próprios elementos e associações. Nesse sentido, “Nos sistemas sociais, esse estado de coisas se desenvolve de outro modo, em dois aspectos: por um lado, não há nenhuma comunicação fora dos sistemas de comunicação da sociedade. Somente esse sistema usa esse tipo de operação e, nessa medida, é, de fato e necessariamente, fechado. Por outro lado, isso não vale para todos os outros sistemas sociais. Eles têm de definir seu modo específico de operação ou determinar sua identidade mediante reflexão, a fim de poderem regular quais unidades de sentido possibilitam, internamente, a autorreprodução do sistema, ou seja, que devem ser repetidamente reproduzidas” (LUHMANN, 2016a. p.54).

16 Para melhor compreensão do que seja mercado secundário, é necessária uma breve explicação dos níveis reflexivos aplicados ao sistema da economia, que evidenciam um outro aspecto diferencial relevante para moedas nacionais e criptomoedas. Para Luhmann, são três os níveis operacionais de um sistema: (i) autorreferência basal; (ii) reflexividade; (iii) reflexão. A primeira diz respeito às operações do sistema; a segunda, à reflexão acerca do processo de formação da relação; e, na terceira, o sistema se vê como meio pela observação. Precisamos apenas dos dois primeiros níveis para compreender o sistema da *Bitcoin* contrastado com as moedas nacionais. Aplicado ao sistema da economia, autorreferência basal seria a transação econômica propriamente dita, a reflexividade seria uma reflexão sobre o processo de valorização da moeda transacionada. No primeiro nível, o valor do dinheiro não é questionado; assim o é para todas as transações ordinárias no dia a dia econômico. As de segundo nível não são acessadas por todos os utilizadores de moedas nacionais. Somente aqueles que transacionam com moedas (seja conversão de moedas ou mercados Forex) que compreenderão o processo formador do valor da moeda. A *Bitcoin* passa pelo processo inverso: primeiro se analisa a formação de preço frente aos mercados de criptoativos e depois se define o valor da transação basal. Assim sendo, o preço fixo em moeda nacional varia para usuários de criptoativos. Esse é o eixo da crítica apresentada à decisão do judiciário que autoriza o fechamento das corretoras em razão de sua desnecessidade – desconsiderando o importante papel desempenhado por estas na manutenção do subsistema de pagamentos (LUHMANN 2016a). Analisando o sistema da economia especificamente, tem-se que “*Las barreras de inestabilidad se regulan en el interior mismo del sistema económico por medio de inestabilidades de un nivel más alto de reflexividad: a través del precio del dinero y no a través del precio de las mercancías*” (LUHMANN, 2017. p. 95).

Diante de sua inegável repercussão nas novas relações jurídicas advindas do uso e da circulação das moedas digitais, notadamente a *bitcoin*, especializada doutrina passou a dela tratar, ressaltando, entre suas características, a desnecessidade de um terceiro intermediário para a realização de transações e a ausência de autoridade estatal reguladora.

(...)

A partir de tais considerações, resta evidenciado, portanto, que o serviço bancário de corrente oferecido pelas instituições financeiras em nada repercute na circulação ou na utilização das moedas virtuais, que, como visto, não dependem de intermediários, possibilitando a operação comercial e/ou financeira direta entre transmissor e receptor da moeda digital. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2019. p.9-10)

A resistência apresentada pelo sistema jurídico é compreensível quando se considera não uma independência sistêmica completa – possibilitada pelo respeito à ordem constitucional –, mas sim uma interdependência referente à *autopoiese* dos sistemas envolvidos – o que figura como uma subversão para Luhmann (2016b) do conceito de *autopoiese*.<sup>17</sup> Havia um interesse não só jurídico, mas também político e econômico para que se dificultasse o fluxo de criptomoedas por parte da população em geral. A decisão mantém o sistema ativo, mas o restringe a um pequeno número de usuários que serão os detentores do conhecimento técnico para gerir seu próprio patrimônio virtual.<sup>18</sup>

## 2 Banco Central – Benefícios cognitivos para o sistema da economia

A teoria dos sistemas de Luhmann (2016; 2017a; 2017b)<sup>19</sup> permite uma abordagem ainda mais profunda, tendo em vista que pretende ser uma teoria da cognição tendo como base a diferença.<sup>20</sup> Considerando o escopo analítico apresentado com as comunicações interssistêmicas e a observação da rede de pagamentos como uma ocorrência nos sistemas político, jurídico e econômico, é possível extrair das diferenças entre observador e observado ganhos cognitivos, e que são incorporados pelo sistema da economia.

A rede de pagamentos em *blockchain* é dotada de uma série de características, entre elas, descentralização, ausência de controle central, transparência e segurança. O processamento de fluxos de comunicação, tal como permitido pelo sistema *blockchain*, representa hoje um ponto central não só na mudança estrutural dos produtos bancários ofertados, mas também uma mudança na condução da gestão monetária pelo BCB. Selecionando três das características que podem proporcionar ganhos aquisitivos para o sistema da economia (excluindo ausência de controle central tendo em vista que os sistemas serão estruturados em blockchains privadas, ou seja, com poder de processamento

---

17 “As Constituições são conquistas reais (em contraste com meros textos), por um lado, ao restringir as influências recíprocas entre direito e política aos canais proporcionados pela constituição de um Estado e, por outro lado, nas crescentes possibilidades no contexto desses acoplamentos. (...) À medida que o sistema político, por um lado, e o sistema jurídico, por outro, encontram-se vinculados pelo poder privado da pressão, do terror e da corrupção, nem um, nem outro sistema, se é que é possível distingui-los, chega a adquirir grau elevado de complexidade. Por meio de Constituições, chega-se então, em razão de limitação das zonas de contato de ambas as partes, a um enorme incremento de irritabilidade recíproca - maiores possibilidades, por parte do sistema jurídico, de registrar decisões políticas em forma jurídica, mesmo havendo mais possibilidades de a política se valer do direito para implementar seus objetivos” (LUHMANN, 2016b. p.631-632).

18 Pensando a rede de pagamentos *bitcoin* como uma rede operacionalmente fechada, os ministros estão corretos ao informar que a rede não requer intermediários para que mantenha seu funcionamento. Entretanto, o fechamento das contas cria uma violação à livre iniciativa e à isonomia ao desconsiderar a importância dos intermediários para que o público não especializado possa utilizar da rede. Nesse sentido, “é um fato que a decisão não impactará na rede de *Bitcoin*, visto que essa é operacionalmente fechada – mas esse mesmo fato não é extensível à corretora de criptoativos. A corretora não é um intermediário viabilizador da operação (muito embora possa ser com a custódia das carteiras virtuais) mas sim um viabilizador mercadológico para que quem quiser utilizar possa, sem que participe do processo de mineração. Enquadrando a *bitcoin* enquanto livre de intermediários, não se chega à conclusão que eles sejam completamente desnecessários” (MOURA, 2019. p.148).

19 Correlação de obras já explicitada na nota 2.

20 “A consequência é: é preciso considerar o discriminar (no sentido da introdução e da manipulação operativas de uma diferença) como o processo fundamental e ver a interação e a observação como variantes desse processo fundamental, se não identificadas com ele” (LUHMANN, 2016a. p.543).

exclusivamente institucional), o sistema ganha com descentralização, transparência e segurança – como demonstram as aplicações abaixo.

São duas linhas atuais nas quais a tecnologia do *blockchain* vem sendo testada: como alternativa para existência de servidores plurais de *backup* instantâneo (ainda deficitária) e como canal de troca de informações por parte das instituições governamentais. Considerando a apresentação de resultados de inovação do BCB (BANCO CENTRAL, 2017), com a palestra prolatada por BURGOS (2018)<sup>21</sup> denominada “Estratégia do Banco Central sobre a Tecnologia *Distributed Ledger*”, podem-se destacar duas linhas de inovação pautadas na tecnologia *blockchain*, que tem o potencial de revolucionar o sistema financeiro nacional. Ambos os programas descritos foram analisados pela junção da apresentação de BURGOS (2018), bem como pelo artigo apresentado aplicando o conteúdo do que à época se apurou sobre as potenciais aplicações da tecnologia na estrutura do BCB (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2017).

A primeira tentativa envolveu o Sistema Alternativo de Liquidação de Transferências (Salt),<sup>22</sup> servindo como uma alternativa ao Sistema de Transferência de Reservas (STR). O BCB processa todas as transferências entre instituições financeiras por meio do STR, assim sendo, o servidor do BCB precisa estar ativo para conseguir dar conta da demanda transacional. Esse sistema funciona, em razão de sua importância, em dois domínios e, antes que a transação seja realizada pelo domínio 1, o domínio 2 é atualizado para que o segundo sempre esteja no mesmo padrão de atualização que o primeiro. Isso visa evitar buracos informacionais em caso de falhas repentinas de funcionamento, permitindo que o domínio 2 assumira a função do 1 sem riscos para a integridade do sistema financeiro nacional. A realização de um *backup* nessa rede, entretanto, conforme aponta Burgos (2018), a recomendação é que ainda seja realizada em papel – considerando a remota possibilidade de ambos os domínios resultarem inoperantes. Isso se dá em razão de o sistema operar por *Real Time Gross Settlement System* (RTGS) e pelo risco do que denomina de “hecatombe completa” – que pode ser ocasionada por um ataque nuclear a um *bug de software* que corrompa a base de dados do servidor – seria necessário um outro método que tivesse maior integridade informacional, tal como um registro de papel.

A aplicação da *blockchain* nesse primeiro modelo poderia resolver o problema da redundância informacional atribuindo à cada sistema regional a responsabilidade de processar as transações que lhe competem em uma rede de informação que consideraria cada servidor como um nó. A consequência direta é que em caso de pane, não haveria perda informacional, sendo apenas necessário que um servidor regional do BCB estivesse ativo para lidar com a demanda global. Assim sendo, o Salt seria um substituto do STR, tendo em vista que o primeiro estaria inserido na *blockchain*; e qualquer pane nos dois sistemas STR ativaria o Salt, que se encontraria com a data-base atualizada, e cada nó carregaria todas as informações da rede.

As provas do BCB mostraram que a tecnologia possui potencial transformador, mas apontaram que três requisitos essenciais simultâneos não foram atingidos, quais sejam: (i) privacidade de saldos e transações, tendo em vista que existem dados sigilosos entre as regionais do BCB; (ii) garantia de um saldo positivo, evitando a dupla transferência; e, (iii) independência da presença do BCB no sistema. Entretanto, recentemente, o Banco Central de Singapura conseguiu solucionar esse case, abrindo portas para que, no futuro, o BCB possa incorporar a tecnologia de *public ledger* em sua rede de pagamentos domésticos (BURGOS, 2018; BANCO CENTRAL, 2017).

21 A palestra prolatada pelo analista do Laboratório de Inovação do Banco Central do Brasil, foi apresentada no seminário ECOA PucRio (BURGOS, 2018) e visou apresentar o paper que dispunha sobre as inovações tecnológicas utilizando *blockchain* pela instituição (BANCO CENTRAL, 2017).

22 “In this context, the Alternative System for Transactions Settlement (SALT) is a conceptual system for a contingent solution that would be able to immediately replace core functionalities of the main Brazilian RTGS in case of its full collapse. Although detailed requirements and conditions for its activation are currently being debated within the Central Bank of Brazil and between Brazilian financial institutions, Distributed Ledger Technology presents great potential for working as foundation for a highly resilient system due to its distributed nature, i.e. a solution that may operate independently of any Central Bank of Brazil infrastructure, nonetheless trustworthy by all parties”. (BRASIL, 2017. p.9-10)

A segunda, e de maior interesse neste artigo, é a comunicação interorgânica das instituições nacionais, permitindo a gestão e atualização dos dados por parte de todos os órgãos responsáveis de forma mais eficiente. Esse programa foi denominado de “Colaboração e troca de informações” (BURGOS, 2018). A eficiência que outrora só servia às criptomoedas estão sendo incorporadas e testadas pelas instituições tradicionais de forma a modernizar o controle dos dados que são gerados de forma massiva pelas transações econômicas. Fazendo-se uso de uma tecnologia que surgiu como contraposição ao sistema financeiro nacional, o tratamento ofertado aos dados institucionais tem sido reformulado, melhorando, assim, o processamento das comunicações entre órgãos.

A dificuldade anterior se dava em razão de alguns problemas. A fragmentação de competências para lidar com informações sigilosas faz com que a segurança da rede seja o ponto principal de análise. E a integração em sistemas tradicionais levaria à uma exposição maior ao risco de comprometimento da segurança. Além disso, colocar todos os dados em um mesmo servidor central aumenta substancialmente o gasto com o processamento de dados, correndo-se riscos de atualizações fragmentadas e que quebrem a integridade informacional de rede. Assim sendo, não havia uma boa saída até a incorporação da tecnologia *blockchain* que, nesse caso especificamente, apresentou resultados satisfatórios pautados nas três características apresentadas: descentralização, transparência e segurança (MOURA, 2019).

A estrutura da rede funciona de uma forma colaborativa, com a racionalização do esforço (possibilitado pela repartição de rede em nós, e colocando cada instituição responsável pela atualização de seus próprios dados). É um só *software* que roda em todos os nós, sendo uma rede imparável mesmo com quedas parciais dos servidores, com um intervalo de atualização reduzido pela estrutura da *blockchain*, trazendo para a rede segurança e transparência na troca de informações, e sendo mais facilmente auditáveis pela lógica do *public ledger*. Essa rede teria o catálogo de informações disponibilizadas pelos órgãos, bem como as formas de requisição em um modelo de contratos autoexecutáveis. Assim, os contratos são chamados de *smartcontracts*, executáveis de forma automática mediante um processo institucionalizado auditável, resolvendo um problema de integração informacional muito custoso em razão do volume de comunicações processadas de forma simples e mais barata que se comparadas com as tecnologias convencionais.

Existem outras iniciativas que vêm sendo conduzidas pelo BCB (BRASIL 2019), o que demonstra que a *Bitcoin*, com a criação do *blockchain* pavimentou o futuro das instituições financeiras nacionais e internacionais.

## Conclusão

Resta claro que, não obstante ter havido um confronto velado entre as corretoras de criptoativos (com o intuito de prejudicar o subsistema econômico das criptomoedas) e das instituições financeiras tradicionais, existem muitos ganhos para estas com a incorporação de novas tecnologias de criptografia que permitem que os dados sejam processados de forma mais célere, barata e segura. O BCB demonstra que, não obstante ter preocupações com as criptomoedas, está atuando de forma positiva na tentativa de incorporar a *blockchain* à sua rede de operações.

A tendência mundial está traçada: as tecnologias mudam de forma cada vez mais rápida a realidade das instituições que operam de forma similar há décadas. Os últimos dez anos foram centrais no desenvolvimento da revolucionária tecnologia *blockchain* que hoje já pode ser encontrada nos principais bancos mundiais. O Brasil, nesse cenário, mostra-se aberto para essa fase evolutiva, sendo que essas novidades parecem ser as primeiras de muitas da aplicação da *blockchain* no Sistema Financeiro Nacional.

A incorporação dessa tecnologia na organização informacional institucional e facilitação de troca de dados entre instituições é de substancial importância para o atual cenário de grandes avanços tecnológicos e sobrecarga das antigas estruturas, que não mais atendem de forma célere e eficiente as necessidades da sociedade. O BCB ganha em eficiência quando consegue ultrapassar os obstáculos da crescente complexidade oriunda do volume de informações que circulam em seus sistemas utilizando melhores tecnologias de organização e comunicação, assegurando a integridade necessária para manter a confiabilidade e, simultaneamente, opere de forma célere e menos custosa. Assim, os ganhos possíveis para a atualização do sistema Salt, não obstante as dificuldades enfrentadas, seriam a segurança e integridade das informações armazenadas – apesar de os problemas ainda não terem sido superados. Os ganhos do programa de “Colaboração e troca de informações” são mais expressivos e a complexidade para implementação encontrou menos problemas que o primeiro. A troca de informação entre diferentes instituições do país feitas por um sistema integrado e interconectado por *blockchain* pode ser transformador no tocante à capacidade de manter uma centralização compartilhada de informações relevantes para que seja projetada uma melhor observação do sistema, tendo em vista que será possível manter as informações mais atualizadas em toda a rede por meio de trocas de informação com os respectivos nós necessários.

Esses ganhos elencados são só os primeiros de uma sucessão que, provavelmente, serão testados e lançados nos próximos anos. O BCB tem se mostrado atuante e aberto para renovações e as vantagens geradas são maior economia e segurança, beneficiando direta ou indiretamente toda a coletividade.

## Referências

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Apontamentos do Presidente Roberto Campos Neto – Lançamento da segunda chamada de projetos do Laboratório de Inovações Financeiras e Tecnológicas (LIFT)**. 2019. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/conteudo/home-ptbr/TextosApresentacoes/Apontamentos\\_RCN\\_Lift.pdf](https://www.bcb.gov.br/conteudo/home-ptbr/TextosApresentacoes/Apontamentos_RCN_Lift.pdf). Acesso em: 16 set. 2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Comunicado n. 31379, de novembro de 2017**. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=comunicado&numero=31379>. Acesso em: 13 nov. 2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Distributed ledger technical research in Central Bank of Brazil**. 2017. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/htms/public/microcredito/Distributed\\_ledger\\_technical\\_research\\_in\\_Central\\_Bank\\_of\\_Brazil.pdf](https://www.bcb.gov.br/htms/public/microcredito/Distributed_ledger_technical_research_in_Central_Bank_of_Brazil.pdf). Acesso em: 16 set. 2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Instrução Normativa n. 1.888, de 3 de maio de 2019**. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/instru%C3%87%C3%83o-normativa-n%C2%BA-1.888-de-3-de-maio-de-2019-87070039>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 2303/2015**. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1555470>. Acesso em 16 de setembro de 2019.

BURGOS, Aldênio. **Blockchain é uma tecnologia relevante para o Banco Central**. Palestra proferida no evento ECOA PUCRIO: *Blockchain*. 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=theEWUq-2Nw>. Acesso em: 16 set. 2019.

COSTA, Beatriz Souza; MATA DIZ, Jamile B.; OLIVEIRA, Márcio Luís de. **Cultura de consumismo e geração de resíduos**. Revista Brasileira de Estudos Políticos (Belo Horizonte), n. 116, jan./jun. 2018, p. 159-183. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/570/451#>>. Acesso em: 16 set. 2019.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016b.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Petrópolis: Vozes, 2016a.

LUHMANN. **La economía de la sociedad**. Ciudad de México: Goethe Institut, 2017. Management, [S.l.], v. 24, n. 3, p. 24-40, 2015. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/55334889.pdf>. Acesso em: 16 set. 2019.

MOURA, Henrique Perlatto. **Bitcoin e teoria dos sistemas: observações do contexto regulatório e a possível mudança de paradigma dos sistemas sociais**. Dissertação de mestrado defendida junto à Faculdade de Direito Milton Campos com orientação de Márcio Luís de Oliveira, fomento Fapemig, 2019. Disponível em: <http://dissertacoes.mcampos.br/dissertacoes/buscardissertacoes.php?buscaini=true>. Acesso em: 16 set. 2019.

NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system**. 2008. Disponível em: [www.bitcoin.org](http://www.bitcoin.org). Acesso em: 16 set. 2019.

NETTO, Expedito. **Relatório Projeto de Lei 2.303, de 2015**. Brasília, 2017. Disponível em: [https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1632751&filename=Tramitacao-PL+2303/2015](https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1632751&filename=Tramitacao-PL+2303/2015). Acesso em: 16 set. 2019.

NOGUEIRA, Bernardo Gomes Barbosa. **Direito e literatura: hospitalidade e invenção**. Tese de doutorado defendida junto à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais no Programa de Pós-Graduação em Direito com orientação de Fernando José Armando Ribeiro. 2018. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_NogueiraBG\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NogueiraBG_1.pdf). Acesso em: 13 nov. 2019.

OSGOOD, Ryan. **The Future of democracy: blockchain voting**. 2016. Disponível em: <http://www.cs.tufts.edu/comp/116/archive/fall2016/rosgood.pdf>. Acesso em: 16 set. 2019

ROSA, Natalie. **Banrisul, BB, Caixa, Sicoob e Santander se unem em projeto de blockchain**. Disponível em: <https://canaltech.com.br/blockchain/banrisul-bb-caixa-sicoob-e-santander-se-unem-em-projeto-de-blockchain-114768/>. Acesso em: 12 nov. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 1.696.214 - SP (2017/0224433-4)**. Revista de Eletrônica de Jurisprudência, Brasília, 2019. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1735391&num\\_registro=201702244334&data=20181016&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1735391&num_registro=201702244334&data=20181016&formato=PDF). Acesso em: 16 set. 2019.

STRATZ, Murilo. **A Procuradoria-Geral do Banco Central e a sustentação jurídica da estabilidade das políticas monetárias**. Revista da PGBC, v.12, n. 2, dezembro de 2018. Disponível em: <https://revistapgbc.bcb.gov.br/index.php/revista/issue/view/29/A7%20V.12%20-%20N.2>. Acesso em: 16 set. 2019.

TAMER, Maurício Antonio. **As criptomoedas como mercadoria-equivalente específica: uma breve leitura do fenômeno a partir da obra “O Capital”, de Karl Marx**. Revista da PGBC, v.12, n. 2, dezembro de 2018. Disponível em: <https://revistapgbc.bcb.gov.br/index.php/revista/issue/view/29/A1%20V.12%20-%20N.2>. Acesso em: 16 set. de 2019.

TAPSCOTT, Don. **How the blockchain is changing money and business**. 2017. Disponível em: [https://www.ted.com/talks/don\\_tapscott\\_how\\_the\\_blockchain\\_is\\_changing\\_money\\_and\\_business?utm\\_campaign=social&utm\\_medium=referral&utm\\_source=facebook.com&utm\\_content=talk&utm\\_term=technology](https://www.ted.com/talks/don_tapscott_how_the_blockchain_is_changing_money_and_business?utm_campaign=social&utm_medium=referral&utm_source=facebook.com&utm_content=talk&utm_term=technology). Acesso em: 16 set. 2019.

TRADINGVIEW. **BTCUSD Bitcoin/dólar Americano**. Disponível em <https://br.tradingview.com/symbols/BTCUSD/>. Acesso em: 12 nov. 2019.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin: a moeda na era digital**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil. 2014. Disponível em: <https://www.mises.org.br/Ebook.aspx?id=99>. Acesso em: 12 nov. 2019.

# Resilição Unilateral pelas Instituições Financeiras de Contas-Correntes das Corretoras de Criptomoedas

Régis Canale dos Santos\*

*Introdução. 1 Fundamentos contra o encerramento das contas. 2 Fundamentos a favor do encerramento das contas. 3 Análise do leading case. Conclusão. Referências.*

## Resumo

O presente estudo tem por finalidade analisar a decisão das instituições financeiras de não mais desejarem a continuação do contrato de conta-corrente com seus clientes que sejam corretoras de criptomoedas. Pretende-se analisar a legalidade ou não dos motivos apresentados pelas instituições bancárias para a rescisão contratual e também o tratamento que vem sendo dado pela jurisprudência, mormente pelo recente acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

**Palavras-chave:** Resilição unilateral. Criptomoedas. Vedações. Conta-corrente.

---

\* Mestrando em Direito pelo Programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Marília (Unimar/SP). Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Oficial de Registro de Imóveis de Pereira Barreto.

## *Unilateral Termination of Cryptocurrency Account by Bank*

### *Abstract*

*The purpose of this study is to analyze the question of financial institutions no longer wanting to continue the current account agreement with their clients who are crypto-currency brokers. The intention is to analyze the reason alleged by the banking institutions for the contractual termination and also the treatment that has been given by the jurisprudence, mainly by the recent judgment given by the Superior Court of Justice.*

**Keywords:** *Unilateral resiliation. Cryptocurrency. Fences. Checking account.*

### **Introdução**

O Estado possui o monopólio da emissão de moeda, e o surgimento da moeda digital tem provocado uma verdadeira revolução, pois ela pode abrir um caminho até então inexistente, que pode, enfim, resultar na quebra do monopólio estatal sobre o dinheiro.

Com efeito, o Estado obtém os recursos para o desenvolvimento de suas atividades por intermédio da tributação que é notadamente uma medida impopular, podendo trazer insatisfação da população e revoltas. Assim sendo, o Estado percebeu que, controlando a moeda, poderia obter recursos, independentemente da tributação, simplesmente criando dinheiro sem lastro, evitando os transtornos da tributação.

A quebra do monopólio estatal do dinheiro pela moeda digital é vista por muitos como um caminho sem volta, que trará uma maior distribuição de riqueza e prosperidade à sociedade em geral, já que a emissão de moeda digital não depende de intermediários e não são lastreadas em nenhuma moeda oficial. Contudo, como o esvaziamento do monopólio estatal na emissão de moedas é, evidentemente, prejudicial ao Estado, é de se presumir que os governantes não hesitarão esforços para impedir as criptomoedas.

As transações das moedas digitais não se dão em nenhuma moeda de determinado país, ou seja, não são efetivadas em dólares, euros ou reais. O pagamento é realizado pela própria moeda virtual, cujo valor é determinado em um mercado aberto, da mesma forma que são estabelecidas as taxas de câmbio entre diferentes moedas mundiais (ULRICH, 2014, p.03).

Desde a criação do Bitcoin, em 2008, tem-se verificado um exponencial aumento na procura de criptomoedas como ativo financeiro, pois, como dito alhures, o seu valor é fixado por um mercado aberto. Os investidores viram na moeda digital uma forma de obtenção de lucro, não demorando a surgir as empresas que passaram a explorar a atividade empresarial específica de intermediação de compra e venda de moedas virtuais, muito similar à bolsa de valores com as ações de sociedades anônimas de capital aberto.

A pessoa interessada em adquirir moeda digital deve abrir uma conta em uma corretora de criptomoedas e transferir os recursos a esta empresa. Após, com o crédito em sua conta na corretora, emite uma solicitação de compra de criptomoedas pelo valor pretendido. Caso existam vendedores que também pretendem vender pelo valor ofertado, é realizada a compra da moeda virtual, tudo com o intermédio da corretora.

A sistemática de venda da moeda digital pressupõe a mesma sistemática. Já tendo adquirido a criptomoeda e pretendendo vender, o vendedor emite uma solicitação à corretora de que pretende vender por determinado valor. Caso existam compradores que aceitem o valor pretendido, a venda é realizada, transferindo a moeda ao comprador e transferindo-se o crédito da operação de venda ao vendedor, em sua conta, na corretora. Com o valor creditado em sua conta, o vendedor poderá adquirir nova moeda virtual, a mesma criptomoeda (por uma cotação melhor), ou, então, optar por transferir o valor para sua conta-corrente pessoal.

As corretoras auferem vantagens financeiras ao cobrar uma taxa sobre cada operação de compra e venda de moeda digital realizada. Cobra-se, com efeito, um valor estipulado do comprador e do vendedor.

Tem sido comunicado pela imprensa que as instituições financeiras têm notificado seus clientes que exercem a atividade econômica atinente à corretagem de criptomoedas que, por desinteresse comercial, irão iniciar o procedimento de encerramento da conta, conforme previsto no contrato de abertura de conta-corrente. Em geral, os bancos estipulam um prazo de 30 dias para o encerramento da conta a partir da notificação (Bancos cancelam contas de corretoras de criptomoedas. Exame. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/bancos-cancelam-contas-de-corretoras-de-criptomoedas/>. Acesso em: 27 nov. 2018)

Essas atitudes dos bancos, certamente, afetarão a atividade empresarial exercida pelas corretoras de criptomoeda, pois, com o encerramento da sua conta, os clientes não conseguirão transferir os valores para as corretoras e, por conseguinte, não irão adquirir as moedas virtuais. Na hipótese de o cliente já ser titular de moedas digitais, caso efetue a venda e queira transferir o valor para sua conta-corrente pessoal, a corretora deve realizar uma transferência eletrônica para a conta de seu cliente. Mas como transferir o valor se a conta-corrente foi encerrada?

Diante disso, as corretoras de criptomoedas não tiveram outra opção senão ingressar uma ação no Poder Judiciário em face das instituições bancárias com o escopo de evitar o encerramento da sua conta, afastando esse impedimento ao exercício de sua atividade econômica.

Ato contínuo, nos tópicos a seguir serão analisados os motivos que fundamentam as alegações das corretoras para evitar o encerramento da conta-corrente, e, por outro lado, as razões ventiladas pelos bancos para subsidiar o término do contrato de conta-corrente. Em seguida, veremos como é o tratamento que vem sendo dado pela jurisprudência.

## I Fundamentos contra o encerramento das contas

As corretoras de criptomoedas alegam que são consumidoras e que, portanto, deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990, *on-line*).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Rezam os artigos 2º e 3º da referida lei: Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Sustentam as corretoras de criptomoedas que são destinatárias finais dos serviços bancários, sendo aplicável a legislação consumerista, mormente o inciso IV do artigo 6º e os incisos II e IX,<sup>2</sup> os quais estabelecem, respectivamente, os direitos básicos do consumidores e as vedações dos fornecedores de produtos e serviços.

Ademais, é imperioso citar que o Superior Tribunal de Justiça já sumulou que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras, de acordo com a Súmula 297 (BRASIL, STJ, 2004).

No mesmo sentido, também como substrato, é o artigo 187 do Código Civil, que prevê que comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002).

O abuso de direito foi conceituado por Rubens Limongi França como sendo: “um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito” (FRANÇA, 1977, p. 45).

Percebe-se que o artigo 187 do Código Civil utilizou-se de conceitos jurídicos abertos para que o aplicador da norma o preencha de acordo com o caso concreto, devendo o juiz da causa analisar o fim social, o fim econômico, a boa-fé e os bons costumes. É de se ressaltar que o novo Código Civil foi editado com base em três princípios estruturantes, consoante se extrai da sua exposição de motivos, escrita por Miguel Reale, a saber: a) Princípio da Eticidade; b) Princípio da Socialidade; e c) Princípio da Operabilidade.

A nova previsão de abuso de direito atende ao princípio da socialidade, pois, em sua redação, encontram-se expressamente previstos o fim social e os bons costumes. Aliás, na V Jornada de Direito Civil foi aprovado o Enunciado 413, que estabelece que os bons costumes previstos no art. 187 do Código Civil possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época; e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé (BRASIL, CJF, 2012). No mesmo diapasão, o instituto ora tratado também atende ao princípio da eticidade, pois o desrespeito à boa-fé é uma forma de caracterização do ato ilícito.

Assim sendo, verifica-se que tanto o Código de Defesa do Consumidor como o Código Civil são fontes às quais as corretoras de criptomoedas podem se socorrer, pois o encerramento da conta por parte da instituição financeira, por simples declaração que não tem mais interesse comercial em manter o vínculo contratual relativo à conta-corrente, demonstra um abuso de direito.

Na sociedade moderna, é difícil visualizar que determinada pessoa, quer seja física ou jurídica, consiga se inserir totalmente em uma sociedade sem possuir uma conta bancária. A viabilização de sua vida pessoal e social em um determinado momento exigirá a abertura de uma conta-corrente. Caso seja impedido de ter uma conta-corrente em uma instituição bancária, frontalmente estará atingindo a dignidade da pessoa humana que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consoante o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 1998).

A corretora de criptomoedas, que é uma sociedade empresária, por exercer uma atividade organizada para a produção e circulação de serviços de intermediação, não pode ser privada de titularizar uma conta-corrente, principalmente nos dias atuais. A impossibilidade de ter conta-corrente em um estabelecimento bancário poderá impedir o próprio desenvolvimento da sua atividade econômica, violando o princípio da preservação da empresa.

2 Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...) IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...)II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes; (...)IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

A empresa movimenta a economia, recolhe tributos ao Estado, cria vínculos empregatícios, enfim, uma gama de interesses de suma importância à coletividade que devem prevalecer ante interesses particulares. Aqui também pode ser invocada a função social dos contratos, prevista no artigo 421 do Código Civil, principalmente na interpretação dada a esse princípio pelo paradigma solidarista, paternalista ou distributivo (BRASIL, 2002).

Deveras, a função social dos contratos busca superar a individualidade pelo coletivo. As relações privadas, individuais, portanto, não teriam o condão de se sobrepor aos interesses coletivos. Pelo contrário, ao manifestar sua vontade por meio do contrato, deve-se, antes de tudo, verificar se não atenta contra a coletividade. Em outros termos, a sociedade é desigual, e os contratos, de modo geral, também refletiriam essa desigualdade, de modo que a função social dos contratos busca reequilibrar essa relação.

Essa forma de interpretação tem como fundamento o princípio da solidariedade social, que foi previsto na Constituição Federal no artigo 3º, III, parte final, ao estipular os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988). De fato, percebeu-se que essa solidariedade geralmente não é fruto da vontade espontânea das pessoas, necessitando, assim, de uma intervenção do Estado, denominada “dirigismo contratual”, para buscar essa solidariedade.

A amplitude da liberdade de iniciativa, se exercida de forma livre, poderá trazer desequilíbrios, devendo-se estipular limites a essa atuação. Com a limitação, busca corrigir a desigualdade. Parte-se do pressuposto de que, em uma relação livre, a manifestação de vontade não será totalmente livre porque a parte mais fraca sempre estará em posição inferior com a parte mais forte.

Em regra geral, a forma do Estado de interferir nas relações individuais se dá por imposição de normas cogentes, que são aquelas de aplicação obrigatória nos negócios jurídicos, as quais as partes não podem derrogar por sua vontade, ou, então, por revisão judicial dos contratos. A legislação é caracterizada por uma abstração das normas, as chamadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, que tem a possibilidade de abarcar um grande número de situações a ser resolvida caso a caso.

Conforme leciona Maria Helena Diniz:

A expressão *dirigismo contratual* é aplicável às medidas restritivas estatais que invocam a supremacia dos interesses coletivos sobre os meros interesses individuais dos contraentes, com o escopo de dar execução à política do Estado de coordenar os vários setores da vida econômica e de proteger os economicamente mais fracos, sacrificando benefícios particulares em prol da coletividade, mas sempre conciliando os interesses das partes e os da sociedade. (DINIZ, 2002, p. 34)

A eficácia interna da função social, de acordo com os ensinamentos doutrinários, projeta-se na proteção dos vulneráveis contratuais, principalmente nos contratos de consumo e no contrato de trabalho, estabelecida por normas de ordem pública; vedação da onerosidade excessiva ou desequilíbrio contratual, podendo motivar a anulação, a revisão ou até mesmo a resolução do contrato; a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade e a nulidade de cláusulas antissociais, tidas como abusivas.

Por todas as supramencionadas regras expostas, as corretoras de criptomoedas tentam evitar o encerramento de suas contas bancárias. Aliás, cita-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que o encerramento unilateral é uma forma de abuso de direito.<sup>3</sup>

## 2 Fundamentos a favor do encerramento das contas

As instituições bancárias, por sua vez, asseveram que é legal o encerramento da conta-corrente, fundamentando seu entendimento no contrato de abertura de conta-corrente entabulado pelos contraentes, que, invariavelmente, prevê em uma de suas cláusulas a faculdade a ambos contratantes do encerramento da conta-corrente, a qualquer tempo, mediante comunicação escrita e documentada ao outro contratante.

Não se exige a explicitação dos motivos do encerramento. Basta a comunicação. Dessa forma, a simples afirmação da inexistência de interesse comercial bastaria para provocar a rescisão contratual.

De acordo com a doutrina e com a nova disciplina do Código Civil de 2002, pode-se afirmar que o termo rescisão contratual é gênero que possui duas espécies, a saber: resolução e resilição. A primeira se verifica por descumprimento contratual e a segunda se dá por vontade bilateral ou unilateral, nas hipóteses admitidas em lei, expressa ou implicitamente, em virtude de um direito potestativo.

No caso em apreço, o encerramento da conta-corrente por parte da instituição bancária tratar-se-ia de uma modalidade de resilição unilateral, em decorrência de um direito potestativo, previamente previsto em contrato.

Conforme o escólio de Flávio Tartuce:

Na resilição unilateral há o exercício de um direito potestativo, aquele que se contrapõe a um estado de sujeição. Sendo assim, não há que falar, pelo mesmo em regra, na existência de responsabilidade civil da parte que exerce esse direito potestativo. (TARTUCE, 2018, p. 749)

É decorrência do preceito previsto no artigo 473 do Código Civil que estipula que “a resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte” (BRASIL, 2002).

Essa possibilidade de encerramento decorre do princípio da autonomia da vontade e também pela interpretação dada pelo paradigma direito e economia da função social. A autonomia da vontade, que é o poder de que as pessoas possuem de regulamentar os seus interesses, pelo exercício de sua vontade, que compreende a liberdade contratual e a liberdade de contratar, estaria limitada pela função social dos contratos.

Com efeito, o contrato é um negócio jurídico realizado por duas ou mais pessoas, em que se busca a realização dos seus interesses, de tal forma que uma das partes somente firmará o acordo se

---

3 Confira-se: DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE CONTA-CORRENTE EM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ENCERRAMENTO UNILATERAL E IMOTIVADO DA CONTA. IMPOSSIBILIDADE. 1 – Não pode o banco, por simples notificação unilateral imotivada, sem apresentar motivo justo, encerrar conta-corrente antiga de longo tempo, ativa e em que mantida movimentação financeira razoável. 2 – Configurado contrato relacional ou cativo, o contrato de conta-corrente bancária de longo tempo não pode ser encerrado unilateralmente pelo banco, ainda que após notificação, sem motivação razoável, por contrariar o preceituado no art. 39, IX, do Cód. de Defesa do Consumidor. 3 – Condenação do banco à manutenção das contas-correntes dos autores. (...) O contrato de conta-corrente, nessas condições, impregna-se do caráter relacional ou cativo, prolonga-se no tempo, exatamente à moda do contrato de seguro de vida de longo tempo, diante do qual a 2ª Seção desta Corte, em caso relatado pela E. Mina. NANCY ANDRIGHI (REsp 1073595-MG) com meu voto, aliás, longamente declarado, veio a proclamar o dever de continuação do contrato – ressalvada, contudo, a possibilidade de o fornecedor do serviço vir a alterar suas bases, mas não mais unilateralmente, como ocorreria no caso de contrato fugaz, e sim, ao contrário, devendo manter tratativas e realizar acertos com o consumidor, para operacionalizar a alteração, preservando-se a boa fé objetiva entre os contratantes. (BRASIL, STJ, 2013, p. 01)

puder desfrutar de alguma vantagem. Caso o contrato não lhe traga mais benefícios, simplesmente não participará do negócio jurídico ou se retirará dele, se o contrato assim o permitir.

O princípio da solidariedade, previsto como objetivo da República Federativa do Brasil, em seu art. 3º, III (BRASIL, 1998), é aqui observado, contudo, ao invés de proteger abstratamente a parte mais fraca ou o hipossuficiente, busca amparar o grupo ou a cadeia de pessoas integrantes de um mercado determinado.

A limitação imposta pela função social dos contratos é transferida do indivíduo que celebrou o contrato com o banco para todos os indivíduos que celebraram ou que celebrarão contrato com ele.

Destarte, o que o paradigma direito e economia propõe é que não se pode buscar a proteção dos atores individuais em uma relação negocial, desprotegendo o ambiente social em que ela está inserida e que opera seus efeitos a uma gama maior de pessoas.

No mercado em que se realiza o contrato, as partes têm de buscar seus interesses pessoais, tentando a concretização de um negócio que lhe beneficie. As partes, mormente em relações empresariais, pretendem ao máximo que as avenças sejam cumpridas, para que se sinta seguro em pactuar em negócios posteriores. Essa forma de pensar, seguramente, proporciona uma maior segurança jurídica, pois as partes saberão que o acordo não será desfeito ou, então, que será rompido apenas nas hipóteses previstas no pacto contratual.

A principal função social dos contratos é possibilitar que as partes celebrem contratos com segurança, obtendo as benesses econômicas originariamente previstas, de acordo com o que foi entabulado pelas partes contratantes no contrato, não podendo uma das partes alegar a função social dos contratos com o escopo de amparar uma pretensão não prevista.

Nesse sentido, leciona Luciano Benetti Timm:

Em síntese, o direito contratual confere segurança e previsibilidade às operações econômicas e sociais, protegendo as expectativas dos agentes econômicos – o que corresponde a um importante papel institucional e social. (TIMM, 2006, p.38)

Deveras, o mercado não é perfeito, pois não funciona sempre de forma adequada e eficiente, sendo certo que apenas excepcionalmente os agentes do mercado poderão exigir uma atuação das instituições jurídicas para afastar o abuso e trazer a normalidade contratual. Portanto, não há abuso na hipótese de o encerramento estar previsto no pacto contratual, não havendo, no caso em apreço, anormalidade ou excepcionalidade.

Outro argumento levantado é a existência de normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional, por meio do Banco Central,<sup>4</sup> que autoriza o cancelamento de conta-corrente mediante prévia comunicação ao correntista-cliente e a outorga de prazo para a término contratual com o intuito de dar tempo ao interessado providenciar a abertura em outra instituição bancária, de modo a salvaguardar seus direitos.

Nota-se, assim, que a instituição bancária está amparada por ato normativo do Banco Central do Brasil, que a autoriza a rescindir o contrato de conta de depósito, por iniciativa de qualquer das

---

4 Reza o artigo 12 da Resolução Banco Central do Brasil 2025 que: “Art.12. Cabe à instituição financeira esclarecer ao depositante acerca das condições exigidas para a rescisão do contrato de conta de depósitos à vista por iniciativa de qualquer das partes, devendo ser incluídas na ficha-proposta as seguintes disposições mínimas: I-comunicação prévia, por escrito, da intenção de rescindir o contrato; II-prazo para adoção das providências relacionadas à rescisão do contrato; III - devolução, à instituição financeira, das folhas de cheque em poder do correntista, ou de apresentação de declaração, por esse último, de que as inutilizou; IV -manutenção de fundos suficientes, por parte do correntista, para o pagamento de compromissos assumidos com a instituição financeira ou decorrentes de disposições legais; V -expedição de aviso da instituição financeira ao correntista, admitida a utilização de meio eletrônico, com a data do efetivo encerramento da conta de depósitos à vista. Parágrafo 1º A instituição financeira deve manter registro da ocorrência relativa ao encerramento da conta de depósitos à vista (BRASIL, BACEN, 1993)”.

partes, devendo haver comunicação prévia, por escrito, da intenção de rescindir o contrato (inciso I) e concedendo prazo para a adoção de providências relacionadas à rescisão do contrato (inciso II).

Aliás, nesse sentido, há acórdão do Superior Tribunal de Justiça admitindo o encerramento da conta-corrente por instituição bancária, conforme Recurso Especial 1.538.831 - DF (2014/0264411-3).<sup>5</sup>

É de ressaltar que se entende que não se deve aplicar às corretoras de criptomoedas o microsistema do Código de Defesa do Consumidor, pois elas não seriam destinatárias finais do serviço prestado pelas instituições financeiras. Portanto, elas não poderiam ser consideradas consumidoras, por não preencherem os requisitos do artigo 2º da Lei 8.078/1990 (BRASIL, 1990).

De fato, argumenta-se que não são consumidores porque os serviços prestados pelas corretoras de moeda virtual não causam a interrupção da circulação dos produtos e serviços colocados à disposição delas. Em verdade, as corretoras são intermediárias entre compradores e vendedores de criptomoedas, servindo as instituições bancárias de interposto entre as transferências de valores dos contratantes, intermediado pelas sociedades corretoras. Seria o caso de adoção da teoria finalista pura, que tenta buscar o conceito de destinatário final.

Mesmo que não se adote a teoria finalista e que não se concorde com ela, também se poderia sustentar que as corretoras não são destinatárias finais e, portanto, não são consumidoras, ao se perfilar a teoria finalista mitigada que, além de verificar se a pessoa é destinatária final do produto ou serviço, analisa a sua vulnerabilidade em face do fornecedor. Sustenta-se que, ainda que se considerem as corretoras destinatárias finais dos serviços prestados pelas instituições financeiras, elas não possuem o status de vulnerabilidade.

### 3 Análise do *leading case*

Consoante destacado na introdução deste trabalho, diversas corretoras de criptomoedas foram surpreendidas pelas instituições bancárias, que as notificaram a respeito da pretensão de resilição do contrato de conta-corrente por motivo de desinteresse comercial. Por conta disso, as poucas corretoras existentes no mercado foram obrigadas a se socorrerem ao Poder Judiciário para que as aludidas contas de depósitos não fossem encerradas.

O assunto, como exposto nos tópicos anteriormente citados, é muito controverso, existindo decisões contraditórias, pois alguns julgados decidiam a favor das corretoras de criptomoedas, impedindo que as contas fossem encerradas, e outras, por seu turno, eram favoráveis aos bancos, referendando a rescisão contratual por meio da denúncia destes.

A questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça que, recentemente, julgou o primeiro caso envolvendo uma instituição bancária e uma corretora de moedas virtuais, podendo considerá-lo como um *leading case*, o qual será o parâmetro para os futuros julgados que apreciarão matéria análoga.

---

<sup>5</sup> RECURSO ESPECIAL. CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO BANCÁRIO. CONTA-CORRENTE E SERVIÇOS RELACIONADOS. RESCISÃO PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ENCERRAMENTO DE CONTA-CORRENTE APÓS NOTIFICAÇÃO PRÉVIA (RESOLUÇÃO BACEN 2.025/93, ART. 12). CARÁTER ABUSIVO. NÃO CARACTERIZAÇÃO (CC/2002, ART. 473). INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE CONTRATAR. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 39, IX, DO CDC. RECURSO PROVIDO. 1. Em regra, nos contratos bancários, envolvendo relações dinâmicas e duráveis, de execução continuada, intuito personae - como nos casos de conta-corrente bancária e de cheque especial -, que exigem da instituição financeira frequentes pesquisa cadastral e análise de riscos, entre outras peculiaridades, não há como se impor, como aos demais fornecedores de produtos e serviços de pronto pagamento pelo consumidor, a obrigação de contratar prevista no inciso IX do art. 39 do CDC. 2. Conforme a Resolução BACEN/CMN nº 2.025/1993, com a redação dada pela Resolução BACEN/CMN nº 2.747/2000, podem as partes contratantes rescindir unilateralmente os contratos de conta-corrente e de outros serviços bancários (CC/2002, art. 473). 3. Recurso especial provido (BRASIL, STJ, 2014).

Trata-se do processo que tramitou perante a 23ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital, que recebeu o número 1066603-10.2015.8.26.0100, ajuizado pelo Mercado Bitcoin Serviços Digitais Ltda. em face do Itaú Unibanco S.A (BRASIL, TJ/SP, 2015).

A aludida sociedade empresarial, cuja atividade econômica consiste em corretagem, intermediação, mediação de negociação ou serviços em geral, foi notificada pelo Banco Itaú Unibanco de que este não tem mais interesse na continuação da relação contratual, atinente ao contrato de conta depósito, por desinteresse contratual e, que, portanto, a conta seria encerrada em 30 dias contados da notificação.

A empresa Mercado Bitcoin ingressou com ação de procedimento ordinário cumulada com pedido de tutela antecipada, diante da urgência pelo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ante o iminente encerramento da conta-corrente, o que, fatalmente, iria prejudicar a sua atividade econômica.

O pedido de tutela antecipada foi deferido pelo magistrado para o fim de determinar que o Banco Itaú Unibanco se abstinisse de encerrar a conta-corrente, mantendo em regular funcionamento até o deslinde da causa, sob pena de multa diária de R\$5.000,00 (cinco mil reais).

O banco, ao ser citado, interpôs agravo de instrumento perante o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo com pedido de efeito suspensivo, que foi distribuído para a 37ª Câmara de Direito Privado, tendo como relator João Panize Neto, que deixou de conceder o efeito suspensivo por não vislumbrar relevância na fundamentação e, em momento posterior, não deu provimento ao agravo.

Eis a ementa do acórdão:

Agravo de Instrumento. Decisão agravada que concedeu antecipação da tutela pleiteada para determinar a manutenção da conta corrente da Agravada. Presentes os pressupostos para sua concessão. Fixação de multa em caso de descumprimento do comando legal. Cabimento. Valor fixado que deve ser mantido, pois busca justamente a efetividade do comando judicial. Exigibilidade a ser aferida após o julgamento do mérito da ação. Decisão mantida. Recurso não provido. (BRASIL, TJ/SP, 2015)

O banco apresentou sua contestação, seguida da réplica do autor. As partes não manifestaram o interesse na produção de prova e, por se tratar de matéria unicamente de direito, pleitearam o julgamento antecipado do feito.

O magistrado julgou improcedente a ação, fundamentado no fato de que a autora não poderia se socorrer dos benefícios do Código de Defesa do Consumidor por não ser considerada destinatária dos serviços e dos produtos e também por não vislumbrar a vulnerabilidade; logo, não foi reconhecida como consumidora.

Assim sendo, por não estar sob a égide da lei consumeirista, deveria se socorrer ao manto do Código Civil que, em seu artigo 473, admite categoricamente a resilição unilateral, nas hipóteses permitidas em lei (BRASIL, 2002). Como a resilição foi prevista em contrato pactuado pelas partes, deve ser considerada perfeitamente válida e cumprida, em respeito ao princípio da liberdade da autonomia da vontade e da função social dos contratos.

Em recurso de apelação, apresentado pela corretora, a 37ª Câmara de Direito Privado confirmou a respeitável sentença de 1ª instância, conhecendo o recurso e negando provimento, por votação unânime.

O teor do acórdão, relatado pelo eminente desembargador João Panize Neto, ressalta que já se encontra pacificada a incidência das normas consumeiristas aos contratos bancários; contudo, a

mera incidência das normas protetivas do consumidor não conduz inexoravelmente à procedência da ação (BRASIL, TJ/SP, p. 260).

Registrou, outrossim, que não houve qualquer irregularidade ou abusividade por parte do banco recorrido, pois se tratava de um exercício regular de direito previsto em contrato e por ter cumprido a sua incumbência de notificar a recorrente.

Colaciona-se o acórdão proferido nos autos em testilha:

Apelação digital. Ação de obrigação de fazer. Incidência do Código de Defesa do Consumidor (Súmula 297 do STJ), que não conduz inexoravelmente à procedência da ação. Apelante que recebeu notificação quanto ao encerramento de sua conta bancária. Possibilidade de rescisão unilateral do contrato de abertura de conta corrente. Notificação providenciada. Não verificada qualquer conduta abusiva por parte do Apelado. Precedentes jurisprudenciais. Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido. (BRASIL, TJ/SP, p. 258)

Ato contínuo, foi apresentado recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, tendo sido distribuída para a 3ª Turma, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, cujo deslinde foi, por maioria, negar provimento ao recurso especial, vencida a ministra Nancy Andrigi. Votaram com o relator os ministros Ricardo Villas Boas Cueva, Paulo de Tarso Sanseverino e Moura Ribeiro.

Como primeiro fundamento, ressaltou que a corretora de criptomoedas não pode ser considerada como consumidora, não podendo se beneficiar dos beneplácitos da lei consumerista. Nos dizeres do relator, “o serviço bancário de conta corrente é utilizado como implemento de sua atividade empresarial, não se destinando ao seu consumo final” (BRASIL, STJ, 2017, p. 5).

Ponderou, ademais, que

o serviço de conta corrente fornecido pela instituição bancária tem o propósito de incrementar sua atividade produtiva de intermediação, não se caracterizando, pois, como relação jurídica de consumo – mas de insumo –, a obstar a aplicação, na hipótese, das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor. (BRASIL, STJ, 2017, p. 7)

No mais, considerou que a conduta do banco não é ilícita nem configura abuso de direito. O direito de denunciar o contrato, optando pelo encerramento da conta-corrente, é um direito potestativo e subjetivo, corolário do princípio da autonomia da vontade, incapaz de gerar abusividade ou ilegalidade.

Ademais, a Lei 4.595/1964, recepcionada pela Constituição Federal de 1988 com o *status* de lei complementar, regulamenta o Sistema Financeiro Nacional, atribuindo ao Conselho Monetário Nacional o poder regulamentar a respeito das instituições financeiras, sendo certo que, no exercício de sua atribuição, expediu resoluções que admitem o encerramento das contas correntes por qualquer das partes, mediante prévia comunicação. Dessa forma, a decisão do banco está amparada em lei e em resoluções (BRASIL, 1964).

Como destacado pelo eminente relator:

Não se trata de simplesmente conferir prevalência a uma resolução do Banco Central, em detrimento da lei infraconstitucional (no caso, o Código de Defesa do Consumidor), como quer fazer crer a ora insurgente, mas, sim, de bem observar o exato campo de atuação dos atos

normativos (em sentido amplo) sob comento, havendo, entre eles, no específico caso dos autos, coexistência harmônica. (BRASIL, 2017, p. 10)<sup>6</sup>

## Conclusão

Pelo presente trabalho, verificou-se a existência de verdadeira celeuma sobre a possibilidade ou não de encerramento das contas-correntes titularizadas por corretoras de criptomoedas por parte das instituições bancárias, sendo certo que o Superior Tribunal de Justiça analisou recentemente, pela primeira vez, a matéria tratada neste trabalho.

Não obstante o Superior Tribunal de Justiça ter decidido pela validade do encerramento por parte dos bancos, registro que a matéria ainda não está totalmente encerrada, pois a moeda virtual veio para ficar, e a sua utilização como forma de pagamento ou como ativo financeiro, com certeza, irá aumentar nos próximos anos. Talvez o Superior Tribunal de Justiça tenha resolvido o caso momentaneamente; contudo, em um futuro breve, será inevitável a utilização recorrente das moedas virtuais a ponto de as próprias corretoras dos bancos oferecerem a seus clientes a comercialização das criptomoedas, podendo haver um redimensionamento da análise da matéria.

Como dito anteriormente, a favor das corretoras de criptomoedas foram apresentados os seguintes argumentos jurídicos: aplicação do Código de Defesa do Consumidor a elas, por serem destinatárias finais dos serviços bancários, sendo considerado uma prática abusiva a recusa de prestação de serviços ao consumidor, que se dispõe a pagar pelo produto ou serviço; tratar-se de um abuso de direito previsto no artigo 187 do Código Civil, o qual prevê a ilicitude quando o titular de um direito o exerce, extrapolando manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes; por fim, acrescenta-se o valor axiológico dos princípios da função social da empresa e de sua preservação, já que a vedação à conta corrente impediria as corretoras de criptomoedas o exercício de seu objeto social.

Por outro lado, em favor das instituições bancárias, consignam que: não se deve aplicar o Código de Defesa do Consumidor às corretoras de criptomoedas, já que não se enquadram no conceito de destinatárias finais dos produtos e serviços, conforme a teoria finalista, tendo em vista que, na espécie, há um consumo intermediário; a legalidade da resilição unilateral do contrato, de acordo com o artigo 473 do Código Civil, por estar prevista no contrato; e, por fim, por estarem os bancos agindo em conformidade ao artigo 12 da Resolução do Banco Central do Brasil 2.025, que admite a qualquer parte da relação contratual encerrar a conta-corrente, mediante prévia comunicação.

Com a devida vênia, entendo que não poderia se admitir o encerramento das contas bancárias, como se deu no julgamento analisado neste artigo, por evidente abuso de direito por parte das instituições bancárias. De fato, sob o fundamento frívolo de desinteresse comercial ou então por suposta origem ilícita do dinheiro, decidiram notificar seus clientes que operam a corretagem de criptomoedas acerca do encerramento de suas contas depósitos.

Independentemente de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor ou não, é fato que as instituições bancárias estão alicerçadas na resolução do Banco Central e no seu direito potestativo de resilição unilateral, por estar geralmente previsto no contrato; todavia, constata-se a abusividade

---

6 Segue ementa do julgado: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRETENSÃO EXARADA POR EMPRESA QUE EFETUA INTERMEDIÇÃO DE COMPRA E VENDA DE MOEDA VIRTUAL (NO CASO, BITCOIN) DE OBRIGAR A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA A MANTER CONTRATO DE CONTA-CORRENTE. ENCERRAMENTO DE CONTRATO, ANTECEDIDO POR REGULAR NOTIFICAÇÃO. LICITUDE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. (BRASIL, STJ, 2017).

do exercício desse direito por exceder manifestamente os limites da finalidade econômica ou social, boa-fé e bons costumes, principalmente se levarmos em consideração que, para o exercício de sua atividade empresarial, é indispensável o manuseio de uma conta-corrente.

Logo, se for negada a possibilidade de manter uma conta-corrente às corretoras de criptomoedas, estaremos, de forma inevitável, impedindo que exerçam sua atividade empresarial, violando frontalmente a função social da empresa e o princípio da preservação da empresa.

Ademais, embora a alegação de se tratar de dinheiro com origem ilícita seja louvável, deveria ser aplicada a todos os correntistas de modo indiscriminado, não sendo isso verificado na prática com os demais correntistas.

A meu sentir, trata-se de um modo de evitar que criptomoedas sejam comercializadas; todavia, em uma vida globalizada que vivemos na atualidade, o número de utilização de moedas virtuais aumentará de forma exponencial, sendo certo que essa maneira de evitar sua comercialização não surtirá efeitos, pois o próprio mercado tratará de apresentar formas alternativas que escapem a essa vedação.

No mais, é uma atitude que afeta também o consumidor que deseja investir em criptomoedas, pois, com o encerramento das contas-correntes das corretoras, os investidores encontrarão dificuldades de transferir dinheiro para a corretora e, por conseguinte, não terão acesso à compra de moedas virtuais. Prejudica-se, ao mesmo tempo, a corretora de criptomoedas e a pessoa que deseja investir em moedas eletrônicas.

## Referências

**Bancos cancelam contas de corretoras de criptomoedas.** Exame. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/bancos-cancelam-contas-de-corretoras-de-criptomoedas/>. Acesso em: 27 nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 4.595/64, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília-DF, 31 de dezembro de 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm). Acesso em: 5 nov. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 5 de nov. 2018.

BRASIL. **Resolução BACEN n. 2025/93. Altera e consolida as normas relativas à abertura, manutenção e movimentação de contas de depósitos.** Brasília-DF, 24 de novembro de 1993. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1993/pdf/res\\_2025\\_v5\\_P.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1993/pdf/res_2025_v5_P.pdf). Acesso em: 5 de nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 5 de nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 297.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em: 5 de nov. 2018.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 413 da V Jornada Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/224>. Acesso em: 5 de nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 01 de dezembro de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm). Acesso em: 5 de nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1277762/SP**, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 13/08/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101770819&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 5 de nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.538.831**, Rel. Ministro Ricardo Vilas Boas Cueva, Segunda seção, julgado em 09/05/2018, DJe 16/05/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1538831&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 5 de nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1696214**, Rel. Marco Aurélio Belizze. Terceira Turma, julgado em 09/10/2018, DJe 15/10/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=10666031020158260100&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 5 de nov. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 60.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo 106663-10.2015.8.26.0100. 23ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital e 37ª Câmara de Direito Privado**, julgado em 11/10/2016, DJe 19/10/2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI003KMLN0000>. Acesso em: 5 de nov. 2018.

TIMM. Luciano Bennetti. **Função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica**. Revista dos Tribunais (São Paulo), v. 876, p. 11-43, 2008.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin: o dinheiro na era digital**. 1ª ed. São Paulo: Mises Brasil, 2014.

# Renegociação de Créditos Rurais: dirigismo estatal e a súmula 298 do STJ

Fabiano de Figueirêdo Araujo\*

*Introdução. 1 Crédito rural: o dirigismo estatal e a normatização subjacente ao processo de renegociação de dívidas rurais. 2 A construção da Súmula 298 do STJ: o foco argumentativo e a sua incidência ampliada. 3 A Súmula 298 do STJ como elemento desestimulante de renegociações de crédito rural: considerações finais. Referências.*

## Resumo

O objetivo do trabalho é examinar a técnica argumentativa empregada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) para gerar a Súmula 298, que prevê a renegociação de crédito rural como direito subjetivo do mutuário, bem como demonstrar que a aludida súmula se coloca como um elemento de desestímulo de construção de novas hipóteses de renegociação de dívidas rurais. Para atingir tais escopos, abordar-se-á inicialmente a sistemática regulatória da concessão do crédito rural e do processo de repactuação das dívidas financeiras agrícolas. Após, o artigo examinará de forma detalhada o processo de construção da jurisprudência no STJ que gerou o aludido enunciado, tendo como foco a renegociação prevista pela Lei 9.138, de 29 de novembro de 1995, oportunidade na qual se verificou a existência de argumentação lastreada diretamente em preceitos avaliatórios, que inviabilizariam um silogismo jurídico e a universalização do entendimento ali aplicado para outras hipóteses de renegociação de dívidas rurais. Mesmo diante dessa premissa argumentativa, verificou-se que a Súmula 298 do STJ foi aplicada de forma alargada, o que pode desestimular a autorização de novas renegociações de dívidas rurais por parte do Conselho Monetário Nacional.

**Palavras-chave:** Crédito rural. Renegociação. Conselho Monetário Nacional. Súmula 298 do STJ.

---

\* Doutorando em andamento pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília. Especialista em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas. Procurador-geral adjunto de Consultoria de Pessoal, Normas e Patrimônio da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN). Ex-coordenador de Assuntos Financeiros da PGFN. Procurador da Fazenda Nacional. Professor universitário.

## *Rural Credit renegotiations: the government directing and Summula 298 of the Brazilian Superior Court of Justice*

### *Abstract*

*This paper aims to examine the argumentative methodology used by the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) to create the interpretation (Summula 298), which provides for the renegotiation of rural credit as the borrower's right, and its consequences regarding the discouragement of building new hypotheses of renegotiation of rural debts. Initially, the regulatory system of rural credit granting and the process of renegotiation of agricultural financial debts will be addressed. After, the article will examine the process of construction of jurisprudence in the STJ that generated that interpretation, focusing on the renegotiation by Law No. 9,138, 1995. In this part, the article shows the existence of juridical argumentation supported by evaluative precepts, that did not allow a juridical syllogism and the universalization of the interpretation, in order to apply that interpretation to other hypotheses of renegotiation of rural debts. However, it was found that Summula 298 of the STJ was widely applied, and because of that, Nation Monetary Council may be discouraged from authorizing new rural credit renegotiations.*

**Keywords:** Rural credit. Renegotiation. National Monetary Council. Summula 298 of the STJ.

### **Introdução**

O crédito rural é bastante emblemático em nosso país, por várias razões: desde a sua ampla utilização, mercê do caráter dinâmico do setor agropecuário, passando pela sua regular formalização mediante encargos financeiros relativamente inferiores ao restante da economia, bem como em face da notória regulação robusta incidente sobre os mútuos agrícolas, que chega ao ponto de prever a necessidade de detalhado regramento da recomposição da dívida.

Esse cenário ocasiona, decerto, ampla judicialização, havendo, assim, súmulas de jurisprudência de tribunais superiores relacionadas com a matéria.<sup>1</sup> Um dos enunciados mais conhecidos é o da Súmula 298 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), na qual acentua que o alongamento de dívida originária de crédito rural não constitui faculdade da instituição financeira, mas direito do devedor, nos termos da lei.

A aludida súmula, a despeito de retratar uma exegese que teve como foco apenas a renegociação de dívidas rurais tratada pela Lei 9.138/1995, consoante seus pretendentes, goza de uma literalidade que amplia o seu horizonte, atingindo qualquer hipótese de recomposição de dívidas rurais.

Esse ponto, contudo, não é única observação crítica que pode ser empreendida em face da aludida súmula. Com efeito, em análise dos arestos que lhe originaram, observa-se a existência de argumentação lastreada em preceitos avaliatórios, que dificultam um silogismo jurídico. Não houve, sem embargo, qualquer enfrentamento da premissa, contra intuitiva em relação a negócios jurídicos ordinários, de que qualquer renegociação de créditos rurais pressupõe uma autorização normativa expressa.

Diante do exposto, o escopo do presente artigo é empreender críticas acerca do processo de argumentação que ensejou a Súmula 298 do STJ, e suas consequências no tocante ao desestímulo de construção de novas hipóteses de renegociação de dívidas rurais.

---

<sup>1</sup> Vide, por exemplo, Súmula 638 do STF ("A controvérsia sobre a incidência, ou não, de correção monetária em operações de crédito rural é de natureza infraconstitucional, não viabilizando recurso extraordinário") ou Súmula 93 do STJ ("A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juro.")

Para atender a tal mister, o primeiro ponto deste artigo abordará a extensa sistemática regulatória da concessão do crédito rural e do processo de repactuação das dívidas financeiras agrícolas. Por sua vez, a segunda parte deste empreendimento intelectual terá como mister examinar de forma detalhada o processo de construção da jurisprudência no STJ que gerou o aludido enunciado.

## **I Crédito rural: o dirigismo estatal e a normatização subjacente ao processo de renegociação de dívidas rurais**

O setor de crédito financeiro rural é bastante regulado no cenário econômico brasileiro. A notória importância histórica do âmbito agrícola na formatação econômica nacional engendrou uma normatização primária ampla sobre a matéria, desde há muito.

A previsão de legislação nacional que tratasse expressamente sobre mecanismos que fomentassem operações de crédito agrícola adveio no século XIX (BITTENCOURT & VIAL, 2017, p. 22). Ademais, é cediça a influência do setor primário nacional nas querelas históricas brasileiras, de sorte que digressões maiores sobre tal ponto inclusive estenderia demasiada (e desnecessariamente) o presente trabalho.

Diante desse cenário, a Lei 4.829/1965, que institucionalizou o crédito rural, delineou um amplo mecanismo de dirigismo estatal no disciplinamento desse empreendimento econômico financeiro.

Uma vez que a intervenção estatal na seara econômica é limitada, priorizando-se a liberdade de iniciativa dos atores privados,<sup>2</sup> a Lei 4.829/1965 restringiu o alcance do crédito rural, quando acentuou que este

restringe-se ao campo específico do financiamento das atividades rurais e adotará, basicamente, as modalidades de operações indicadas nesta Lei, para suprir as necessidades financeiras do custeio e da comercialização da produção própria, como também as de capital para investimentos e industrialização de produtos agropecuários, quando efetuada por cooperativas ou pelo produtor na sua propriedade rural (art. 8º da indigitada Lei).

Os arts. 9º a 10 da Lei, combinados com os arts. 48 e 49 da Lei 8.171, de 17 de janeiro de 1991, estabelecem o escopo do crédito rural. O crédito rural pode ser distinguido, segundo sua finalidade, em operações de custeio, investimento, comercialização ou industrialização de produtos agropecuários (art. 9º), havendo a necessidade de que o agente financeiro empreenda fiscalização sobre a escoreita aplicação do montante derivado do mútuo em atividades rurais (art. 10, I, da Lei 4.829/1965).

Extrai-se, por causa desse último preceito legal, que o crédito rural tem estrita utilização. Como dito na doutrina, “evidencia-se (...) que o crédito rural tem um campo específico de execução e de maneira nenhuma pode ser desviado para outra atividade que não seja a rural, sob pena de configurar o desvio de finalidade” (BITTENCOURT & VIAL, 2017, p. 29).

Essa visão restritiva do crédito rural é tão clara que o próprio Manual de Crédito Rural (MCR), conjunto de resoluções do Conselho Monetário Nacional (CMN) que tratam da matéria, dispõe, em seu item 1-1-3, que “não constitui função do crédito rural financiar o pagamento de dívidas”. O desvio de finalidade no uso do crédito rural poderia ensejar, se for o caso, subsunção a tipo penal (art. 20 da Lei 7.492, de 16 de junho de 1986).

---

<sup>2</sup> Conforme o art. 145 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, cenário que ensejou a lei em comento, e o próprio art. 170 da hodierna Constituição Federal.

Há uma razão para tal controle: a institucionalização normativa do crédito rural gerou uma larga fonte obrigatória de fontes de recursos para financiamento. Assim, a inexistência de fiscalização sobre o destino dos recursos poderia induzir a aplicabilidade de tal direcionamento para outras atividades destoantes do escopo normativo pretendido, qual seja, fomentar a atividade agrícola.

As principais fontes do crédito rural serão explicitadas a seguir.

Como primeira origem de recursos, o art. 21, *caput*, da Lei 4.829/1965, estabelece a obrigatoriedade de que Banco do Brasil SA, Banco da Amazônia SA, Banco do Nordeste do Brasil SA, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, e demais instituições financeiras envolvidas no Sistema Nacional de Crédito Rural (SNCR)<sup>3</sup> mantenham a obrigatoriedade de aplicar seus recursos administrados em crédito rural, conforme diretrizes do CMN.

Com lastro em tal preceito, para o Plano Safra 2018-2019, o CMN estabeleceu, por intermédio da Resolução CMN 4.669, de 6 de junho de 2018, que as instituições financeiras do SNCR devam manter aplicado em operações de crédito rural o montante equivalente a 30% (trinta por cento) do valor médio anual dos recursos existentes nas instituições financeiras a título de depósito à vista (denominado tecnicamente como “recursos obrigatórios”). Outrossim, a Resolução CMN 4.614, de 30 de novembro de 2017, estabeleceu que o montante equivalente a 60% dos depósitos de poupança rural deva seguir o mesmo destino.

Com tal conduta, verifica-se que o CMN, regulador do Sistema Financeiro Nacional (arts. 2º a 4º da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964) empreende um direcionamento de largo importe dos recursos geridos pelas instituições financeiras para operações de crédito rural, ocasionando uma oferta de crédito alta, com conseqüente tendência de taxas de juros menores do que as ocorrentes em outros cenários econômicos.

Isso ocorre pelo fato de que os depósitos à vista, em geral, não ensejam remuneração do custo de captação, possibilitando, assim, taxas de juros bem inferiores ao da praxe de mercado.

O CMN, na espécie, atua claramente como regulador assertivo, delineando o sistema financeiro de forma a atender prioritariamente o setor. Deveras, há de se registrar que a conduta regulatória não tem como escopo a concepção de corrigir apenas as ineficiências de determinado mercado,<sup>4</sup> como comumente se aponta, sendo que esta é apenas uma das suas funções (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 15; RAGAZZO, 2011, p. 34; ARAGÃO, 2013),<sup>5</sup> já que pode objetivar o atendimento a valores redistributivos ou de sustentabilidade, por exemplo.

Convém lembrar que, se a instituição financeira não conseguir promover operações de crédito suficientes para atender a tal direcionamento, estará sujeita a custos financeiros estabelecidos pelo Banco Central do Brasil (§§ 1º e 2º do art. 21 da Lei 4.595/1964).

Há de se consignar que a regulação na matéria é tão estrita que o CMN é quem estabelece os encargos financeiros nas operações de créditos com *funding* controlado (art. 14 da Lei 4.829/1965), o que enseja, vale aditar, uma evidente limitação na autonomia contratual dos agentes financeiros e mutuários rurais.

É de se registrar que, independentemente da fonte privada dos recursos que servirão para ulteriores operações de crédito, a União também pode promover a subvenção da equalização de juros, conforme o disposto no art. 4º da Lei 8.427, de 1992.

3 Em síntese, as principais instituições financeiras privadas nacionais. Esse trecho, na verdade, representa o resumo do teor da atual redação do arts. 21 c/c 7º da Lei 4.829/1965.

4 Falhas de mercado configuram, em síntese, a existência de bens públicos, a existência de externalidades não desejadas ou mercados não competitivos (RAGAZZO, 2011, p. 20). Anote-se, por oportuno, que há entendimentos diversos sobre se a informação assimétrica entre vendedores e compradores configuraria ou não falha de mercado.

5 Por oportuno, aduz o Prêmio Nobel de economia George J. Stigler (2004, p. 24) que a regulação é instituída basicamente para proteção e benefício de toda a sociedade, ou de grande parcela dele, de sorte que as condutas regulatórias que não seguissem a lógica de eficiência seriam “o preço de uma espécie de objetivo social” ou, até mesmo, falha de cunho regulatório (“perversões da filosofia regulatória”).

No caso dessa subvenção, a União é autorizada a repassar ao agente financeiro o diferencial de taxas entre o custo de captação de recursos, acrescido dos custos administrativos e tributários a que estão sujeitas as instituições financeiras oficiais e os bancos cooperativos, nas suas operações ativas, e os encargos cobrados do tomador final do crédito rural estabelecidos pelo CMN (art. 4º da Lei 4.829, de 27 de maio de 1965). Essa conduta tem o condão de possibilitar, ainda mais, a diminuição dos encargos financeiros dos mútuos rurais, permitindo juros inferiores ao do próprio custo de captação, com consequente pagamento de subvenção pelo Tesouro Nacional.

Outrossim, consigne-se que recursos públicos também são empregados como fonte de financiamento em operações de crédito rural. Com efeito, entre outras fontes públicas, podemos registrar que:

- (i) parte dos recursos de fonte tributária alocados no fundo constitucional de desenvolvimento do Norte, Nordeste e Centro-Oeste de que trata o art. 159, I, “c” da Constituição Federal, é aplicado em operações de crédito rural (art. 1º da Lei 10.177, de 12 de janeiro de 2001);
- (ii) o Fundo público de Defesa da Economia Cafeeira, de que trata o Decreto-Lei 2.295, de 21 de novembro de 1986, também é empregado como *funding* de crédito rural.

Toda a legislação específica relacionada com o uso de recursos públicos para operação de crédito rural prevê a atuação do CMN para estabelecer os encargos financeiros, regras de financiamento e outros preceitos normatizadores dos contratos de mútuo.

Não se pode deixar de anotar, de qualquer sorte, que ultimamente há uma tendência de desregulação do sistema de crédito rural para operações de crédito que tenham como *funding* recursos de mercado de capitais (MARQUES & MARQUES, 2017, p. 155), tais como Letra de Crédito do Agronegócio (LCA), gozando assim de regulação mais escassa pelo CMN (que ainda acaba atuando, mercê do disposto no art. 49 da Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004 e item 7 do capítulo 6 do MCR, que prevê livre pactuação de encargos financeiros), ou até mesmo para mútuos rurais que tenham como fonte recursos livres, em que praticamente não há delineamento regulatório (item 3 do capítulo 6 do MCR). Sem embargo, isso, no cenário do crédito rural, ainda é espectro residual.<sup>6</sup>

Por sua vez, como o crédito rural é amplamente dirigido pelo Estado, necessitando da atuação do CMN com o intuito de estabelecer as regras básicas a fim de que sejam implementados os negócios jurídicos, as renegociações pertinentes a tal âmbito também precisam de autorização do CMN.

Os preceitos legais que preveem tal competência por parte do CMN se encontram nos arts. 4º e 14 da Lei 4.829/1965; e no art. 5º da Lei 10.186/ 2001.

Deveras, o art. 4º, IV, da Lei 4.829/1965, registra que o CMN disciplina o crédito rural do país, e estabelece a fixação e a ampliação dos programas de crédito rural, abrangendo todas as formas de suplementação de recursos, inclusive refinanciamento. Outrossim, o art. 5º da Lei 10.186/2001, prevê a possibilidade de o CMN autorizar a prorrogação e a composição de dívidas de crédito rural.

O MCR já prevê regras abstratas para renegociação de operações de crédito rural (a título de ilustração, citam-se o item 2-6-12 ou o capítulo 18), mas nada impede que resoluções do CMN

6 Segundo a Matriz de Dados do Crédito Rural – Contratações, constante no sítio do Banco Central do Brasil (<https://www.bcb.gov.br/estabilidade/financeira/reportmicrural/?path=conteudo%2FMDCR%2FReports%2FqvcFonteRecursosRelat.rdl&nome=Quantidade%20e%20Valor%20dos%20Contratos%20por%20Fonte%20de%20Recursos&exibeParametros=true&botoesExportar=true> – Acesso em: 20/7/2019), durante o ano de 2018, houve a realização de mútuos rurais no importe aproximado de R\$181 bilhões, sendo que quase R\$100 bilhões foram oriundos de depósitos à vista ou poupança rural. Apenas cerca de R\$8 bilhões tiveram como fonte LCA em taxas de livre mercado, e R\$8 bilhões foram qualificados como recursos livres.

estabeleçam regras específicas para determinadas situações – vide, por exemplo, as Resoluções CMN 4.161, de 2012, ou 4.545, de 2016.

O que não se pode deixar de anotar, contudo, é que o processo de recomposição ou renegociação de operações de crédito rural deve seguir estritamente as regras outorgadas pelo CMN, sob pena de ser desqualificada como operação rural e, assim, afastar todo o regramento normativo subjacente a tal negócio jurídico (não ser enquadrado nas regras de direcionamento ou não ser passível de subvenção econômica, por exemplo).

Nada impede, por fim, que lei, por questões de juízo político, empreenda renegociações de crédito rural. Isso em geral ocorre quando a União teria despesas públicas relacionadas com as aludidas recomposições, tais como bônus para adimplemento (vide, por exemplo, art. 3º, *caput*, e §3º, da Lei 11.775/2008) ou pagamento do desconto correspondente à liquidação antecipada (art. 3º, *caput*, e §4º, da Lei nº 13.340, de 2016), de sorte que o primado da legalidade pela Administração Pública (art. 37, *caput*, Constituição Federal) assim exigiria.

Entre as renegociações que tiveram escopo direto em mandamento legal, convém trazer considerações sobre a Lei nº 9.138, de 1995, cuja composição de dívidas rurais ensejou a Súmula 298 do Superior Tribunal de Justiça.

## 2 A construção da Súmula 298 do STJ: o foco argumentativo e a sua incidência ampliada

Como dito no final do capítulo anterior, sem prejuízo de que a renegociação de dívidas rurais seja operacionalizada, em regra, conforme autorização dada pelo CMN, nada impede que lei estabeleça regramento sobre a recomposição de mútuos agrícolas. Isso fica mais evidente nas hipóteses que, subjacente à renegociação, há uma conduta direta a ser empreendida por órgão da União relacionada com a composição do débito.

Dentro desse contexto, adveio a Lei 9.138, de 1995, que estabeleceu normas para regularização de dívidas no setor rural, mediante processo de securitização.

Em linhas gerais, o art. 5º da Lei, em sua redação originária, estabelecia as seguintes regras:

- (i) as instituições do SNCR estavam autorizadas a alongar dívidas oriundas de créditos rurais, inclusive já desclassificadas,<sup>7</sup> por um prazo de 7 a 10 anos, dependendo do caso, dívidas formalizadas até 20/6/1995 e de até R\$200 mil;
- (ii) os mutuários pagariam as dívidas conforme a variação de preços mínimos (VPM) acrescida de taxa de juros de 3% ao ano, ofertando as garantias tradicionais no cenário econômico específico; e
- (iii) a dívida poderia ser paga por moeda corrente ou equivalentes unidades de produto agropecuário, mediante depósito da mercadoria em unidade de armazenamento credenciada pelo governo federal.

Como característica notória dessa renegociação, a União foi autorizada (art. 6º) a emitir títulos da dívida pública no valor de sete bilhões de reais, com o fito de garantir as dívidas renegociadas – havendo inadimplemento por parte dos mutuários, as instituições financeiras seriam satisfeitas quando do resgate dos aludidos títulos.

---

<sup>7</sup> Dívidas já não mais consideradas normativamente como crédito rural, tais como situações já explicitadas neste artigo, ou eventualmente já “baixadas como prejuízo” contabilmente nas instituições financeiras, por já gozar de inadimplência superior a um ano.

Verifica-se, por oportuno, que como dito outrora, os critérios e regras para renegociação de créditos rurais poderiam ser operacionalizadas mediante simples resolução do CMN. A razão de ser de edição de uma lei específica para o caso concreto é que haveria necessidade de autorização legal, mercê do primado da legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), para que a União emitisse títulos para garantir a adimplência do ajuste em comento.

Finalmente, o art. 10 da Lei disciplinava que o CMN deliberaria a respeito das características financeiras dos títulos do Tesouro Nacional a serem emitidos e disporia sobre as demais normas, condições e procedimentos a serem observados na formalização das operações de renegociação tratadas na Lei. Para tal mister, foi editada a Resolução CMN 2.238/1996.

Após a concretização normativa, tendo em vista a literalidade no art. 5º da Lei 9.138, de 1995, na qual outorgava uma *faculdade* ao agente financeiro em operacionalizar a renegociação em comento, houve uma crescente judicialização em torno do tema, sob o pálio de que a ampla intervenção estatal no SNCR ensejaria uma visão sistêmica de que os mutuários, beneficiados da regulação extrema do setor, gozariam de direito subjetivo a uma renegociação tratada normativamente, caso preenchidos os requisitos previstos no preceito normativo autorizador da composição, levando em segundo plano o primado da autonomia de vontade subjacente aos negócios jurídicos.

A judicialização levou a uma jurisprudência dominante no bojo do Superior Tribunal de Justiça (STJ), formalizada pela Súmula 298, na qual explicita que “o alongamento de dívida originada de crédito rural não constitui faculdade da instituição financeira, mas, direito do devedor nos termos da lei”.

O foco deste artigo, doravante, é promover uma análise dos precedentes que levaram ao aludido enunciado, bem como a interpretação empreendida posteriormente à edição da indigitada súmula. Como recorte institucional para realização da análise das decisões (FREITAS & LIMA, 2010, p. 10-1), abordam-se os acórdãos do STJ, exarados antes e após a edição da Súmula, por dois motivos:

- (i) a interpretação empreendida pelo STJ no assunto acabou firmando a compreensão final do processo de renegociação de dívidas rurais (*pertinência temática*) prevista pela Lei 9.138/1995; e
- (ii) o STJ, como cediço, é o órgão responsável por uniformizar a interpretação de normas legais federais em nosso país, de sorte que a jurisprudência estruturada na espécie acaba sendo um norte orientativo para exegese das operações de recomposição de créditos rurais (relevância decisória).

Inicialmente, são trazidos à baila os precedentes que geraram a construção da Súmula 298 do STJ. Consoante pesquisa empreendida no sítio eletrônico do STJ, a indigitada Súmula foi acordada pela Segunda Turma no dia 18/10/2004, publicada no Diário de Justiça no dia 22/11/2004 e, conforme extrato da sua publicação, os precedentes que geraram o referido enunciado foram os seguintes, por ordem cronológica: (i) REsp 166.592-MG (4ª T, 07.05.1998 – DJ 22.06.1998); (ii) REsp 147.586-GO (4ª T, 03.09.1998 – DJ 07.12.1998); (iii) REsp 194.324-MG (3ª T, 23.11.1999 – DJ 07.02.2000); (iv) REsp 234.246-SP (4ª T, 29.08.2000 – DJ 13.11.2000); (v) AgRg no Ag 320.989-RS (3ª T, 29.03.2001 – DJ 28.05.2001); (vi) AgRg no Ag 476.337-RS (3ª T, 25.02.2003 – DJ 17.03.2003) e (vii) REsp 525.651-MG (3ª T, 14.10.2003 – DJ 10.11.2003).

Tendo em vista o rol de decisões dadas pelo próprio STJ, o que já dispensaria preambularmente a motivação da escolha do banco de dados objeto de exame (FREITAS & LIMA, 2010, p. 12), o escopo deste empreendimento intelectual é o de realizar um aprofundamento desses *leading cases*, focando os argumentos trazidos.

Para atender a tal fim, promove-se uma tabela, com uma breve argumentação contida no voto condutor dos precedentes.

**REsp 166.592-MG (BRASIL, 1998-1)**

**Decisão:** A renegociação de que trata a Lei 9.138/1995, consubstancia direito subjetivo do devedor.

**Fundamentação:** (i) a medida tem como finalidade implementar a política agrícola de caráter protetivo e de incentivo definida no art. 187, I, da Constituição Federal; (ii) a interpretação literal não se adequa no caso da Lei 9.138/1995, uma vez que “impede a concretização das finalidades da referida lei, que são incentivar e proteger o setor agrícola” (transcrição de doutrina mencionada no voto do relator); também a interpretação literal tem “importância insignificante no mundo jurídico, já que ela não permite ao intérprete alcançar os vários objetos pretendidos pela lei, já que nenhuma instituição financeira vai querer renegociar dívidas agrárias” (transcrição de trecho da decisão de instância inferior, mencionada no voto); (iii) a faculdade a ser dada pela lei serve ao devedor, beneficiado da medida de regularização dada pela lei, e não pelo credor (resumo de transcrição de doutrina mencionada no voto do relator), “não havendo que se falar, para a questão ora tratada, em autonomia da vontade da instituição financeira”; (iv) a atuação do Estado na espécie tem amparo constitucional (art. 174, CF), permitindo a União a atuar no domínio econômico (transcrição de trecho da decisão de instância inferior, mencionada no voto).

**REsp 147.586-GO (BRASIL, 1998-2)**

**REsp 194.324-MG (BRASIL, 2000-1)**

**REsp 234.246-SP (BRASIL, 2000-2)**

**AgRg no Ag 320.989-RS (BRASIL, 2001)**

**AgRg no Ag 476.337-RS (BRASIL, 2003-1)**

**REsp 525.651-MG (BRASIL, 2003-2).**

**Decisão:** : A renegociação de que trata a Lei 9.138/1995, consubstancia direito subjetivo do devedor.

**Fundamentação:** A autorização concedida pela Lei é para que os agentes financeiros façam a renegociação nos termos da lei, “pois do contrário a lei estaria apenas instando os bancos a fazer o que está no poder de qualquer credor”, que é renegociar dívida. Menciona, quando for o caso, precedentes com a mesma lógica.

A tabulação acima teve como premissa a argumentação tecida nos precedentes. O primeiro precedente, relatado pelo saudoso ministro Sálvio de Figueiredo, foi o que efetivamente trouxe uma maior abordagem sobre a temática. Os demais precedentes, em geral, ou fizeram menção a arestos anteriores, ou se limitaram a corroborar a premissa de que a literalidade do art. 5º da Lei 9.138, de 1995, deveria ser compreendida como de faculdade do devedor, e não do credor. Tal argumento, vale aditar, está contido no voto do primeiro precedente trazido, de sorte que, para fins do presente artigo, torna-se relevante o exame mais apurado apenas do primeiro acórdão.

Sem embargo, vale aditar que, em todos os precedentes, não foi enfrentada a premissa jurídica delineada no primeiro capítulo deste artigo, qual seja, a de que sempre há a necessidade de que uma norma (regulatória do CMN ou legal) autorize a renegociação de tal espécie de dívida (não havendo, portanto, livre disponibilidade da instituição financeira em exercer tal empreendimento no âmbito do crédito rural), e que a renegociação em comento foi empreendida diretamente por lei pelo fato de que haveria a necessidade de autorização legal para que a União emitisse títulos públicos que seriam utilizados para garantia da dívida.

Era importante enfrentar essa premissa, até mesmo para que se compreendesse a razão pela qual a lei previu, no seu art. 5º, uma “autorização” para renegociação de dívida.

O uso desse caráter autorizativo (e não cogente) para realização de renegociações de mútuos rurais é tão tradicional no setor que, somente a título de ilustração, a Resolução do CMN 2.080, de 22 de junho de 1994, editada pouco tempo antes da lei em testilha, registrava, em seu art. 1º, comando semelhante ao que previa o preceito ora em exame, registrando que ficavam “as instituições financeiras autorizadas a renegociar dívidas de produtores rurais, vencidas até 31.12.92 e não prorrogadas por não se enquadrarem nas disposições do MCR 2-6-9”, conforme regramento lá existente.

Sem prejuízo do disposto acima, não é escopo deste artigo discorrer sobre a conclusão da jurisprudência do STJ acerca da matéria, assunto inclusive já vetusto. O que soa importante aqui é empreender críticas acerca do processo de argumentação que levou ao aludido entendimento.

Com efeito, registra-se que o saudoso ministro Sálvio de Figueiredo, no precedente que, como já epigrafado, goza de argumentação mais exauriente, levantou, em seu voto condutor, fundamentações de cunho constitucional em dois momentos. Inicialmente, o relator trouxe trecho doutrinário de Luciano Sotero Santiago, no qual se registra que a Lei em comento “constitui uma forma de concretização e de efetividade da norma constitucional insculpida no art. 187 do CF, visto que assegura a implementação de políticas econômicas de fomento (...)” e assim, interpretada a lei conforme a Constituição, “dúvida não há que a Lei 9.138/1995 estabeleceu um caráter obrigatório para as repactuações de dívida agrária” (BRASIL, 1998-1). Continuando, o relator trouxe outros excertos doutrinários, bem como sentença de juízo do primeiro grau acerca da matéria, delineando que o art. 174 da Constituição Federal autoriza o Estado a intervir na atividade econômica.

Avaliando tal ponto, não há dúvidas de que a Constituição Federal goza de estatura institucional-jurídica superior e que, por conseguinte, molda a exegese a ser empreendida sobre a legislação ordinária. Essa premissa, vale aditar, inclusive é corriqueiramente aplicada pela Jurisprudência para julgar casos relacionados com questões tradicionais da esfera do direito privado, tal como, por exemplo, a *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, isto é, a possibilidade de aplicação das normas constitucionais às relações privadas, em que se contrapõem a autonomia da vontade e a efetivação dos direitos fundamentais.<sup>8</sup>

Sem embargo, há de se ter em mente que a aplicação de um preceito constitucional, mormente quando tal comando textual goza de vagueza semântica, solicita ônus argumentativo, uma vez que a discricionariedade judicial, independente da sua higidez institucional, é *por si* fator complexo no cenário democrático (NINO, 2003, p. 433).

A existência de uma motivação idônea acerca da incidência de um preceito de textura aberta para solução de um caso concreto conduz a uma atividade jurisdicional mais legitimada institucionalmente, infirmando-se eventuais críticas de arbitrariedade judicial.<sup>9</sup>

Outrossim, esses preceitos constitucionais vagos são construídos, muitas vezes, com termos avaliatórios, de sorte que a sua incidência normativa a uma situação factual pressupõe a sua modulação

---

8 O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no RE nº 201.819 (rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes), acentuou que a exclusão de sócio de uma entidade associativa vinculada ao ECAD deve respeitar o preceito do devido processo legal

9 “O que parece pouco claro para alguns é que os vínculos políticos e ideológicos que ligam os sujeitos em uma comunidade política produzem tão mais eficazmente legitimidade quanto mais houver discussão na esfera pública sobre o que determina as decisões que afetam a todos. Portanto, mais do que os dispositivos das decisões sobre questões políticas (no sentido amplo do termo), os fundamentos são o que realmente importa.” (FREITAS FILHO, & SILVA, 2017, p. 357)

para vocábulos descritivos, com o fito de ser possível a incidência do silogismo jurídico.<sup>10</sup> A mera menção, em uma decisão judicial, de um comando judicial avaliatório sem a sua densificação, mediante explicitação das circunstâncias descritivas presentes no caso, não possibilita uma compreensão precisa da exegese judicial, inviabiliza uma idônea universalização da interpretação judicial e, por fim, ostenta um *déficit de argumentação* (FREITAS FILHO, 2009, p. 290 e ss.).

Diante do exposto, observa-se que, no voto condutor do precedente ora examinado, houve menção remota a preceitos constitucionais (arts. 187, I e 174) semanticamente vagos, sem a necessária construção argumentativa de estabelecer parâmetros claros e descritivos de como a incidência daqueles dispositivos geraria a conclusão do julgado (qual seja, de que a renegociação pelo agente financeiro dependeria apenas da vontade do devedor).

Essa construção gozaria de importância institucional até mesmo porque o teor literal do enunciado da Súmula não possui redação expressamente limitadora à renegociação da Lei nº 9.138, de 1995, a despeito de os precedentes que o formalizaram sejam exclusivamente relacionados com a renegociação tratada na aludida lei.

Diante do exposto, pode-se empreender a seguinte síntese:

- (i) os precedentes que geraram a Súmula 298 do STJ são diretamente relacionados com a renegociação de que trata a Lei nº 9.138, de 1995 – isso fica claro tanto pelos arestos trazidos acima, bem como pelo fato de que a argumentação foi lastreada em singularidades só contidas em tal renegociação (tal como o fato de que a União era autorizada a emitir títulos públicos para garantia da dívida); e
- (ii) há, no precedente mais relevante no ponto de vista argumentativo, fundamentação com lastro em preceitos constitucionais semanticamente vagos, sem o estabelecimento de parâmetros descritivos de como a eficácia de tais dispositivos geraria a conclusão do julgado;

A Súmula, sem embargo do exposto no item “i” da síntese, gozou de literalidade que escapa da adstrição da temática geradora do enunciado (qual seja, a renegociação de dívida rural tratada pela Lei nº 9.138, de 1995), sendo que a incidência de preceitos constitucionais levantados em sede de argumento do entendimento que sufragou a súmula não gozou da devida fundamentação nos termos articulados neste artigo (item “ii”), não logrando, assim, conter a idônea universalização da interpretação judicial.

Assim, de tal contexto adveio uma consequência evidente: a incidência do enunciado para espécies de renegociação de dívidas rurais que não tivessem qualquer relação com a Lei nº 9.138, de 1995, única fonte direta para construção da súmula em comento. Com o fito de corroborar tal tese, empreende-se mais uma vez à análise da jurisprudência do STJ, mediante os parâmetros a seguir delineados.

Fazendo-se consulta ao banco de dados do sítio eletrônico do STJ, mediante mecanismo de filtragem, com a inclusão da informação “Súmula” e “298” no campo “Legislação”, foram encontrados 21 acórdãos.

Dentre tais arestos, houve a identificação de 2 julgados que não possuíam qualquer relação com a renegociação de que trata a Lei nº 9.138, de 1995, mas que foram decididos com lastro na Súmula 298 do STJ. Passemos a examinar, objetivamente, cada um desses acórdãos:

---

<sup>10</sup> “Os princípios e cláusulas gerais não permitem, pela forma como são escritas, a sua aplicação direta a um caso, ou seja, tais tipos normativos não podem ocupar a posição de premissa maior de um silogismo na forma do qual se fundamenta uma decisão jurídica. Não é possível se aplicar de forma universal um “princípio” (uso aqui o termo no sentido de Hare) que seja expresso com expressões ou palavras avaliatórias. Estas não permitem a universalidade da decisão, na medida em que é inviável definir tais palavras em termos genericamente descritivos. O que é “excessivamente oneroso”? Só é possível responder a esta pergunta considerando um caso concreto no qual o sentido descritivo da expressão terá que ser demonstrado, tudo segundo circunstâncias específicas do caso”. (FREITAS FILHO, 2009, p. 303)

- (i) AgInt no AREsp 906688/MG, julgado em 15/05/2018 (BRASIL,2018): Neste caso, o autor tentou sufragar o direito subjetivo à renegociação “com a ré com base no art. 14 da Lei 4.829/65, c/c o capítulo 2, seção 6, item 9, do Manual de Crédito Rural, e Súmula 298, do STJ” (trecho do voto condutor). Ou seja, a recomposição objeto do acórdão tinha como embasamento normativo a própria Resolução do CMN que entabulou a regra no MCR;
- (ii) REsp nº 1531676/MG, julgado em 18/05/2017, no qual determinado mutuário aduzia a aplicação da Súmula em face de renegociação autorizada nos termos da Lei 11.775, de 2008, conforme pesquisa feito pelo autor deste artigo no julgado de instância inferior.

A aplicabilidade da Súmula 298 do STJ, portanto, foi claramente alargada, já que a sua construção adveio da interpretação estruturada no bojo da renegociação de dívidas rurais prevista pela Lei nº 9.138, de 1995. Não se pode deixar de anotar, por oportuno, que houve, em precedente basilar para confecção da jurisprudência dominante, menção a preceitos constitucionais que poderiam ensejar uma abstração jurídica de tese a incidir em outras espécies de renegociação de dívidas rurais. Sem embargo, como explicitado outrora, o ônus argumentativo lá utilizado foi genérico, sem o estabelecimento de elementos descritivos que configurassem uma universalização de entendimento.

### **3 A Súmula 298 do STJ como elemento desestimulante de renegociações de crédito rural: considerações finais**

Como se delineou no decorrer do presente artigo, o processo de renegociação de dívidas de crédito rural goza de grande dirigismo estatal. A estruturação normativa é engendrada de sorte que os agentes financeiros não possuam ampla autonomia para negociar, de iniciativa própria, no processo de repactuação dos aludidos mútuos.

Há a necessidade, para tal mister, de prévia autorização normativa, ordinariamente entabulada pelo CMN, mas que também pode ser prevista por lei federal, mormente quando há necessidade de conduta de órgão da União especificamente a tais renegociações.

Dentre as recomposições de dívida rural, há de se lembrar o disposto na Lei 9.138, de 1995, que entabulou famosas regras de repactuação rural, cujas discussões judiciais geraram a Súmula 298 do STJ. Como se viu, a construção do indigitado enunciado não atentou ao paradigma normativo setorial de que a própria recomposição de dívida por parte do agente financeiro, para ser válida, necessitaria de prévia autorização regulatória, de sorte que o STJ convolou tal autorização em imediato direito subjetivo do mutuário devedor.

Extrai-se, do exame da jurisprudência do STJ, que além de deficiências argumentativas tecidas nesta sede, a referida Súmula acabou tendo aplicação alargada em relação aos precedentes que lhe geraram.

Esse fato tem o condão de gerar consequências negativas aos próprios mutuários rurais. Com efeito, a jurisprudência pode acabar gerando um desestímulo para construção de novas autorizações de renegociação de mútuos agrícolas, especialmente por parte do CMN, já que tal órgão, além da sua atuação perante o crédito rural, é também a unidade reguladora mais relevante do Sistema Financeiro Nacional, conforme competência que lhe foram atribuídas pela Lei nº 4.595, de 1964.

Desse modo, firmando-se a premissa de que a repactuação de um débito rural autorizado normativamente é um direito subjetivo do devedor, o agente financeiro poderia ser compelido a acatar repactuações sem as devidas cautelas de praxe, tais como a exigência de garantia adequada. Esse cenário poderia refrear a atuação do CMN em autorizar renegociações de crédito rural, já que é também da sua atribuição atentar ao equilíbrio prudencial do sistema financeiro interno.

Como se vê, a Súmula 298 do STJ possui, assim, uma dupla imperfeição. Afinal, além de não ter gerado um direito subjetivo de renegociação em dissonância com o paradigma normativo do crédito rural, o referido enunciado acaba consubstanciando um elemento limitador do CMN em autorizar novas renegociações, induzindo, ao fim, prejuízos potenciais aos próprios beneficiários dessa espécie de crédito direcionado.

## Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BITTENCOURT, Marco Antonio Floriano & VIAL, Sophia Martini. **Crédito rural: um desafio a céu aberto**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. “DIREITO ECONOMICO. DIVIDA AGRARIA. SECURITIZAÇÃO. LEI 9138/95. ALONGAMENTO DA DIVIDA. DIREITO SUBJETIVO DO DEVEDOR. CONSEQUENTE INEXIGIBILIDADE DO TITULO EXECUTIVO. DOCTRINA. RECURSO PROVIDO. I. A SECURITIZAÇÃO DA DIVIDA AGRICOLA PREVISTA NA LEI 9138/95 CONSUBSTANCIA DIREITO SUBJETIVO DO DEVEDOR. COM VISTAS A IMPLEMENTAR A POLITICA AGRICOLA DE CARATER PROTETIVO E DE INCENTIVO DEFINIDA NO ART 187, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO, O GOVERNO FEDERAL AUTORIZOU AO TESOUREO NACIONAL A EMISSÃO DE TITULOS QUE PERFIZESSEM SETE BILHÕES DE REAIS. NÃO HAVERIA, DESTA FORMA, COMO FUGIR A DETERMINAÇÃO CONTIDA NA LEI 9138/95, QUE REGULA O PROGRAMA DE CREDITO RURAL, PARA REFINANCIAMENTO DA DIVIDA DOS PRODUTORES QUE, POR CIRCUNSTANCIAS ALHEIAS A SUA VONTADE, NÃO ESTAVAM EM DIA COM SUAS OBRIGAÇÕES JUNTO AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. II O NÃO-EMPREGO DO DINHEIRO PUBLICO PARA O FIM DESTINADO E A FALTA DE IMPLEMENTAÇÃO DE UMA POLITICA AGRICOLA DE DESENVOLVIMENTO DO SETOR RURAL DESCUMPRE O ORDENAMENTO JURIDICO VIGENTE, QUE TEVE GRANDE PREOCUPAÇÃO COMO SETOR DE POLITICA AGRICOLA”. Recurso Especial nº 166.592. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. DJ 22/06/1998.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. “CRÉDITO RURAL. SECURITIZAÇÃO. ALONGAMENTO DA DÍVIDA RURAL. LEI Nº 9.138/95. A Lei nº 9.138/95 concedeu ao devedor o direito de ver atendido seu pedido de alongamento da dívida, uma vez preenchidos os requisitos nela previstos. Recurso conhecido pela divergência, mas improvido”. Recurso Especial nº 147.586. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 03/09/1998.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. “Crédito rural. Securitização. Lei nº 9.138/95. Precedentes. 1. Como assentado em diversos precedentes da Corte, a “Lei nº 9.138/95 determinou aos bancos, uma vez preenchidos os seus requisitos, o alongamento das dívidas rurais, e não permitiu simples faculdade a ser usada discricionariamente pela instituição de crédito”. 2. Afastado o óbice do direito à securitização, as instâncias ordinárias devem apurar se estão presentes os requisitos legais. 3. Recurso especial conhecido e provido, em parte”. Recurso Especial nº 194324. Rel. Min. Menezes Direito, DJ 07/02/2000.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. “DIREITO ECONÔMICO. CRÉDITO RURAL. SECURITIZAÇÃO. ALONGAMENTO DA DÍVIDA RURAL. LEI 9.138/95. DIREITO DO MUTUÁRIO. I. É direito do devedor, desde que atendidos os requisitos estipulados na lei 9.138/95, o alongamento das dívidas originárias de crédito rural. II. Reconhecido o direito acima, compete às instâncias ordinárias a verificação do atendimento dos requisitos autorizadores da securitização postulada. III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido”. Recurso Especial nº 234.246, Rel. Aldir Passarinho Jr., DJ 13/11/2000.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. “COMERCIAL. CRÉDITO RURAL. SECURITIZAÇÃO. O alongamento das dívidas originárias de crédito rural constitui direito do devedor, desde que atendidos os requisitos previstos na Lei nº 9.138, de 1995. Agravo regimental não provido”. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 320989. Rel. Min. Ari Pargendler. DJ 28/05/2001.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. “ALONGAMENTO ? CRÉDITO RURAL ? EXTINÇÃO ? EXECUÇÃO ? AUSÊNCIA ? EXIGIBILIDADE DO TÍTULO ? PRECEDENTES. Afirmado pelo acórdão recorrido que o devedor preenche os requisitos legais para a securitização de sua dívida rural, estão ausentes os pressupostos indispensáveis da exigibilidade, certeza e liquidez do título executivo, por isso a execução deve ser extinta. Agravo a que se nega provimento”. AgRg no Agravo nº 476.337, Rel. Ministro CASTRO FILHO, DJ 17/03/2003.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. “Processual civil. Bancário. Recurso especial. Cédula de crédito rural hipotecária. Prequestionamento. Ausência. Securitização da dívida rural. Direito subjetivo. Reexame de prova. Interpretação de cláusula contratual. Vedação. Índice de atualização monetária. Taxa de juros a longo prazo. Pactuação. - O recurso especial carece de prequestionamento a respeito de tema não debatido no acórdão recorrido. - Preenchidos os requisitos legais, o alongamento da dívida constitui um direito do devedor e não mera faculdade das instituições financeiras. Precedentes. - Inadmissível o revolvimento de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, tampouco a interpretação de cláusula contratual. - Quando pactuada, é possível a aplicação da TJLP como fator de atualização monetária. Precedentes. Recurso especial parcialmente conhecido e provido”. Recurso Especial nº 525.651, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ 10/11/2003.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO CPC/1973. AÇÃO MONITÓRIA. CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA E HIPOTECÁRIA. EMBARGOS. SECURITIZAÇÃO DA DÍVIDA. MATÉRIA DE DEFESA. RECONVENÇÃO. DESNECESSIDADE. 1. Ação ajuizada em 07/06/2013. Recurso especial interposto em 12/12/2014 e atribuído a esta Relatora em 25/08/2016. Aplicação do CPC/73. 2. O preenchimento dos requisitos legais para a securitização da dívida originada de crédito rural constitui matéria de defesa do devedor, passível de ser alegada em embargos à monitória ou contestação, independentemente de reconvenção. 3. Recurso especial conhecido e provido. REsp 1531676, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 26/05/2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. “AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - EMBARGOS À EXECUÇÃO - CÉDULA DE CRÉDITO RURAL - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. IRRESIGNAÇÃO DOS EMBARGANTES. 1. Consideram-se preclusas as matérias que, veiculadas no recurso especial e dirimidas na decisão agravada, não são reiteradas no agravo interno. Precedentes. 2. Demanda reexame de fatos e de provas dos autos rever a conclusão do Tribunal a quo quanto ao não atendimento dos requisitos para o

alongamento de dívida rural. Incidente o óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravo interno desprovido”. AgInt no AREsp 906.688, Rel. Ministro MARCO BUZZI, DJe 25/05/2018.

FREITAS FILHO, Roberto & LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões (MAD)**. In: Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

FREITAS FILHO, Roberto & SILVA, Frederico Augusto Barbosa de. **O Judiciário Cordial, a violência e a corrupção na América Latina**. REPATS, Brasília, v. 4, n. 1, p. 342-368, Jan-Jun, 2017.

FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e cláusulas gerais**. Porto Alegre. SAFE:2009.

MARQUES, Benedito Ferreira Marques & MARQUES, Carla Regina Silva. **Direito Agrário Brasileiro**. 12. Ed. São Paulo. Atlas: 2017.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al Análisis Del derecho**. 2 ed. Buenos Aires. Editorial Astreal: 2003, p. 433.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel J. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação, Desenvolvimento e Meio Ambiente**. In: Regulação e Desenvolvimento (Org. Calixto Salomão Filho). São Paulo: Malheiros, 2012.

STIGLER, George J. **A teoria da regulação econômica**. In: Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004.

# “Financeiras” de Crédito e Sua Regulamentação: análise qualitativa de práticas e serviços no município de Ribeirão Preto/SP

Maria Paula Bertran\*

Iara Pereira Ribeiro\*\*

Victor Colucci Neto\*\*\*

Davi Ferreira Veronese\*\*\*\*

João Paulo Sanchez de Rezende Goulart

Pedro Carvalho de Almeida Travesso

Pedro Ignácio de Andrade Tucunduva

Paulo Ricardo Artequilino da Silva

Taffarel Pereira Marques

*Introdução. 1 Quem são e como se estruturam as “financeiras”: correspondentes bancários, contratos de franquia e Sociedade de Crédito, Financiamento e Investimento. 2 Ausência de justificativa social para a existência de “financeiras” em centros urbanos já atendidos por agências bancárias. 3 A centralidade do crédito consignado e o paradoxo da boa garantia ao juro alto. Conclusão. Referências.*

## Resumo

O artigo apresenta o resultado de levantamento empírico feito por meio de entrevistas semiestruturadas a proprietários e empregados de “financeiras” e de correspondentes bancários no município de Ribeirão Preto, estado de São Paulo, no primeiro semestre de 2019. O texto problematiza os achados qualitativos da pesquisa em três núcleos de análise: a) como se organizam e se remuneram as empresas conhecidas popularmente como “financeiras”; b) considerando a abundante estrutura de agências bancárias no município de coleta dos dados, quais disfunções podem decorrer do acesso da população mais vulnerável às estratégias das “financeiras”; c) como se estabelece o paradoxo de que o crédito consignado seja o principal produto ofertado pelas “financeiras”. Os achados sugerem a adequação de maior controle regulatório nas rotinas de comissionamento a novos contratos, distribuição geográfica e capilaridade de agentes e controle social e legal do instrumento do crédito consignado.

**Palavras-chave:** Correspondentes bancários. Sociedade de Crédito, Financiamento e Investimento (SCFI). Crédito consignado. Pesquisa empírica.

---

\* Professora Livre-Docente da Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, 2018 Fulbright Chair in Democracy and Human Development, 2019-2020 Associate Visiting Professor na Stanford Law School.

\*\* Professora Doutora do Departamento de Direito Privado e de Processo Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP).

\*\*\* Mestrando do Programa de pós-graduação “stricto sensu” da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP).

\*\*\*\* Os demais co-autores são graduandos em Direito pela Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, membros do Grupo de Extensão Universitária PAE (Programa de Apoio ao Endividado) e membros do Grupo de Pesquisa “Crédito, Consumo e Litígios em Massa”, ambos coordenados pelas professoras Maria Paula Bertran e Iara Pereira Ribeiro.

## *Non-banking financial institutions and its Regulation: qualitative analysis of practices and services in Ribeirão Preto municipality, São Paulo, Brazil*

### *Abstract*

*This paper describes the result of an empirical research based on structured interviews with non-banking financial institutions' owners and employees and autonomous board of commissioners that offer credit on behalf of different banks in the town called Ribeirão Preto, in the State of São Paulo, in Brazil, during the first semester, 2019. We organize the outcomes, according to the following three branches division: a) how these organizations work and what are their strategies for profits? b) what effects could derive from their strategies over low-income populations? c) why is the safest types of debts often used by these very high interest rates contracts? The results suggest the need of more effective regulatory control over new contracts' commissioning, spatial distribution of non-bank finance institutions and payroll loans.*

**Keywords:** *Non-bank financial institutions. Brazil. Payroll loan. Empirical research.*

### **Introdução**

“Financeiras”, “lojinhas de crédito”, “portinhas de crédito” e “escritório do pastinha” são denominações popularmente difundidas para um conjunto de estabelecimentos comerciais do setor financeiro que se identificam com o conceito de correspondentes bancários ou com o conceito de Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento (SCFI).

As SCFIs são reguladas pela Portaria 309, de 30 de novembro de 1959, do Ministério da Fazenda. A disciplina normativa dos correspondentes bancários encontra-se na Resolução do Conselho Monetário Nacional 3.110, de 31 de julho de 2003, com a redação que lhe foi dada pela Resolução do Conselho Monetário Nacional 3.156, de 17 de dezembro 2003, e suas condições de contratação são definidas pela Resolução do Conselho Monetário Nacional 3.954, de 24 de fevereiro de 2011. Juntos, SCFIs e correspondentes bancários possuem enorme capilaridade no território brasileiro e notável atuação junto a algumas faixas de renda da população, especialmente as mais pobres.

A cidade de Ribeirão Preto é considerada uma capital regional pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Uma capital regional é um nível da hierarquia urbana que permite identificar a importância de um município como polo que influencia cidades pequenas e médias ao seu redor. A cidade de Ribeirão Preto influencia todo o norte do estado de São Paulo. Nesse contexto, no primeiro semestre de 2019, foi realizada pesquisa empírica por meio de entrevistas semiestruturadas junto a proprietários e empregados de “financeiras” e de correspondentes bancários no município de Ribeirão Preto.

As perguntas se estruturaram em cinco grandes eixos, buscando identificar: i) o perfil dos clientes que buscam crédito do setor, a partir da visão dos agentes entrevistados; ii) a percepção dos entrevistados sobre os motivos pelos quais os clientes preferem as SCFIs, em oposição aos bancos comerciais; iii) as características dos contratos de crédito oferecidos aos clientes; iv) as atividades de publicidade empreendidas pelas empresas; v) a percepção de riscos a seus ramos de atividade no contexto de popularização das *fintechs* e bancos digitais. O roteiro era apenas um guia. A equipe de

investigadores<sup>1</sup> tinha autonomia para se aprofundar em questões que surgissem na conversa a partir das respostas oferecidas às perguntas do questionário.

## I Quem são e como se estruturam as “financeiras”: correspondentes bancários, contratos de franquia e Sociedade de Crédito, Financiamento e Investimento

A SCFI é uma categoria de instituição financeira que foi criada e regulamentada no Brasil no final dos anos 1950. Sua alegada missão era de complementar a dinamização do processo de desenvolvimento econômico do país, compondo o sistema de crédito e atuando paralelamente aos bancos comerciais.

As SCFIs são empresas privadas supervisionadas pelo Banco Central do Brasil, que podem ou não estar vinculadas a bancos, constituindo-se, obrigatoriamente, sob a forma de sociedade anônima. O texto da norma que autoriza o funcionamento das SCFIs afirma que o objetivo estrutural desse conjunto de empresas é praticar operações que se relacionem com a cessão de crédito a médio e longo prazos,<sup>2</sup> enquanto o braço das sociedades de investimento se destina a operar no mercado de valores mobiliários. Apenas as operações de concessão de crédito serão objeto do presente artigo.

Segundo o Relatório de Inclusão Financeira do Banco Central do Brasil, em 2015 tem-se que:

De 2010 a 2014, o número de financeiras caiu de 60 para 55 [...]. Em 2014, 41 eram independentes, e 14, ligadas a conglomerados bancários [...]. As SCFIs independentes atuam em segmentos específicos, como financiamento de veículos usados e cartões de crédito regionais ou representam braços financeiros para financiamento de vendas do próprio grupo econômico que integram. A estrutura de atendimento é concentrada em correspondentes. (BACEN, 2015, p. 48/49)

Posteriormente ao mencionado relatório de 2015, em 2018 o Banco Central do Brasil divulgou Relatório de Cidadania Financeira, em acréscimo ao de Inclusão Financeira. O documento afirma que “o desenvolvimento da cidadania financeira se dá por meio de um contexto de inclusão financeira, de educação financeira, de proteção ao consumidor de serviços financeiros e de participação no diálogo sobre o sistema financeiro” (BACEN, 2018, p. 8).

A inclusão financeira consiste, teoricamente, na viabilização de acesso da população a serviços adequados às suas necessidades. Tal escopo não prescinde de uma ampla e disseminada rede de captação e atendimento de clientes por todo o território nacional. Disso decorre a utilização, por parte das instituições financeiras, de duas figuras distintas: correspondentes bancários e franquias.

Os correspondentes bancários poderiam, em termos teóricos, representar solução para populações de regiões onde não existiria escala para abertura de instalações financeiras.

Correspondentes bancários são estabelecimentos comerciais, como lotéricas, lojinhas de crédito, correios ou farmácias que, paralelamente à sua atividade principal, oferecem serviços, relativos à captação e ao relacionamento com a clientela, para instituições financeiras. Os correspondentes podem ser contratados por financeiras e bancos sendo, todavia, deles distintos (NERY JR, 2014, p.16). Trata-se de atividade que reduz os custos e diminui a necessidade de escala na oferta de serviços financeiros, aumentando a capacidade de alcance das instituições financeiras.

---

<sup>1</sup> A equipe de entrevistadores foi constituída por estudantes de graduação do curso de Direito, participantes de grupo de estudo sobre o tema, orientados e supervisionados por professores em reuniões quinzenais.

<sup>2</sup> Conforme disposto pelo Ministério da Fazenda, no item III do Capítulo 1, da Portaria 309, de 30 de novembro de 1959.

A disciplina normativa dos correspondentes bancários e suas condições de contratação é definida, atualmente, pela Resolução do Conselho Monetário Nacional 3.954, de 24 de fevereiro de 2011. Podem atuar como correspondentes, nos termos do artigo 30 dessa resolução, com redação dada pela Resolução CNM 3.959, de 31 de março de 2011, “as sociedades, os empresários, as associações definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), os prestadores de serviços notariais e de registro de que trata a Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, e as empresas públicas”.

As atividades do correspondente bancário são regulamentadas pela Resolução CMN 3.954/2011, que prevê uma variedade de serviços que podem ser prestados por meio de correspondentes como: a) recepção e encaminhamento de propostas de abertura de contas de depósitos à vista, a prazo e de poupança mantidas pela instituição contratante; b) realização de recebimentos, pagamentos e transferências eletrônicas visando à movimentação de contas de depósitos de titularidade de clientes mantidas pela instituição contratante; c) recebimentos e pagamentos de qualquer natureza, e outras atividades decorrentes da execução de contratos e convênios de prestação de serviços mantidos pela instituição contratante com terceiros; d) execução ativa e passiva de ordens de pagamento cursadas por intermédio da instituição contratante por solicitação de clientes e usuários; e) recepção e encaminhamento de propostas de operações de crédito e de arrendamento mercantil concedido pela instituição contratante; f) bem como outros serviços prestados para o acompanhamento da operação, recebimentos e pagamentos relacionados a letras de câmbio de aceite da instituição contratante; g) recepção e encaminhamento de propostas de fornecimento de cartões de crédito de responsabilidade da instituição contratante; e h) realização de operações de câmbio de responsabilidade da instituição contratante. Sendo possível ser incluída no contrato, também a prestação de serviços complementares de coleta de informações cadastrais, de documentação, controle e processamento de dados.

Para Mas e Siedek (2008), os correspondentes desempenhariam para os bancos quatro papéis estratégicos: descongestionar o atendimento das agências bancárias; atingir novos segmentos de clientes, como populações de baixa renda nas periferias; expansão geográfica, funcionando o correspondente como verdadeiro substituto da agência bancária em regiões agrícolas, por exemplo; por fim, existiria a possibilidade de se criar um banco sem estrutura própria, terceirizando completamente o contato com os clientes para o estabelecimento comercial, como o caso de instituição que siga estratégia de baixo valor agregado e grande volume de serviços (2008, p. 8/9).

O primeiro banco a atuar com correspondentes foi a Caixa Econômica Federal (CEF), responsável pela distribuição de benefícios do governo, como o Programa Bolsa Família, tendo adotado como correspondentes bancários as lotéricas e outros estabelecimentos, criando o “Caixa Aqui”. O Bradesco ganhou em 2002 o leilão que autorizava o uso dos Correios como correspondentes, criando uma nova subsidiária, o Banco Postal. Em 2012, o Banco do Brasil venceu a licitação realizada pelos Correios, tornando-se o novo parceiro no Banco Postal, em substituição ao Bradesco (LOUREIRO; MADEIRA; BADER, 2016, p. 8).

A contratação de correspondentes pode ser realizada por bancos, por SCFIs, cooperativas de crédito e outras instituições autorizadas. Conforme divulgado pelo Relatório de Inclusão Financeira, os bancos

lideram o *ranking* de instituições contratantes em todas as regiões do Brasil, figurando em 2014 como instituições contratantes em mais de 90% dos casos no país [...]. Considerando-se o período 2010-2014, as Cooperativas de Crédito foram as instituições contratantes que mais expandiram sua rede de correspondentes em termos relativos [...]. (BACEN, 2015, p. 51)

Convém ainda trazer informação contida no referido Relatório no sentido de que:

Os correspondentes estão presentes em todo o território nacional. Em 2014, em apenas dois municípios, constituídos em 2013, não há correspondentes [...]: Pescaria Brava (SC) e Pinto Bandeira (RS), sendo este atendido por cooperativa e PA [posto de atendimento]. (BACEN, 2015, p. 54)

De acordo com dados atuais do Banco Central, existem hoje, entre sedes e filiais, 382.062 postos de atendimento de correspondentes bancários no país, os quais atuam em parceria com financeiras e também com as demais instituições públicas e privadas (artigos 10, V, e 18, § 1º da Lei 4.595/64), componentes do Sistema Financeiro Nacional (BACEN, 2019).

não é admitida a celebração de contrato de correspondente que configure contrato de franquia, nos termos da Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994, ou cujos efeitos sejam semelhantes no tocante aos direitos e obrigações das partes ou às formas empregadas para o atendimento ao público. [grifo nosso]

Os correspondentes bancários não podem ser franqueados. Mas os franqueados podem existir às dezenas ou centenas, desde que não sejam correspondentes bancários. Assim, além dos correspondentes, as financeiras também utilizam a estrutura de franquias, com o objetivo de ampliar suas redes de atendimento. Alguns dos grupos que conseguem notável permeabilidade em território nacional o fazem por meio do apoio de um franqueado local. A franquia CredFacil, por exemplo, divulga em sítio próprio na Internet<sup>3</sup> os dados de 174 pontos de atendimentos por franquias. São exemplos também de SCFIs que atuam por meio de franquias, entre outras, a Help do Banco BMG, a Bem Soluções, a Segcredi Soluções em Empréstimos e a Vazoli Empréstimos e Financiamentos.<sup>4</sup>

Na estrutura de franquias, a instituição franqueadora atua com elementos tradicionais do contrato, como construção da marca, identidade visual e elementos de publicidade. No setor financeiro, a estrutura de franquias lida com elementos mais refinados, entre os quais a manutenção dos requisitos legais para funcionar como instituição financeira, o capital a ser transacionado pela concessão de empréstimos e, principalmente, a expertise sobre como, a quem e sob quais condições emprestar.

A instalação de uma franquia para que o franqueado passe a atuar como correspondente bancário (ainda que não possa ser correspondente bancário) pode custar relativamente pouco. E render muito. Um dos entrevistados afirmou que a franquia que administrava desde 2014 teria exigido investimento de instalações físicas e repasse contratual ao franqueador no valor total de R\$45 mil. Os rendimentos mensais eram variáveis, de acordo com os meses mais e menos aquecidos e o momento econômico, mas “muito adequados”, segundo o entrevistado, que preferiu não revelar valores.

A remuneração do franqueado ocorre por um percentual dos contratos firmados em sua franquia. Periodicamente – a cada semana ou quinzena – a SCFI (franqueadora) envia ao correspondente bancário (franqueado) uma tabela com as condições das operações que devem vigor naquele período. Duas informações são essenciais: as variáveis taxas de juros que podem incidir sobre os contratos e as variáveis comissões que serão destinadas ao franqueado, a depender do contrato escolhido pelo cliente. A estrutura de remuneração dos correspondentes bancários ocorre rigorosamente da mesma forma.

Segundo os entrevistados, as comissões são proporcionais à rentabilidade dos contratos. Se o franqueado/correspondente conseguir fazer com que o tomador escolha a linha de crédito com juros mais altos ou com valores mais altos, sua comissão será maior.

---

<sup>3</sup> Dados extraídos da página <http://www.franquiascredfacil.com.br/unidades>, data do acesso 10/9/2019.

<sup>4</sup> Dados obtidos mediante verificação nas homepages das empresas citadas.

A Resolução CMN 3.954/2011, do Banco Central, foi diligente ao expressamente apontar, no artigo 4º-A, que a instituição contratante dos serviços dos correspondentes bancários deveria adotar política de remuneração compatível com a política de gestão de riscos, de modo a não incentivar:

(...) comportamentos que elevem a exposição ao risco acima dos níveis considerados prudentes nas estratégias de curto, médio e longo prazos adotadas pela instituição, tendo em conta, inclusive, a viabilidade econômica no caso das operações de crédito e de arrendamento mercantil cujas propostas sejam encaminhadas pelos correspondentes. [grifo nosso]

Apesar da disposição normativa que alerta para os efeitos deletérios da remuneração do correspondente bancário pelo desempenho de contratos fechados, não existem mecanismos formais para sua exigibilidade. O Banco Central não mantém rotinas de aferição e controle prévio da remuneração dos correspondentes bancários ou franqueados. O risco sistêmico do sistema financeiro também não parece ser atingido pela ausência de controle minucioso da remuneração dos correspondentes bancários ou franqueados. Todavia, o aumento da exposição do risco das pessoas, especialmente idosos, se coloca de forma notável.

A lógica das comissões por novos contratos abre espaço para rotinas de questionável adequação social, por duas razões. A primeira: de acordo com o conjunto das entrevistas, os correspondentes bancários estão bastante dispostos a oferecer o pior negócio, em termos de juros e demais condições, para um cliente. Conforme o relato veemente de um entrevistado da pesquisa: “Empurro o contrato que eu quiser, e meu cliente não vai questionar”. A segunda: correspondentes bancários não têm barreiras para aumentar sua lucratividade com a renegociação de velhos contratos.

A estrutura das franquias compete com a estrutura dos correspondentes bancários que firmam parcerias com um ou mais bancos. O termo “pastinha”, hoje em desuso, designava os correspondentes bancários que representavam diferentes instituições financeiras. Os “pastinhas” abordavam mutuários com o objetivo de “melhorar” o contrato que tinham, fazendo a novação de obrigações antigas com novos prazos e mais algum dinheiro “de troco”. A expressão “de troco” foi mencionada em algumas entrevistas para indicar que a renegociação gerava nova liberação de recursos para o tomador. Não por acaso, “troco” remete a pequena monta, como de fato ocorre, em termos proporcionais, na maior parte dos contratos renegociados.

Uma estratégia clássica, segundo as entrevistas, é fazer o cliente perceber que vai pagar o mesmo valor da parcela em uma nova liberação de recursos. A dilação das prestações poderia ou não ocorrer, dado que os “pastinhas” poderiam encontrar melhores condições de contratação com a instituição financeira cedente no momento da proposta de novação. No entanto, o que certamente ocorre, sem contingências, é o pagamento de comissão pelo contrato novado.

A atuação como correspondente bancário exige o atendimento formal de variadas exigências. Uma delas é a certificação dos profissionais que atuam na área. Segundo o artigo 12 da Resolução CMN 3.954/2011, do Banco Central, é preciso que “o processo de capacitação (...) aborde, no mínimo, os aspectos técnicos das operações, a regulamentação aplicável, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), ética e ouvidoria”. A falta de critérios específicos para aferir o desempenho dos correspondentes bancários e, talvez, a facilidade para obtenção

de aprovação nas provas de certificação<sup>5</sup> são hipóteses possíveis para explicar algumas das posturas percebidas nas entrevistas.

Nelson Nery Junior (2014) define o correspondente bancário como “uma empresa que simplesmente presta serviços para as instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, não se confundindo com as instituições financeiras, tampouco com as instituições financeiras auxiliares ou equiparadas”, ressaltando que o exercício de qualquer atividade privativa das instituições financeiras lhe é vedada e por esse motivo não integra o Sistema Financeiro Nacional, sendo dispensado de autorização do Banco Central para funcionar (NERY Jr, 2014, p.16).

A atuação dos correspondentes bancários, dos franqueados das “financeiras” e das próprias SCFIs parece razoavelmente livre de amarras ou controle. O ideal de uma sociedade liberal se apoia na atuação sem contingências, apenas se não há prejuízo em tal postura. Não parece ser o caso. Tradicionalmente, a fiscalização de atuação das “financeiras” seria justificada pelos riscos sistêmicos oferecidos ao sistema financeiro. Excepcionalmente, a maior fiscalização de atuação das “financeiras” teria o papel de garantir higidez à população vulnerável, especialmente os mais pobres. Nesse ponto, uma iniciativa governamental que buscasse reforço da autorregulamentação do setor ou mesmo da maior centralidade do Banco Central na observação das rotinas adotadas poderia ter como consequência social a diminuição de empréstimos potencialmente predatórios a seus tomadores.

Por fim, incluímos no questionário a pergunta “Você sente que seu negócio pode ser ameaçado pelas *fintechs*?”. A integralidade dos respondentes disse que não sabia o que eram *fintechs* ou não se sentiam ameaçados por elas. A cerca de 50% dos respondentes foi explicado que *fintechs* eram os bancos digitais.<sup>6</sup> A resposta não se alterou com a explicação adicional. Os pesquisadores se questionam se as expectativas de aumento de concorrência pela digitalização dos serviços bancários terá repercussão concorrencial à massa de brasileiros pobres, às vezes, analfabeta, que se servem dos serviços de créditos das “financeiras” entrevistadas.

## 2 Ausência de justificativa social para a existência de “financeiras” em centros urbanos já atendidos por agências bancárias

Durante as entrevistas, foi perguntado aos entrevistados se saberiam apontar os motivos pelos quais os clientes procuravam as “lojinhas” em vez das instituições financeiras tradicionais. Várias das respostas indicaram que os clientes preferiam as “lojinhas” ou apenas “financeiras”, como doravante nos referimos, indistintamente, a correspondentes bancários, SCFIs ou suas franqueadas, porque “o atendimento era melhor”, “atendiam melhor e mais rápido”, ou havia “comodidade, menos filas e menos burocracia”. Considerou-se intrigante esse conjunto de respostas.

A localização geográfica das “lojinhas” é não raro associada à presença de uma grande agência bancária. No universo do levantamento feito, foram recorrentes as condições geográficas em que a sede de uma instituição financeira se localizava defronte ou ao lado de uma “lojinha”. A

---

5 A Federação Brasileira dos Bancos (Febraban) é um dos organismos que realiza certificação da atividade de correspondente bancário. Em sua página na internet é possível verificar a venda de cursos on-line preparatórios para as mesmas provas que aplica. A Febraban é uma instituição sólida, de altíssima reputação, mas regras de conflito de interesses poderiam sugerir que a instituição que aplica um certame não ofereça cursos preparatórios para o mesmo certame. No site há a informação de que 70% das pessoas que realizam seus cursos são aprovados nas provas que ela mesma aplica. Disponível em: <https://www.certificacaofebraban.org.br/Home/Correspondentes>. Acesso em: 12 set. 2019.

6 Os outros respondentes não receberam explicações adicionais. Esse foi, provavelmente, um defeito do questionário. O ideal deveria ter sido que o questionário indicasse o termo “banco digital”, expressão intuitivamente mais explicativa que o termo *fintech*, indevidamente usado no texto que conduzia as entrevistas.

estrutura física das agências bancárias é normalmente mais confortável e ampla que as estruturas das “lojinhas”. As “lojinhas” comportam o atendimento de muito menos pessoas. Apesar de limpas e claras, as estruturas físicas são quase simplórias.

Não existem levantamentos públicos sobre o perfil dos atendentes bancários em comparação com os atendentes das “lojinhas”. Enquanto nas agências bancárias os funcionários tendem a ser empregados que lidam com os diversos produtos que a instituição financeira vende, nas “lojinhas” o atendimento é feito pelo próprio “dono” (empresário administrador, franqueado, “pastinha”) ou seus empregados, sob sua submissão muitas vezes direta e presencial.

Dois leituras se colocam como esforço interpretativo para as respostas. A primeira é que as lojinhas cativam os clientes pela pessoalidade e pela simplicidade de tratamento. As instituições bancárias tradicionais tendem a afastar alguns nichos de clientes em razão da intimidação que os mecanismos formais, burocráticos e hierárquicos dos bancos convencionais podem gerar.

Nesse sentido, a explicação para o sucesso dos cartões de crédito oferecidos pelos varejistas, em comparação aos serviços financeiros tradicionais dos bancos, talvez possa ser ampliada para o setor de crédito das “lojinhas”.

Uma percepção disseminada entre os estudiosos dos comportamentos das classes ascendentes é de que o serviço bancário regular é visto como algo impessoal e frio, que constrange o indivíduo pela distância do cotidiano, pela linguagem técnica. Na verdade, essa imagem não atinge apenas os bancos, mas toda uma lógica regida pelo formalismo, o que inclui as relações com o Estado em geral e com o universo jurídico. Em contraposição a essa primeira lógica, é possível identificar o varejista como um ente que se associa à informalidade, à emoção da publicidade, ao lazer do momento de ir às compras. (...) Fazer um crediário na loja onde se compra desde a infância ou desde há muitos anos, em companhia da família e dos amigos, em um ambiente de convívio e intimidade aproxima o indivíduo da oferta de crédito. As financeiras (e os grupos econômicos que as controlam) sabem disso. (BERTRAN, 2017, p. 468)<sup>7</sup>

A predileção pelo ambiente da “lojinha”, intimista na sua denominação diminutiva, pode espelhar fenômeno semelhante ao que acontece nas redes de varejo.

A segunda possível leitura para as respostas acerca da melhor qualidade de atendimento das “financeiras”, em comparação aos bancos, é a de que as grandes instituições financeiras efetivamente atendem mal o público que normalmente contrata com as “lojinhas”. Quais poderiam ser os motivos para tal prática, especificamente pelos bancos que têm “lojinhas” entre seus conglomerados?

Uma possível explicação é da intencional segregação de algumas pessoas, especialmente as de baixa renda. Esse entendimento poderia ser perfeitamente aceito assumindo que existe uma correlação entre menor renda e maior risco de inadimplemento. Todavia, dois fatores sugerem que essa leitura é simplista. O primeiro fator é que o crédito consignado e/ou o empréstimo pessoal vinculado à conta bancária onde é depositado o salário ou o benefício previdenciário são as modalidades líderes de empréstimos entre as sociedades de crédito e os correspondentes bancários entrevistados. O crédito consignado e o empréstimo pessoal vinculado à conta de recebimento de salário/aposentadoria caracterizam-se pela inadimplência quase impossível.

O segundo fator se relaciona ao fato de que as principais instituições financeiras do Brasil mantêm em seus conglomerados bancários braços voltados ao público que é atendido pelas Sociedades de

---

<sup>7</sup> A percepção de que as classes C, D e E evitam instituições financeiras tradicionais foi apontada, em 2011, por Renato Meirelles no III Fórum do Banco Central sobre Inclusão Financeira (ANAIS, 2011, p. 28).

Crédito. A Caixa Econômica Federal tem o Banco Pan. O Santander tem a Olé. O Bradesco tem a Losango. O Itaú manteve o Itaí por vários anos. Uma possível inteligência estratégica é desvincular a imagem das diferentes empresas financeiras do conglomerado, atendendo mal quem vai à agência bancária tradicional para que a pessoa seja compelida a recorrer pelo mesmo crédito na financeira que pertence ao mesmo grupo econômico e que se localiza defronte a ele em muitas cidades, como ocorreu na cidade investigada.

Os resultados sociais do eventual mau atendimento do cliente na agência bancária tradicional são ruins. Compelido a buscar solução para sua necessidade de crédito em uma SCFI, em uma franquia de crédito ou em um correspondente bancário, o tomador estará naturalmente sujeito a receber propostas contratuais com taxas de juros maiores.

Além disso, a busca por uma “financeira”, em consequência de um mau atendimento na agência bancária, expõe o tomador do crédito a possíveis piores práticas empresariais. Enquanto os grandes bancos se regulam por condutas estritas de *compliance* e maior vigilância de padrões éticos de conduta, as pequenas “financeiras” podem ser um campo aberto para práticas predatórias. A remuneração por comissionamento e a falta de diretivas administrativas (“empurro no meu cliente o que eu quiser”) apareceram nas nossas entrevistas como perigosos riscos para a segurança dos contratantes.<sup>8</sup>

Os entrevistados informam que as “financeiras” mantêm rotinas de publicidade agressivas. São capazes de “perseguir” o público-alvo por meio de ligações para os possíveis clientes constantes em seus bancos de dados. Fazem divulgação de seus serviços pelas empresas de *telemarketing*, ou pela internalização dos serviços de telemarketing dentro de sua própria estrutura. Algumas das respostas indicaram a preferência pelos aposentados e pensionistas do INSS, cujos dados seriam “facilmente obtidos”.<sup>9</sup>

As redes sociais como Facebook, WhatsApp, Instagram, bem como, *e-mails* padronizados foram indicados como forma de alcançar os tomadores de crédito. Panfletagem, carro de som, *outdoors* e cartazes pregados em muros e postes também foram mencionados. Um dos entrevistados detalhou a facilidade de ganhar contratos com idosos pelo telefone.

Lê todo o contrato de modo muito rápido. A ligação é sempre gravada. É fácil induzir idosos. Sem querer, ele já faz. Aí é onde o idoso é mais prejudicado. Atendente pede que repita ‘Sim, aceito. Sim, concordo’. E já fica formalizado. Cada banco pode ter um sistema desse na loja. É só comprar um HD, que é gravador. Bancos pedem que a gente tenha um gravador. Mas confiam inteiramente no franqueado. Primeiro, pago o valor na conta. Depois, vou até a casa do idoso e ele também assina o contrato.

No questionário submetido, foi perguntado aos entrevistados sobre os principais questionamentos dos contratantes. Dois terços das respostas afirmaram que os tomadores não faziam quaisquer perguntas, ao passo que um terço disse que eram questionados sobre taxas, prazos e juros.

8 Nesse sentido, processos administrativos instaurado pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, do Ministério da Justiça. Cf. processos 08012.001492/2019-4, em que o representante são o Instituto de Defesa Coletiva e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) e a representada é a Caixa Econômica Federal, 08012.001483/2019-51, em que o representado é Banco Olé Bonsucesso Consignado S/A, processo 08012.001470/2019-81, em que o representado é o Banco Itaú Consignado S.A, entre muitos outros. [s.n] Dez bancos são investigados por supostos abusos em consignado a idosos. Exame, 19 de julho de 2019.

9 O uso de dados pessoais por instituições financeiras levanta questionamentos quanto ao direito à privacidade, assim como expresso por Úrsula Valdetero (2017). Nesse sentido, remete-se o leitor a três célebres reportagens da imprensa jurídica brasileira, que buscaram mostrar a fragilidade de acesso aos dados dos brasileiros, bem como o poder meramente opinativo, com pouco embasamento técnico, são elas: Perfis que Serasa passa ao mercado são pura fantasia, Clientes do Serasa devem buscar informações adicionais (ambas 13 ago. 2013) e Para tribunais, Serasa fornece dados ilegais (16 ago. 2013), todas de Marcos Vasconcellos, publicadas no Conjur. Disponíveis em: <https://www.conjur.com.br/2013-ago-13/baseada-informacoes-publicas-serasa-mercado-visao-distorcida>; <https://www.conjur.com.br/2013-ago-13/serasa-clientes-buscar-informacoes-adicionais> e <https://www.conjur.com.br/2013-ago-16/tribunais-serasa-fornece-dados-ilegais-clientes>

A literatura estrangeira consagrou a expressão “financeiras do gueto” para se referir ao conjunto de atividades bancárias que funcionam à margem dos grandes grupos bancários, privilegiando os estigmatizados, pouco instruídos e vulneráveis moradores dos guetos (WHITE, 1969; REED, 1969). Diversas famílias de baixa renda, as quais não conseguem crédito oriundo de grandes bancos, suportam, a fim de obter crédito, os preços extremamente elevados cobrados pelas “financeiras do gueto”.<sup>10</sup>

As “financeiras” têm o nobre papel de viabilizar maior capilaridade ao sistema bancário brasileiro. Todavia, não está claro como se estabelece qualquer vantagem em contextos urbanos como a da cidade em que se realizou a pesquisa descrita neste artigo. No contexto da cidade de Ribeirão Preto, as “lojinhas” ocupam os mesmos locais em que se instalam as inúmeras agências bancárias da cidade. Aparentemente, as “financeiras” estão ali justamente para receberem os clientes rejeitados pelos bancos, instituições que poderiam oferecer melhores condições contratuais.

### 3 A centralidade do crédito consignado e o paradoxo da boa garantia ao juro alto

A principal modalidade contratual praticada pelas “financeiras” entrevistadas foi o crédito consignado. Perguntado se haveria sanção se o cliente não pagasse, obteve-se o seguinte como resposta: “Não. O dono do banco é que aprova ou reprova. As lojinhas não são analistas de crédito. São apenas intermediação entre o banco e o cliente. O comissionamento do crédito consignado é o mais alto, 16%”.

Outra modalidade também descrita com frequência foi a de empréstimo pessoal. As “financeiras” normalmente atrelam o pagamento de parcelas ao débito automático em conta bancária em que o mutuário recebe seu salário ou benefício previdenciário, segundo afirmado em entrevista: “Não estou fazendo porque acho abusivo. Juros são muito altos. Vou voltar a fazer porque a procura é muito grande. Tem grande demanda porque o consignado não atende todo mundo”.

Os financiamentos de veículos e o de imóveis foram referidos como modalidades de crédito mais trabalhosas para as “financeiras”, cujas exigências burocráticas de formalização dos contratos as desestimulavam a atuarem nesses nichos. “Não financio carro porque dá muito trabalho – perco um dia.”

O crédito consignado, como se sabe, tem baixíssimo risco para a instituição que empresta. O adimplemento das parcelas não está sujeito a qualquer ato do mutuário. O adimplemento das parcelas é automaticamente debitado da folha de pagamento do tomador. O único risco de inadimplência é praticamente o de morte do mutuário no transcurso do contrato.

O crédito consignado é a modalidade mais recomendável ao consumidor que atenda às condições contratuais, pois a alta garantia de pagamento do empréstimo consignado fornece ao tomador de crédito, teoricamente, menores juros no mercado. Esse diagnóstico é feito de maneira recorrente na literatura.

Na elaboração da pesquisa, algumas indagações surgiram: qual a inteligência social do uso de uma modalidade de crédito tão boa, por um segmento de mercado que não se notabiliza pelas melhores práticas? Será que o ganho social viabilizado por uma modalidade de crédito sem risco de inadimplência poderia ser tomado como um ganho privado para o setor das “financeiras”? A atual estrutura regulatória sobre as “financeiras”, que admite correspondentes bancários, franqueadas e SCFIs, autoriza disfunções no mercado de crédito aos mais vulneráveis?

---

<sup>10</sup> Ver: David Caplovitz, *The Poor Pay More* (New York: Free Press, 1967); Thomas Durkin, ed., *Proceedings of the Arden House Conference on Consumer Credit* (New York: Columbia University, January 1972); Frederick Sturdivant, ed., *The Ghetto Marketplace* (New York: Free Press, 1969); and Urban Coalition, *Consumer Credit and the Low Income Consumer* (Rockville, Md.: William G. Kaye & Associates, November 1969). Apud SEXTON, Donald E. Determining Good and Bad Credit Risks Among High- and Low-Income Families. *The Journal of Business*, Vol. 50, No. 2 (Apr., 1977), pp. 236-239.

O levantamento de campo sugere que o ganho que os indivíduos e famílias poderiam ter pelo crédito consignado é parcialmente capturado pela atuação das “financeiras”.

Há um limite de 35% sobre o valor do salário/benefício previdenciário para comprometimento com crédito consignado. O objetivo dessa limitação é diminuir o risco de que a tomada de crédito consignado comprometa as despesas básicas das famílias. Essa disposição é formalizada na Lei 13.172, de 21 de outubro de 2015. A norma prevê que (art. 1º, §1º) o empréstimo consignado deve ter parcelas menores do que 35% do salário ou benefício previdenciário mensal. Os 5% que excedem o percentual de 30% só podem ser utilizados no cartão de crédito consignado.<sup>11</sup>

As entrevistas mostraram que algumas “financeiras” mantêm práticas que corrompem a inteligência da limitação do crédito consignado, do ponto de vista social. Nas entrevistas, dois agentes apontaram manter rotinas de “reapactuação” do limite máximo do consignado, com o objetivo de trazerem o cliente para sua empresa e receberem as comissões decorrentes do novo contrato.

A dinâmica básica se dá por meio da quitação da(s) dívida(s) anterior(es), que comprometia(m) o limite de 30% em um novo contrato com mais parcelas. Nessa dinâmica, parte dos recursos do novo empréstimo (ou até todo ele) é utilizada para quitar o empréstimo consignado anterior. Com isso, a margem de 30% é liberada, tornando possível a realização de um novo empréstimo, em uma dinâmica de endividamento potencialmente eterno. Incidindo sobre o novo empréstimo, naturalmente, nova comissão.

Explicamos a dinâmica com um exemplo fictício:

#### Contratação 1

Uma pessoa chamada Maria recebe um salário de R\$1.000,00.  
Maria pode contrair um empréstimo que seja pago em parcelas de até R\$300,00.  
Maria contrata um empréstimo com a “Financeira A”, no valor de R\$3.000,00.  
Maria deve pagar o empréstimo e seus encargos em quinze parcelas de R\$300,00, totalizando R\$4.500,00 em dívidas, entre principal e juros.

#### Contratação Dois

Passaram-se dez meses.  
Maria ainda recebe um salário de R\$1.000,00  
Maria já pagou onze parcelas, tendo quitado R\$3.300,00. Ainda tem como saldo a pagar R\$1.200,00.  
Nesse momento, Maria é abordada pelo “Financeira B”, que lhe oferece um novo empréstimo.  
A estrutura do novo empréstimo é: valor a ser emprestado pela “Financeira B”: R\$2.000,00.  
Maria deve pagar o novo empréstimo e seus encargos em dez parcelas de R\$300,00, totalizado R\$ 3.000,00.  
A “Financeira B” cuida dos trâmites burocráticos para quitar o saldo devido à Financeira “A” no valor de R\$ 1.200,00 e dá mais R\$ 800,00 para Maria.  
Com a quitação do saldo remanescente à financeira “A”, a margem consignável se restabelece para R\$300,00 ao mês.

<sup>11</sup> A reserva do percentual de 5% do limite da margem de crédito consignável também merece críticas do ponto de vista da adequação social. Entende-se que deveriam ser realizados estudos dedicados ao tema.

No exemplo hipotético, o valor total dos recursos emprestados será de R\$5.000,00, mas o valor efetivamente disponível para Maria foi de apenas R\$3.800,00. Os encargos financeiros somados ao principal são de R\$8.500,00. Em um contexto de população pouco educada financeiramente, a estratégia de renegociação das dívidas pode ter consequências sociais negativas.

Essa exemplificação evidencia ser questionável a ideia de que o crédito consignado seja sempre uma boa opção para o consumidor, afinal, situações de renegociações podem representar uma eternização do contrato e do endividamento. As taxas de comissão podem diminuir o valor líquido do empréstimo.

A jurisprudência menciona inúmeros casos em que o consumidor assumiu dívidas acima do limite de 30% de seu salário. Duas hipóteses claramente distintas se estabelecem. Primeira: o endividamento excedente a 30% do salário ou benefício previdenciário foi feito em variadas modalidades contratuais, incluindo o crédito consignado na margem lícita. Segunda: o endividamento é excedente a 30% do salário ou benefício previdenciário, apenas na modalidade de crédito consignado.

A situação ocorre quando o limite do consignado é respeitado, mas, ao lado dele, o indivíduo toma crédito em outras modalidades, que (talvez perigosamente) não encontram limite de contratação, tais como empréstimo pessoal ou financiamento de automóvel. Entre 2012 e 2017, havia no Superior Tribunal de Justiça (STJ) um conjunto de precedentes que garantiam aos devedores um “mínimo existencial” que normalmente garantia a limitação de descontos.<sup>12</sup> Nos últimos anos, a jurisprudência do STJ mudou de postura, sinalizando para todo o Poder Judiciário que os descontos não deveriam encontrar teto.<sup>13</sup>

O novo entendimento do STJ enumera alguns argumentos de forma recorrente: i) a responsabilidade pela tomada do crédito é apenas do mutuário e deve ser totalmente suportada de acordo com o exercício

<sup>12</sup> (AgRg no Ag. 1.425.860/DF, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 12.03.2012). (REsp 1.169.334/RS, Quarta Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 29.9.2011). 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RMS 30.821/RS, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, DJe 4.2.2014). (AgRg no REsp. 1.316.545/RS, Rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, DJe 4.8.2014). (AgRg nos EDcl no AREsp 714.903/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 17.11.2015). (AgRg no REsp. 1.535.736/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 18.11.2015). (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.084.997 – RS, MINISTRA ASSUETE MAGALHÃES, j. 18/02/2016). (AgRg no REsp 1322186/PA, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 1.4.2016). (AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 194.810 - RS (2012/0132111-2), MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 14/02/2017)

<sup>13</sup> RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÕES DE MÚTUA FIRMADO COM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DESCONTO EM CONTA-CORRENTE E DESCONTO EM FOLHA. HIPÓTESES DISTINTAS. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA LIMITAÇÃO LEGAL AO EMPRÉSTIMO CONSIGNADO AO MERO DESCONTO EM CONTA-CORRENTE, SUPERVENIENTE AO RECEBIMENTO DA REMUNERAÇÃO. INVIABILIDADE. DIRIGISMO CONTRATUAL, SEM SUPEDÂNEO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. A regra legal que fixa a limitação do desconto em folha é salutar, possibilitando ao consumidor que tome empréstimos, obtendo condições e prazos mais vantajosos, em decorrência da maior segurança propiciada ao financiador. O legislador ordinário concretiza, na relação privada, o respeito à dignidade humana, pois, com razoabilidade, limitam-se os descontos compulsórios que incidirão sobre verba alimentar, sem menosprezar a autonomia privada. 2. O contrato de conta-corrente é modalidade absorvida pela prática bancária, que traz praticidade e simplificação contábil, da qual dependem várias outras prestações do banco e mesmo o cumprimento de pagamento de obrigações contratuais diversas para com terceiros, que têm, nessa relação contratual, o meio de sua viabilização. A instituição financeira assume o papel de administradora dos recursos do cliente, registrando lançamentos de créditos e débitos conforme os recursos depositados, sacados ou transferidos de outra conta, pelo próprio correntista ou por terceiros. 3. Como característica do contrato, por questão de praticidade, segurança e pelo desuso, a cada dia mais acentuado, do pagamento de despesas em dinheiro, costumeiramente o consumidor centraliza, na conta-corrente, suas despesas pessoais, como, v.g., luz, água, telefone, tv a cabo, cartão de crédito, cheques, boletos variados e demais despesas com débito automático em conta. 4. Consta, na própria petição inicial, que a adesão ao contrato de conta-corrente, em que o autor percebe sua remuneração, foi espontânea, e que os descontos das parcelas da prestação - conjuntamente com prestações de outras obrigações firmadas com terceiros - têm expressa previsão contratual e ocorrem posteriormente ao recebimento de seus proventos, não caracterizando consignação em folha de pagamento. 5. Não há supedâneo legal e razoabilidade na adoção da mesma limitação, referente a empréstimo para desconto em folha, para a prestação do mútuo firmado com a instituição financeira administradora da conta-corrente. Com efeito, no âmbito do direito comparado, não se extrai nenhuma experiência similar - os exemplos das legislações estrangeiras, costumeiramente invocados, buscam, por vezes, com medidas extrajudiciais, solução para o superendividamento ou sobreendividamento que, isonomicamente, envolvem todos os credores, propiciando, a médio ou longo prazo, a quitação do débito. 6. À míngua de novas disposições legais específicas, há procedimento, já previsto no ordenamento jurídico, para casos de superendividamento ou sobreendividamento - do qual podem lançar mão os próprios devedores -, que é o da insolvência civil. 7. A solução concebida pelas instâncias ordinárias, em vez de solucionar o superendividamento, opera no sentido oposto, tendo o condão de eternizar a obrigação, visto que leva à amortização negativa do débito, resultando em aumento mês a mês do saldo devedor. Ademais, uma vinculação perene do devedor à obrigação, como a que conduz as decisões das instâncias ordinárias, não se compadece com o sistema do direito obrigacional, que tende a ter termo. 8. O art. 6º, parágrafo 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro confere proteção ao ato jurídico perfeito, e, consoante os arts. 313 e 314 do CC, o credor não pode ser obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa. 9. A limitação imposta pela decisão recorrida é de difícil operacionalização, e resultaria, no comércio bancário e nas vendas a prazo, em encarecimento ou até mesmo restrição do crédito, sobretudo para aqueles que não conseguem comprovar a renda. 10. Recurso especial do réu provido, julgado prejudicado o do autor (REsp 1586910/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 29/08/2017, DJe 03/10/2017).

de seu voluntarismo; ii) não há previsão legal para extensão da limitação atribuída apenas à modalidade de crédito consignado; iii) o consumidor tem autonomia privada contratual para autorizar débitos em sua conta;<sup>14</sup> iv) o ordenamento jurídico brasileiro já prevê a insolvência civil como solução para o superendividamento; v) a limitação das parcelas eternizaria a obrigação para o consumidor.

Inúmeros trabalhos científicos poderiam ser indicados para rebater esses argumentos. Por não ser esse o enfoque do trabalho, menciona-se apenas Mian e Sufi (2012), que comprovam como o custo social da recuperação judicial do crédito pode ser devastadora em um contexto de endividamento generalizado.

A segunda situação – o endividamento é excedente a 30% do salário ou benefício previdenciário, apenas na modalidade de crédito consignado – sugere que na rotina de registro da modalidade de crédito existam falhas regulatórias graves ou até mesmo condutas tipificáveis penalmente. O volume de casos dessa natureza impressiona.

Uma situação que explica o endividamento de crédito consignado acima da margem de 30% é a de recebimento temporário de adicionais. Se, no momento em que um servidor público toma empréstimo, ele se encontra em cargo de chefia, assessoramento ou direção, justificando gratificação, é possível que o desconto seja feito sobre o valor salarial provisoriamente apreciado. Diante da perda do adicional pela perda da função, o resultado contábil do desconto seria maior que os 30% consignáveis.

O volume de pessoas que indicam ter comprometimento de renda acima de 30%, porém, não parece poder ser justificado unicamente pela remuneração variável. A partir da vivência de rotina do serviço de atendimento à comunidade de que muitos dos autores desse texto participam, é possível imaginar que estratégias maliciosas impulsionadas pela oportunidade de comissionamentos criem oportunidades de burlar a lei.

Nesse sentido, algumas ementas de vários casos que determinam que a limitação de 30% seja efetivada para os descontos de crédito consignado.

PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDORES. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. LIMITAÇÃO. 30% DOS VENCIMENTOS. 1. Diferentemente do que alega a União, não se discute, no caso, cancelamento de amortização de empréstimo, mas redução do percentual descontado com o objetivo de adequar-se aos limites legalmente estabelecidos. 2. Nada obstante a concordância do mutuário na celebração do contrato de empréstimo com a instituição financeira, cabe ao órgão responsável pelo pagamento dos proventos fiscalizar os descontos em folha, como a cobrança de parcela de empréstimo bancário contraído, a fim de limitar a quantia descontada ao percentual de 30% da remuneração ou proventos. Precedentes. 3. O acórdão recorrido limitou o valor das consignações em 40%. Entretanto, esta Corte tem reduzido esse percentual para 30% dos vencimentos do servidor, em razão da natureza alimentar do salário e do princípio da razoabilidade. Todavia, para não incidir na reformatio in pejus, mantém-se o aresto impugnado. 4. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag. 1.425.860/DF, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 12.03.2012).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO CONSIGNADO. LIMITE DE 30%. NORMATIZAÇÃO FEDERAL. 1. No que se refere à alegada afronta ao disposto no art. 535, inciso II, do CPC, verifico que o julgado recorrido não padece de omissão, porquanto decidiu fundamentadamente a quaestio trazida à sua análise, não podendo ser considerado nulo tão somente porque contrário aos interesses da parte. 2. O decisum vergastado, ao estabelecer

---

<sup>14</sup> Artigos 1º, 3º, e 4º da Resolução CMN 3.695/2009 com redação dada pela Resolução CMN 4.480/2016.

o limite de desconto consignado em 30% dos rendimentos líquidos do agravado, está em consonância com orientação do STJ. 3. No que se refere à competência para o controle do limite consignável na folha de pagamento do servidor, o Tribunal a quo afastou a competência do órgão pagador por entender que “as apelantes/rés, com exceção do banco, atuaram como intermediárias do contrato de empréstimo consignado, efetuando os descontos e os encaminhando à instituição bancária, não sendo legítimas para figurar no polo passivo da demanda.” É inviável analisar a tese defendida no Recurso Especial, a qual busca afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido, pois inarredável a revisão do conjunto probatório dos autos. Aplica-se o óbice da Súmula 7/STJ. 4. Agravo Regimental não provido (AgRg nos EDcl no AREsp 714.903/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 17.11.2015).

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. CONTRATOS BANCÁRIOS. EMPRÉSTIMO. DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO. DÉBITO EM CONTA-CORRENTE. LIMITAÇÃO. PERCENTUAL DE 30% (TRINTA POR CENTO). DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO AGRAVO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA ÀS RAZÕES DA DECISÃO OBJURGADA. SÚMULAS 284/STF E 182/STJ. 1. O entendimento do Tribunal de origem não está em consonância com a orientação do STJ, no sentido de que a retenção de salário do correntista, para fins de saldar débito relativo a contrato de mútuo bancário, ainda que conste cláusula autorizativa, não se reveste de legalidade, porquanto a instituição financeira pode buscar a satisfação de seu crédito pelas vias judiciais. 2. O STJ vem consolidando o entendimento de que os descontos de mútuos em conta-corrente devem ser limitados a 30% (trinta por cento) dos rendimentos do correntista, aplicando, analogicamente, o entendimento para empréstimos consignados em folha de pagamento (EDcl no AgRg no AREsp 34.403/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 6/6/2013, DJe 17/9/2013). (...) 4. Agravo Regimental não provido (AgRg no REsp. 1.535.736/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 18.11.2015).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL (GARI). DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO DE PARCELA DO CONTRATO DE MÚTUA BANCÁRIO. COMPETÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO. AFERIÇÃO, POR ESTA CORTE, DOS VALORES DOS DESCONTOS EFETUADOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. A Corte Especial do STJ já decidiu que os “recursos referentes a limite percentual de desconto em pagamento de empréstimo consignado feito por servidor público, com débito em conta-corrente e desconto na folha de pagamento, são da competência da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ, art. 9º, XI)” (STJ, EREsp 1.163.337/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, CORTE ESPECIAL, DJe de 12/08/2014). II. Esta Corte é firme no entendimento de que “os empréstimos consignados na folha de pagamento do servidor público estão limitados a 30% do valor de sua remuneração, ante a natureza alimentar da verba” (STJ, AgRg no RMS 30.070/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe de 08/10/2015). III. No caso, o Tribunal de origem manifestou-se sobre a impossibilidade de se penhorar crédito decorrente de verba salarial, de índole alimentar, bem como que houve abusividade no desconto na folha de pagamento do autor, diante da sua baixa renda. Diante desse contexto, rever a conclusão do aresto impugnado – até mesmo para se aferir se houve ou não desrespeito ao limite legal de 30% (tinta por cento) – é pretensão inviável nesta Corte, ante o óbice da Súmula 7/STJ. (...) (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.084.997 – RS, MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES, j. 18/02/2016).

Vale mencionar que, para cada problema descrito em uma decisão judicial, há diversos outros na sociedade. São exemplos de pessoas que sofrem com práticas abusivas relacionadas aos descontos em folha de pagamento. As muitas decisões encontradas na jurisprudência do STJ sugerem que em tribunais inferiores os casos sejam muitos mais. Esses problemas poderiam receber uma solução regulatória estatal, através do controle de endividamento por CPFs, garantindo que o volume de endividamento nunca ultrapasse a margem consignável.

Esse controle parece ser tecnologicamente possível por mecanismos que já são mantidos pelo Banco Central do Brasil. Assim, o agente regulador principal, o Banco Central do Brasil, não dependeria apenas do registro de crédito consignado que é feito pelo Ministério da Previdência o qual, aparentemente, gera importantes falhas. O Banco Central do Brasil mantém o Sistema de Informação de Crédito (CIS), que guarda registros detalhados das relações individuais de crédito entre todos os brasileiros e as instituições financeiras em volumes de endividamento a partir de R\$200,00 (duzentos reais). O volume de informações que abastece o CIS é repassado por todas as instituições financeiras ao Banco Central do Brasil. O Banco Central do Brasil é um órgão tecnicamente mais preparado e aparelhado para exercer um efetivo controle sobre o possível abuso na oferta de crédito consignado. O CIS parece ser um mecanismo praticamente pronto para implementação deste controle.

## Conclusão

Este artigo relata e problematiza a atividade de concessão de crédito a pessoas de baixa renda na cidade de Ribeirão Preto (SP), por meio de análise qualitativa de entrevistas a correspondentes bancários, Sociedades de Crédito e/ou franqueados de Sociedades de Crédito.

Três conjuntos de achados foram destacáveis no processo das entrevistas:

- i) a organização das empresas ou indivíduos que atuam no segmento de crédito a pessoas de baixa renda no item intitulado “Quem são e como se estruturam as ‘financeiras’: correspondentes bancários, contratos de franquia e Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento”;
- ii) a vulnerabilidade das pessoas pobres às estratégias por vezes predatórias das empresas e indivíduos que compuseram o levantamento, no item nomeado “Ausência de justificativa social para a existência de ‘financeiras’ em centro urbanos já atendidos por agências bancárias”; e
- iii) a incongruência de que as empresas e indivíduos focados em baixa renda priorizem seu atendimento na modalidade do crédito consignado, justamente aquele cuja segurança poderia garantir o acesso às linhas mais baratas dos bancos convencionais, conforme o item “A centralidade do crédito consignado e o paradoxo da boa garantia ao juro alto”.

## Referências

ANAIS DO III FÓRUM BANCO CENTRAL SOBRE INCLUSÃO FINANCEIRA. 21 a 23 nov. 2011. Brasília – DF. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/nor/relinclin/Anais\\_III\\_Forum\\_BC\\_Inclusao\\_Financeira.pdf](https://www.bcb.gov.br/nor/relinclin/Anais_III_Forum_BC_Inclusao_Financeira.pdf). Acesso em: 14 set. 2019.

BACEN. Conselho Monetário Nacional. **Resolução nº 3.954, de 24 de fevereiro de 2011**. Altera e consolida as normas que dispõem sobre a contratação de correspondentes no País. Diário Oficial da União. Seção I, Brasília – DF, p. 44/45, 25 fev. 2011.

BACEN. Departamento de Monitoramento do Sistema Financeiro (DESIG). Divisão de Infraestrutura e Controle Operacional do Monitoramento (DIACO). Coordenação de Ações de Curadoria. **Correspondentes em atividade no país**. Data Base: 02/09/2019. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/legado?url=https:%2F%2Fwww.bcb.gov.br%2Ffis%2Finfo%2Fcorrespondentes.asp>. Acesso em: 14 set. 2019.

BACEN. **Relatório de cidadania financeira (RCF) - 2018**. Brasília: Banco Central do Brasil, 2015. 146 p. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/nor/releidfin/docs/Relatorio\\_Cidadania\\_Financeira.pdf](https://www.bcb.gov.br/nor/releidfin/docs/Relatorio_Cidadania_Financeira.pdf). Acesso em 14 set 2019.

BACEN. **Relatório de Inclusão Financeira**. v. 3, 2015. Brasília: Banco Central do Brasil, 2015. 167 p. ISSN 2179-6696. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/Nor/relinclin/RIF2015.pdf>. Acesso em: 14 set. 2019.

BERTRAN, Maria Paula. Diferentes racionalidades da oferta de crédito: para uma genealogia do dever brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. Ano 26, v. 109, p. 445-472, jan./fev. 2017.

BRASIL. **Lei 11.172 de 21 de outubro de 2015**, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L11172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L11172.htm).

BRASIL. Ministério da Fazenda. Gabinete do Ministro. **Portaria nº 309**, de 30 de novembro de 1959. Diário Oficial da União. 01 dez. 1959.

LOUREIRO, Eleonora Rodrigues; MADEIRA, Gabriel de Abreu; BADER, Fani Lea Cymrot. **Expansão dos Correspondentes Bancários no Brasil: uma análise empírica**. Trabalhos para Discussão n. 433, 42 p. ISSN 1519-1028. Departamento de Estudos e Pesquisas do Banco Central do Brasil. Brasília: Banco Central do Brasil, maio 2016.

MAS, Ignacio; SIEDEK, Hannah. **Banking Through Networks of Retail Agents**. CGAP Focus Note, nº 47, maio 2008. 24 p. Disponível no SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1655259>.

MIAN, Atif; SUFI, Amir. **House of Debt**. Chicago University Press, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. Correspondente Bancário, Natureza Jurídica e Função. **Soluções Práticas de Direito**, vol. 3/2014, p. 43-76. **Revista dos Tribunais Online**, p. 1-23.

REED, George F. **The Question of Insurance**, 25 Bus. Law.165, 1969.

SEXTON, Donald E. Determining Good and Bad Credit Risks Among High–and Low–Income Families. **The Journal of Business**, Vol. 50, No. 2 (Apr., 1977), pp. 236-239.

VALDETARO, Úrsula Brandão Faria. **Utilização de dados pessoais em serviços financeiros**. Monografia. Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

WHITE, James J. **Consumer Credit in the Ghetto: UCCC Free Entry Provisions and the Federal Trade Commission Study**, 25 Bus. Law.143, 1969.

[S.N.] Dez bancos são investigados por supostos abusos em consignado a idosos. **Exame**. 19 de julho de 2019.

# Lei Antitruste: alternativa para microempresas e empresas de pequeno porte combaterem a prática abusiva da cláusula de não cessão de créditos\*

Gabriela Corrêa Dias\*\*

Rogério Alexandre de Oliveira Castro\*\*\*

*Introdução. 1 Como dar efetividade ao artigo 73-A da Lei Complementar 123/2006? 2 Controle concorrencial como alternativa para as MPEs combaterem a prática abusiva da cláusula de não cessão de créditos. 2.1 Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 2.2 Livre iniciativa e livre concorrência. 2.3 Abuso de poder econômico. 2.4 Abuso de posição dominante. 2.5 Atuação do Cade quando houver infração à ordem econômica. Conclusão. Referências.*

## Resumo

O artigo objetiva analisar, por meio do método dedutivo e de pesquisa bibliográfica e legislativa, a possibilidade de adotar o direito concorrencial como alternativa para a efetividade ao artigo 73-A da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, que veda cláusulas contratuais que limitam a emissão ou circulação de títulos de crédito ou direitos creditórios originados de operações de compra e venda de produtos e serviços por microempresas e empresas de pequeno porte. Em síntese, é analisada a cláusula de não cessão de crédito imposta por grandes empresas em desfavor de pequenas e microempresas, mesmo existindo a vedação do artigo 73-A e a importância do acesso imediato aos créditos decorrentes da venda e prestação de serviços realizadas pelas pequenas e microempresas para a manutenção dos seus negócios. Apesar de existirem outras alternativas para dar efetividade ao art. 73-A da Lei Complementar 123/2006, entre elas a ação individual e a ação civil pública ajuizada por associações de classe ou pelo Ministério Público para anulação da cláusula de não cessão, concluiu-se que a imposição dessa cláusula por grandes empresas caracteriza infração da ordem econômica tanto por limitar e prejudicar a livre concorrência e a livre iniciativa do pequeno empresário (tolhido de utilizar o seu crédito para capital de giro do negócio), como também pelas grandes empresas exercerem de forma abusiva sua posição dominante e criarem dificuldade ao desenvolvimento de fornecedor de bens ou serviços, caracterizando, respectivamente, violações ao art. 36, I e IV, e § 3º, IV, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.

**Palavras-chave:** Cláusula de não cessão de crédito. Pequena e microempresa. Abuso do poder econômico. Controle concorrencial.

\* Publicação resultante de projeto de pesquisa subvencionado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp) na modalidade auxílio individual (Processo 2016/07578-6), sob orientação do prof. dr. Rogério Alexandre de Oliveira Castro.

\*\* Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Advogada.

\*\*\* Doutor pelo Prolam/USP. Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Advogado.

## *Competitive Law as an Alternative for Micro and Small Enterprises Fighting Against Abusive Practice of the Non-Assignment Clause*

### *Abstract*

*The purpose of this paper is to analyze, through the deductive method and bibliographical and legislative research, the possibility of adopting the competitive law as an alternative to the effectiveness of the provisions of article 73-A of Complementary Law 123/2006, which prohibits contractual clauses that limit the issuance or circulation of securities or credit rights originated from the purchase and sale of products and services by micro and small enterprises. In summary, it is analyzed the clause of non-assignment of credit imposed by companies of great economic power in detriment of small and micro companies, even if there is a prohibition of the aforementioned Article 73-A and the importance of immediate access to credits arising from the sale and provision of services small and micro enterprises for the maintenance of their businesses. Although there are other alternatives to give effectiveness to art. 73-A of Complementary Law 123/2006, among them the individual action and the public civil action filed by class associations or the Public Prosecutor for nullity of the clause of non-assignment of credit, it was concluded that the imposition of this clause by companies of great economic power, is characterized by an infringement of the economic order, both by limiting and harming free competition, and especially by the free enterprise of the small business owner (unable to use his credit for the working capital of his business) abuse their dominant position and create difficulties for the development of suppliers of goods or services, in short, characterize, respectively, violations of art. 36, I and IV, and paragraph 3, IV, of Law 12.299/2011 (Antitrust Law).*

**Keywords:** *Non-assignment clause. Micro and small enterprise. Abuse of economic power. Competitive control.*

## **Introdução**

As microempresas e as empresas de pequeno porte (MPEs)<sup>1</sup> apresentam significativa importância para a economia brasileira, colaboram para a geração de empregos e para o crescimento do Produto Interno Bruto (PIB). No acumulado do primeiro trimestre de 2019, responderam por 27% do PIB e somaram saldo positivo de quase 180 mil postos de trabalho (SEBRAE, 2019).

Nesse sentido, o microcrédito tem papel essencial para que as MPES consigam o capital de giro necessário para a continuidade de suas atividades e investimentos em mão de obra, sistemas de informação, novos produtos e serviços, melhor atendimento ao cliente e novas tecnologias. No entanto, estudos afirmam que o microcrédito no Brasil ainda tem abrangência restrita, atendendo menos de 3% de seu mercado potencial (BARONE, 2002, p. 26-27).

Em busca de capital de giro, as MPES procuram emitir e negociar títulos de crédito por elas emitidos com bancos, sociedades de *factoring* e empresas simples de crédito (ESC).<sup>2</sup> Entretanto, em

---

1 São consideradas microempresas ou empresas de pequeno porte as que auferem, em cada ano-calendário, respectivamente, receita bruta igual ou inferior a R\$360.000,00 e receita bruta superior a R\$360.000,00 e igual ou inferior a R\$4.800.000,00 (art. 3º, I e II, LC 123/2006, com a redação da LC 155, de 27 de outubro de 2016).

2 A Lei Complementar 167, de 24 de abril de 2019, criou a Empresa Simples de Crédito (ESC), com atuação exclusivamente no município de sua sede e em municípios limítrofes, voltada para operações de empréstimo, financiamento e desconto de títulos de crédito, exclusivamente com recursos próprios, tendo como destinatários microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte. A ESC não depende de prévia autorização do BCB para operar. Não poderá captar poupança popular, devendo operar com recursos próprios em montante não superior ao capital social realizado.

virtude da possibilidade prevista no Código Civil brasileiro de pactuação de não cedibilidade dos créditos (art. 286),<sup>3</sup> em muitos dos contratos, os pequenos agentes produtivos se deparam com a cláusula de não cessão de crédito, que impede que os créditos atinjam o objetivo principal para o qual foram criados, ou seja, obsta a circulação das riquezas.

O artigo 73-A da Lei Complementar 123/2006, incluído pela Lei Complementar 147, de 7 de agosto de 2014, dispõe que “são vedadas cláusulas contratuais relativas à limitação da emissão ou circulação de títulos de crédito ou direitos creditórios originados de operações de compra e venda de produtos e serviços por microempresas e empresas de pequeno porte”. Todavia, esse dispositivo não traz qualquer sanção expressa para o caso do seu descumprimento.

Assim, o presente estudo tem o objetivo de apresentar alternativa para dar efetividade a esse comando legal, de modo que as MPEs possam negociar livremente os seus créditos e ter acesso imediato ao indispensável capital de giro para a sua atividade, o que é indispensável para a continuidade do negócio.

Para atingir o objetivo proposto, considerando o objeto de estudo desta pesquisa e a demonstração da tese pretendida nesta pesquisa, utilizou-se como técnica de investigação teórica a pesquisa bibliográfica, além de pesquisas legislativa e jurisprudencial no Brasil, realizadas mediante a consulta de livros, periódicos, periódicos científicos e técnicos da área, além de sites especializados da internet. Para a análise, o método dedutivo foi utilizado, na medida em que a demonstração da tese foi realizada por meio de uma sequência de argumentos, cada um provando uma etapa do discurso.

## 1 Como dar efetividade ao artigo 73-A da Lei Complementar 123/2006?

Embora o citado artigo 73-A tenha potencial para ser de grande utilidade para que as MPEs não tenham obstado o acesso ao capital de giro dos seus negócios, esse dispositivo não trouxe previsão de sanção em caso de descumprimento do seu comando.

Usualmente, para fechar negócios com uma grande empresa, é preciso se submeter a um processo de standardização caracterizado pela adoção de contrato padrão (contrato de adesão), ou seja, pela assinatura de modelos e formulários com cláusulas pré-estabelecidas, que não podem ser alteradas pelas MPEs. Como tais empresas não têm poder para negociar o conteúdo desses contratos padrões, por corolário lógico, não estão livres para contratar e tampouco aceitar deliberadamente a cláusula que veda a cessão do crédito. Ou seja, por temor de que o negócio não se concretize, são forçadas ao aceite, uma vez que dificilmente um pequeno empresário conseguirá ser contratado por uma grande empresa caso se insurja contra a imposição dessa cláusula.

Diante dessa constatação, uma alternativa de solução é obter junto ao Poder Judiciário a declaração de nulidade de cláusula contratual que veda a cessão de crédito. No entanto, é notório que o processo judicial, no Brasil, é custoso e moroso. Em sendo assim, a discussão judicial por ação individual pode não ter efetividade para a MPE, pois, até a decisão final, certamente os títulos decorrentes do contrato cuja cláusula está sendo questionada já terão sido pagos pela grande empresa. Por essa razão, entende-se necessário buscar outros meios que sejam capazes de acompanhar a dinamicidade da economia moderna, com respostas mais rápidas, eficientes e precisas.

---

<sup>3</sup> Art. 286 do Código Civil: “O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação”.

Outro mecanismo é a utilização da ação civil pública, disciplinada pela Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, que, embora também perpassa pela morosidade judicial, apresenta uma vantagem em relação à ação individual ajuizada por MPE, visto que o polo ativo passa a ser ocupado por uma associação de MPEs ou pelo Ministério Público.<sup>4</sup>

Quando o polo ativo do processo é ocupado por apenas uma empresa, é provável que o grande ator econômico que impõe a incredibilidade do crédito deixe de contratar com esse pequeno empresário, como forma de represália ao questionamento judicial. Entretanto, na hipótese de ação civil pública, a possibilidade de represália por parte da grande empresa mostra-se reduzida em relação à ação individual. Além disso, na ação civil pública, a sentença não apenas irá declarar a nulidade da cláusula de não cessão de crédito, mas que também fará coisa julgada *erga omnes*, de forma que a grande empresa não poderá novamente impor a cláusula de não cessão de crédito a pequenos empreendimentos naquele local.

Ainda na perspectiva de evitar a utilização do processo judicial, identifica-se também a possibilidade de se valer do direito concorrencial, isto é, da Lei Antitruste (Lei 12.529, 30 de novembro de 2011), uma vez que, em algumas hipóteses, a imposição de cláusula de não cessão de crédito a MPEs pode caracterizar infração da ordem econômica, especialmente no âmbito do abuso de poder econômico e do abuso de posição dominante.

Assim, embora existam diferentes possibilidades de abordagem, esse artigo faz a análise do objeto de estudo considerando a alternativa pela lei concorrencial, visto se tratar de um mecanismo específico, mais célere, que evita a morosidade judicial e, ainda, pode ter efeitos pecuniários à grande empresa.

## **2 Controle concorrencial como alternativa para as MPEs combaterem a prática abusiva da cláusula de não cessão de créditos**

A seguir, passa-se à análise do direito concorrencial como meio de se contribuir para a efetividade do artigo 73-A da Lei Complementar 123/2006. Para tanto, serão abordados aspectos sobre o órgão competente para análise de questão desta natureza (Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade) e a existência de abuso de poder econômico e abuso da posição dominante das grandes empresas em relação às MPEs ao imporem em seus contratos cláusula de não cessão dos créditos deles oriundos.

### **2.1 Conselho Administrativo de Defesa Econômica**

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, de acordo com redação original da Lei Antitruste Brasileira (Lei 12.529/2011), era composto pelo Cade e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Desde a Medida Provisória 870, de 1º de janeiro de 2019, a estrutura do Ministério da Fazenda foi incorporada ao atual Ministério da Economia, que também incorporou as estruturas dos antigos ministérios do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; da Indústria, Comércio Exterior e Serviços; e do Trabalho.

---

<sup>4</sup> Ação Civil Pública. Direito transindividual do consumidor. Abusividade de cláusula contida em contrato de compra e venda de imóvel. Legitimidade ativa do Ministério Público (EREsp 1.378.938-SP, Corte Especial do STJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, por unanimidade, julgado em 20/06/2018, DJe 27/06/2018).

Ressalta-se que a Secretaria de Acompanhamento Econômico, tratada na Lei Antitruste, foi extinta pelo Decreto 9.266, de 15 de janeiro de 2018, desmembrando-se em Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria e Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência. Posteriormente, os Decretos 9.679/2019 e 9.745/2019 modificaram mais uma vez a organização desses órgãos.

De todo modo, independentemente de sua atual organização, essas Secretarias têm a atribuição de promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade, sendo responsável, entre outras atividades, pela emissão de opiniões acerca da promoção da concorrência e de propostas legislativas, a elaboração de estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, além da proposição de revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração.

Já o Cade pode ser compreendido, atualmente, como uma autarquia federal em regime especial, vinculada ao Ministério da Justiça, que exerce as atribuições dadas pela citada Lei Antitruste, com jurisdição em todo o território nacional e com sede e foro no Distrito Federal (art. 4º). Na realidade, sua criação se deu com a Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, como um órgão do Ministério da Justiça para fiscalizar a gestão econômica e o regime de contabilidade das empresas, sendo que foi transformado posteriormente em autarquia pela Lei 8.884, de 11 de junho de 1994.

O Cade é constituído por três órgãos, quais sejam, o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, a Superintendência-Geral e o Departamento de Estudos Econômicos (art. 5º). O Tribunal Administrativo tem, entre outras descritas no artigo 9º da Lei 12.529/2011, as funções de zelar pela observância da Lei Antitruste brasileira, decidir sobre a existência de infração da ordem econômica, julgar processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica e decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos.

Outrossim, a Superintendência-Geral, de acordo com o artigo 13 da Lei Antitruste brasileira, tem o dever de monitorar e acompanhar as práticas de mercado, em especial daqueles que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, de promover inquérito administrativo para apuração de suspeita dessas infrações, bem como de instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, além de outras atribuições descritas no referido dispositivo. Ressalta-se que a investigação acerca de possíveis infrações à ordem econômica usualmente se inicia em representação formulada por qualquer interessado ou em ato de ofício da Superintendência-Geral (FORGIONI, 2012, p. 146).

O Departamento de Estudos Econômicos, consoante o artigo 17 do mesmo diploma legislativo, é dirigido por um economista-chefe com notório conhecimento e que tem a incumbência de elaborar estudos e pareceres econômicos.

Assim, considerando-se o conjunto dos órgãos, pode se dizer que o Cade exerce competência preventiva, repressiva e educativa. No âmbito preventivo, a autarquia analisa e decide acerca de mudanças societárias, tais como fusões, aquisições de controle e incorporações, que possam colocar em risco a livre concorrência. Na seara repressiva, investiga e julga condutas potencialmente nocivas à livre concorrência. Já na competência educativa, instrui a população, incentiva pesquisas acadêmicas, realiza cursos, palestras e seminários e edita publicações e cartilhas para a população, para informar acerca das condutas que podem prejudicar a livre concorrência.<sup>5</sup>

---

5 CADE. Competências. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/copy\\_of\\_competencias/capa-interna](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/copy_of_competencias/capa-interna). Acesso em: 17 nov. 2019.

Pela síntese exposta, verifica-se que o Cade é imprescindível na manutenção da livre concorrência e da livre iniciativa no mercado, sendo considerado autoridade de defesa da concorrência, posto que, na esfera do Poder Executivo, é o órgão responsável por investigar, decidir e punir no âmbito da matéria concorrencial, além de fomentar, disseminar e informar acerca da cultura da livre concorrência. Dito isso, vale ressaltar que a autarquia tem como missão institucional “zelar pela manutenção de um ambiente competitivo saudável, prevenindo ou reprimindo atos contrários, ainda que potencialmente, à ordem econômica, com observância do devido processo legal em seus aspectos material e formal”.<sup>6</sup>

Para compreender a atuação do Cade no âmbito da imposição de cláusula de não cessão de crédito em desfavor das MPEs, faz-se imprescindível que sejam consideradas algumas abordagens conceituais no direito concorrencial pertinentes a esse estudo.

## 2.2 Livre iniciativa e livre concorrência

O artigo 1º da Lei Antitruste brasileira evidencia que essa legislação estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e pretende reprimir infrações à ordem econômica, orientada, entre outros, pelos ditames constitucionais de livre iniciativa e livre concorrência, de forma que esse diploma legislativo pode dar concreção a esses princípios. Nesse sentido, o artigo 36, I, da Lei 12.529/2011, que trata das infrações da ordem econômica, tutela o interesse de salvaguardar a livre iniciativa e a livre concorrência (FORGIONI, 2012, p. 135), motivo pelo qual é importante compreender como esses dois conceitos se manifestam na Constituição Federal.

A Constituição Federal, logo em seu artigo 1º, prestigia o princípio da livre iniciativa como um fundamento da República brasileira. Em seu artigo 170, IV, determina que esse princípio é um dos fundadores da ordem econômica do país.

Ressalta-se, assim, que a livre iniciativa, embora seja um termo excessivamente amplo, no âmbito constitucional, não deve ser compreendida do ponto de vista individualista, mas como um valor social, do qual tanto a empresa quanto o trabalho são titulares (GRAU, 2010, p. p. 207-210). Da liberdade de iniciativa se desdobra a garantia da legalidade, ou seja, da não sujeição a qualquer restrição a não ser em virtude de lei (GRAU, 2010, p. 201-210), de sorte que “todos são livres para lançarem-se no mercado e neste terem seu destino ditado somente pelas leis que resultam da interação dos diversos atores do processo de produção e consumo” (BASTOS, 2011, p. 313).

Com essas considerações, entende-se que a livre concorrência determina a compreensão de que nem toda forma de competição ocorrida no mercado é lícita, uma vez que algumas práticas eventualmente podem restringir a atuação de determinados agentes econômicos de maneira tão bruta que os impossibilita de exercer o direito de permanecer no mercado. Por essa razão, o Estado é chamado a coibir e punir tais práticas consideradas abusivas, de modo a concretizar a livre concorrência, permitindo que todos possam se desenvolver no mercado de forma justa e, em última instância, de modo a concretizar o princípio da livre iniciativa (BASTOS, 2011, p. 313).

Portanto, verifica-se que a livre iniciativa e a livre concorrência são pilares imprescindíveis na construção, manutenção e organização da ordem econômica e financeira no país. No entanto, mesmo com a existência desses princípios, há condutas que podem prejudicar o harmônico funcionamento de mercado.

---

6 CADE. Histórico do CADE. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/historico-do-cade>. Acesso em: 17 nov. 2019.

### 2.3 Abuso de poder econômico

O artigo 1º da Lei 12.529/2011 determina que a repressão ao abuso do poder econômico é um dos guias para se combaterem as infrações contra a ordem econômica. Esse dispositivo também elenca a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a função social da propriedade e a defesa dos consumidores como outros parâmetros para proteção da ordem econômica.

Cabe assinalar que o poder econômico não é um direito, mas uma situação fática que permite a determinado agente econômico agir com indiferença e independência em relação aos outros agentes e às leis do mercado (FORGIONI, 2012, p. 264-265). Pode-se dizer que ele consiste na possibilidade de que um indivíduo seja livre para tomar suas decisões econômicas fora dos limites que o mercado imporia na hipótese de se estar diante de um regime concorrencial puro, de modo que esse indivíduo passa, com suas atitudes individuais, a condicionar e conformar certas relações econômicas de troca (BRUNA, 2001, p. 104-105).

O poder econômico também pode ser conceituado como o domínio de recursos, ou seja, de bens e serviços de consumo ou fatores de produção, conferido a um indivíduo, grupo ou país (BARBIERI FILHO, 1984, p. 7). Por meio desse domínio, o agente toma decisões sem condicionantes em relação aos padrões de um mercado concorrencial. Assim, por deterem menos poder econômico, alguns dos demais agentes atuantes naquele mercado necessariamente precisarão arcar com as consequências dessas decisões (NUSDEO, 2013, p. 285-287).

Importante salientar que o poder econômico, a princípio, não sofre qualquer tipo de limitação. Na realidade, sua amplitude é encorajada pelo Estado como forma de também se estimular o desenvolvimento do país (BARBIERI FILHO, 1984, p. 13-14).

Vale dizer que esse poder econômico deve ser exercido em conformidade com os valores sociais previstos na Constituição, entre eles a livre iniciativa e a livre concorrência, que precisam ser exercidos não apenas com o objetivo de lucro, mas também como um instrumento de realização da justiça social. Por essa razão, a liberdade de iniciativa deixa de ser somente uma garantia individual e passa a configurar uma técnica de produção social (BRUNA, 2001, p. 141).

Pode se dizer que o poder econômico deve ser exercido sem que acarrete qualquer tipo de prejuízo, na medida em que um terceiro não pode sofrer limitações à sua liberdade de iniciativa. Assim, quando a utilização do poder econômico passa a caracterizar um obstáculo à iniciativa de demais agentes econômicos ou quando se torna fator determinante para o aumento arbitrário de lucros do detentor desse poder, manifesta-se seu abuso (BARBIERI FILHO, 1984, p. 14).

Com o intuito de coibir essa conduta abusiva, o artigo 173, §4º da Constituição Federal disciplina que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Assim, percebe-se que o poder econômico não é entendido como exceção ou anomalia, mas como um dado estrutural da própria ordem econômica (BRUNA, 2001, p. 129). Em outras palavras, entende-se que, embora se pretenda impedir o abuso de poder econômico, cada vez mais se configura uma posição realista no Direito brasileiro, fato que requer a regulamentação do uso desse poder (SOUZA, 2002, p. 284).

A utilização da expressão “abuso de poder econômico” no texto constitucional tem duas funções. A primeira delas é equiparar os deveres do detentor do poder econômico aos deveres do Estado, criando, assim, um direito-função; enquanto a segunda é evidenciar o dever de intervenção estatal para assegurar a proteção dos valores constitucionais da ordem econômica (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 122-124).

Destarte, pode se dizer que o abuso do poder econômico consiste em utilizar esse poder de forma a desviá-lo de sua função social de concretizar os valores constitucionais (BRUNA, 2001,

p. 167-179). Para ocorrer o abuso do poder econômico, portanto, deve haver abuso do direito à liberdade econômica, liberdade de iniciativa e liberdade de concorrência (FORGIONI, 2012, p. 264). Uma vez comprovado tal abuso, estar-se-á diante de uma infração da ordem econômica, a ser combatida tendo em vista os ditames constitucionais e a Lei 12.529/2011.

Por fim, no âmbito da cláusula de não cessão de crédito, tem-se que a imposição do pacto de não cedibilidade dos créditos pode configurar abuso de poder econômico. Isso porque a grande empresa pode eventualmente dificultar o exercício da livre iniciativa e da liberdade econômica, na medida em que tal conduta dificulta a atividade de MPes, que encontram nessa cláusula obstáculo para obterem capital de giro e, conseqüentemente, para continuar dando seguimento às atividades empresariais.

## 2.4 Abuso de posição dominante

A Lei Antitruste brasileira se encarregou de delimitar, em seu artigo 36, §2º, o conceito de posição dominante. De acordo com esse dispositivo, ela é presumida:

sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

Dessa forma, há duas hipóteses nas quais resta configurada a posição dominante, uma concreta e outra abstrata (TAUFICK, 2012, p. 183).

O critério abstrato se baseia estritamente em números, de forma que se uma empresa ou grupo de empresas controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante,<sup>7</sup> automaticamente, afigurar-se-á a posição dominante, com a observação de que essa porcentagem pode ser alterada pelo Cade para setores específicos da economia. Todavia, na prática, nem sempre o detentor de 20% de determinado mercado relevante consegue estar em uma posição dominante. Na realidade, isso apenas acontece em mercados pulverizados, atomizados ou pouco concentrados (TAUFICK, 2012, p. 183).

O critério concreto depende da verificação empírica de que determinada empresa ou grupo de empresas consegue alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado, de modo que não ocorre a presunção da posição dominante, mas sim sua aferição, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e do mercado em questão (TAUFICK, 2012, p. 183).

Nesse diapasão, entende-se que posição dominante é “aquela que confira a seu detentor quantidade substancial de poder econômico ou de mercado, a ponto de que possa ele exercer influência determinante sobre a concorrência” (BRUNA, 2001, p. 115). Por essa razão, tem-se que a posição dominante está intimamente relacionada com o poder de dominação, ou seja, com o poder de controlar de parcela substancial do mercado relevante (BRUNA, 2001, p. 113-116).

Dentre os critérios indicativos de possível existência de posição dominante, podem ser ressaltados: elevado *marketshare*,<sup>8</sup> ausência de concorrência potencial, dependência dos consumidores e/ou fornecedores, estrutura avançada da empresa, domínio de tecnologia, grau de crescimento do setor e domínio dos canais de distribuição (FORGIONI, 2012, p. 269-280).

---

7 Entende-se por mercado relevante a delimitação geográfica na qual não é possível a substituição de um produto por outro, tendo em vista a não existência de substitutos dele ou a impossibilidade de sua obtenção. Com isso, a definição de mercado relevante leva em consideração duas dimensões, quais sejam, a dimensão produto e a dimensão geográfica (SALOMÃO FILHO, 2001).

8 Isso significa que determinada empresa ou grupo de empresas detém percentual elevado do mercado relevante.

Uma vez compreendidas as hipóteses de posição dominante criadas pela legislação, cabe pontuar que o abuso de posição dominante é compreendido em duas óticas pela doutrina (GABAN; DOMINGUES; 2012, p. 139). De um lado, tem-se as condutas unilaterais ou horizontais, nas quais existe uma relação de concorrência entre o agente econômico infrator e os agentes afetados. De outro lado, estão as condutas unilaterais verticais, em que existe uma relação de insumo (fornecedor/cliente) entre o agente econômico infrator e os agentes afetados. Salienta-se que o rol de condutas verticais e horizontais não é exaustivo, havendo casos nos quais ambas ocorrem concomitantemente.

Com isso, pode se dizer que algumas condutas nitidamente configuram ou têm potencial para configurar o abuso de posição dominante, entre elas: aumento abusivo de preços, discriminação de rivais, preços predatórios, venda casada, acordos de exclusividade, programas de fidelidade, políticas de bônus, recusa de venda ou de contratar e fixação de preço de revenda (GABAN; DOMINGUES; 2012, p. 140-157).

Na hipótese de imposição de cláusula de não cessão de crédito, estar-se-á diante de uma conduta unilateral vertical, visto que a MPE figura como fornecedora da grande empresa que impõe o *pactum de non cedendo*. Sobreleva-se, todavia, que a imposição da indigitada cláusula apenas configura abuso de posição dominante se ocorrer em consonância com alguma das hipóteses do artigo 36, §2º da Lei 12.529/2011, ou seja, caso haja mais de 20% de domínio do mercado relevante ou caso seja possível alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado.

## 2.5 Atuação do Cade quando houver infração à ordem econômica

Para melhor compreender a atuação do Cade, cabe pontuar que a Lei Antitruste brasileira, em seu artigo 36, traz uma extensa lista acerca das infrações da ordem econômica, no chamado controle de condutas (GABAN; DOMINGUES; 2012, 129-133). Esse rol não traz apenas quais são as infrações em si, mas também quais seus potenciais efeitos. Assim, devem ser repelidos pelo Cade as seguintes condutas e efeitos: (a) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (b) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (c) aumentar arbitrariamente os lucros; e (d) exercer de forma abusiva posição dominante.

Em complemento, o mesmo artigo 36, em seu §3º, traz extenso rol de condutas que caracterizam infração à ordem econômica, do qual são destacadas as seguintes: (a) limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; (b) criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; (c) recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; (d) dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em se submeter a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais.

Ao analisar essa extensa lista, verifica-se que há uma infinidade de condutas e efeitos a serem combatidos pelo Cade, explicitados por meio de um rol exemplificativo. Além disso, alguns atos praticados por empresas podem se encaixar em mais de um inciso do dispositivo. Dessa forma, para que haja a caracterização de infração da ordem econômica, é imprescindível que os atos “tenham por objeto ou possam produzir” os efeitos trazidos pelo artigo 36 da Lei Antitruste brasileira. Isso significa que o efeito deve ser desejado ou esperado, não que ele necessariamente seja possível de ser alcançado (TAUFICK, 2012, p. 149-150).

Com isso, entende-se que, para que determinada prática seja considerada ilegal no âmbito do direito antitruste, não basta que as condutas dos incisos do §3º sejam realizadas. Na realidade, é imprescindível que sejam preenchidos os requisitos do artigo 36, *caput*, incisos e §2º. Em outras palavras, para que uma conduta do §3º seja considerada ilegal, faz-se necessário que sejam produzidos, ainda que potencialmente, efeitos nocivos à livre concorrência (GABAN; DOMINGUES; 2012, p. 159).

Para se realizar o estudo da imposição de cláusula de não cessão de crédito a MPEs, detém-se à análise dos dois incisos que mais se relacionam com a temática, quais sejam, I e IV. Isso porque são esses os principais efeitos que podem potencialmente ocorrer caso haja o *pactum de non cedendo* em face de pequenos agentes econômicos. Trata-se dos efeitos de “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa” e “exercer de forma abusiva posição dominante”. Por isso, os incisos II e III não serão abordados, na medida em que demandariam um estudo aprofundado e quiçá enfadonho, sendo que pouco contribuiriam para o objeto central da pesquisa.

Dito isso, ressalta-se que o inciso I traz um efeito muito amplo e genérico, capaz de abarcar todas as possíveis infrações da ordem econômica, além de contemplar todos os outros tipos trazidos nos demais incisos desse artigo (TAUFICK, 2012, p. 158-161). Dessa forma, mesmo que o abuso de poder econômico não esteja explicitamente tipificado no artigo 36, essa conduta pode ser punida por meio da Lei Antitruste brasileira, vez que prejudica a livre concorrência e a livre iniciativa, encaixando-se, portanto, nesse inciso I. Por conseguinte, entende-se que se trata de dispositivo importante, uma vez que categorizar precisamente todos os efeitos indesejados para se preservar a livre concorrência e a saúde do mercado é praticamente uma tarefa impossível.

Por essa razão, cabe pontuar que esse inciso I representa uma concreção ao mandamento do artigo 170 da Constituição Federal,<sup>9</sup> posto que contempla a proteção à livre concorrência e à livre iniciativa, ressaltando-se o já abordado sentido constitucional moderno dessas expressões, como resultado de uma prática concorrencial sem que haja dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros (FORGIONI, 2012, p. 135-137).

Além disso, no âmbito do inciso IV, que trata do abuso de posição dominante, interessa frisar que o simples fato de se estar em uma posição dominante, *per se*, não é vedado. Na realidade, a legislação brasileira tem entendido o poder dominante como um dado da realidade do mercado (BRUNA, 2001, p. 129). Assim, esse inciso tem como premissa que o abuso de posição dominante implica necessariamente restrição à livre iniciativa e à livre concorrência, de forma que pode se dizer que nem toda restrição à livre concorrência ou à livre iniciativa se dá por meio do abuso de posição dominante, mas que não há abuso de posição dominante sem que haja restrição à livre concorrência e à livre iniciativa (FORGIONI, 2012, p. 137-139).

Uma vez compreendidos os efeitos a serem combatidos pela Lei Antitruste brasileira no âmbito da cláusula de não cessão de crédito a MPEs, salienta-se que algumas das condutas descritas pelos incisos do § 3º do mesmo artigo 36 podem ser consideradas relevantes para a compreensão do objeto central da pesquisa, de forma que se faz necessária a análise de alguns desses dispositivos.

Isso porque o *pactum de non cedendo* pode limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado (art. 36, § 3º, III),<sup>10</sup> na medida em que os novos e pequenos empreendimentos tendem a necessitar da circulação de crédito para angariar recursos para dar continuidade ao empreendimento. Dessa forma, limitar-se-ia a livre iniciativa de certos agentes econômicos, uma vez que estes estariam impossibilitados de exercer suas respectivas atividades por conta da falta de capital de giro decorrente dessa pactuação, de modo que a imposição da indigitada cláusula nessas condições indubitavelmente caracterizaria infração à ordem econômica.

---

9 “Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência.”

10 Art. 36, § 3º, “III - caracteriza infração da ordem econômica limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;”

Ademais, podem ser criadas dificuldades ao funcionamento e ao desenvolvimento (art. 36, § 3º, IV)<sup>11</sup> da MPE que seja fornecedora de uma grande empresa que fixe o *pactum de non cedendo*. Isso se deve ao fato de que se torna impossível de conversão dos ativos recebíveis em ativos líquidos, lembrando que uma importante via de obtenção de capital de giro para esses agentes econômicos é a circulação de seus créditos, em especial por meio dos contratos de desconto bancário e de *factoring* (CASTRO, 2015, p. 57-80).

Novamente, a imposição da cláusula de não cessão de crédito se apresenta como um empecilho à livre iniciativa e, por consequência, à livre concorrência, na medida em que, indiretamente, por conta da cláusula de não cessão de crédito, a MPE enfrenta dificuldades para continuar atuando no mercado em função da impossibilidade de transformar os seus créditos futuros em dinheiro imediato; enfim, de obter liquidez e capital de giro para o seu negócio.

Outrossim, a conduta de compelir a MPE a pactuar contratualmente a cláusula de não cessão de crédito pode também representar uma recusa da grande empresa de contratar dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais (art. 36, § 3º, XI).<sup>12</sup> Isso porque, embora o ordenamento jurídico brasileiro admita a pactuação da não cedibilidade do crédito, pode-se dizer que a circulação do crédito é imprescindível para a economia moderna, especialmente para as MPEs. Na realidade, foi apenas por meio da mobilização da riqueza e da circulação dos bens que foi possível realizar as façanhas técnicas, econômicas e científicas, avanços os quais permitiram que a humanidade alcançasse o nível de modernidade atual (ASCARELLI, 2013, p. 46-47).

Nesse sentido, ressalta-se que a função e o efeito do crédito são os de salvar o dinheiro da esterilidade, com o intuito de fecundá-lo para que haja sua utilização na criação de riqueza, sendo que esse ativo que provavelmente permaneceria improdutivo nas mãos de quem não quer ou não pode utilizá-lo diretamente (BORGES, 1976, p. 8). As condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais deveriam, portanto, permitir a cedibilidade do crédito, na medida em que é justamente sua circulação que permite o fortalecimento da economia, por meio do repasse de recursos de poupadores para tomadores.

Vale também pontuar que a ocorrência de represália por parte da grande empresa que eventualmente deixe de contratar com os pequenos empreendimentos que se insurjam em face do *pactum de non cedendo* caracteriza a conduta prevista no inciso art. 36, § 3º, XII da Lei 12.529/2011,<sup>13</sup> posto que romper-se-á a continuidade das relações comerciais em razão da recusa da outra parte em se submeter a cláusulas injustificáveis.

Sob esse aspecto, pontua-se que a indicada disposição contratual dificulta a continuidade da atividade comercial das MPEs, por conta da impossibilidade de obtenção de capital de giro por meio da circulação de crédito. Além disso, essa pactuação também acaba por acarretar retaliações pelas grandes empresas em desfavor da MPE que eventualmente se recusar a assinar esse contrato estandardizado (BETTI, 2008, p. 143-148), impedindo, portanto, a relação comercial dos pequenos empreendimentos com possíveis parceiros comerciais de grande porte.

Com isso, caso a imposição de cláusula de não cessão de crédito se dê de forma a prejudicar a livre concorrência e a livre iniciativa, ou seja, de modo a impedir que MPEs possam desenvolver livremente suas atividades, é correto que haja intervenção do Cade. Nesse ponto, é relevante asseverar que as investigações usualmente se iniciam por meio de representação formulada por

---

11 Art. 36, § 3º, “IV - caracteriza infração da ordem econômica criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;”.

12 Art. 36, § 3º, “XI - caracteriza infração da ordem econômica recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;”.

13 Art. 36, § 3º, “XII - caracteriza infração da ordem econômica dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;”.

qualquer interessado ou em ato de ofício da Superintendência-Geral (FORGIONI, 2012, p. 146-147), sendo que, a partir da representação, são possíveis três caminhos.

O primeiro deles é o procedimento preparatório para inquérito administrativo de apuração de infrações à ordem econômica, previsto no artigo 66, § 2º da Lei 12.529/2011,<sup>14</sup> caso haja dúvidas acerca da competência do Cade para apurar a questão. O segundo é a abertura de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, disciplinado nos artigos 69 e seguintes da Lei Antitruste brasileira, caso haja indícios suficientes acerca da infração. Por fim, o terceiro caminho é a abertura de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica, disposto nos artigos 66 e seguintes da referida Lei, na hipótese de a Superintendência-Geral concluir que não há indícios suficientes para a instauração do processo administrativo, mas que são necessárias investigações.

Cabe pontuar que eventual condenação em processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica acarreta na aplicação das penas trazidas pelo artigo 37 e seguintes da Lei Antitruste brasileira, que vão desde multa até a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação, a cisão da sociedade, a transferência de controle societário, a venda de ativos ou cessação parcial de atividade, bem como a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até cinco anos, entre outras penas descritas naquele dispositivo.

Ressalta-se que impor penas que abalem as estruturas da grande empresa – como a cisão, a transferência do controle societário, a cessação da atividade e a proibição temporária de exercer o comércio – soa como excessivo diante da conduta de se impor cláusula de não cessão de crédito a MPEs. Todavia, cabe salientar que uma vez caracterizada a infração à ordem econômica, é imperativo que haja pelo menos a imposição de multa à grande empresa infratora, posto que isso é imprescindível para a proteção constitucionalmente prevista da livre concorrência e da livre iniciativa.

Ademais, vale lembrar que essas penas, de acordo com o artigo 45 da Lei 12.529/2011,<sup>15</sup> são aplicadas levando-se em consideração fatores como a gravidade da infração, a vantagem pretendida e a reincidência, de forma que se torna possível ponderar qual deve ser o valor da multa a ser aplicada, além de se verificar se há a real necessidade de partir para outra forma de punição mais severa.

A imposição de multa e outras penas pelo Cade apresenta uma enorme vantagem em relação aos demais mecanismos estudados: não perpassa pelo processo judicial. Por óbvio, existe um processo administrativo, no qual o contraditório é preservado, conforme a própria Lei Antitruste brasileira disciplina.<sup>16</sup>

Contudo, vale ressaltar que a decisão do processo administrativo é muito mais eficiente que a sentença judicial, na medida em que não apenas condena a empresa a retirar o *pactum* de non cedendo de determinado contrato com determinada MPE, mas também implica uma sanção majoritariamente pecuniária, com base no artigo 37 da Lei Antitruste brasileira e, possivelmente, uma obrigação de retirar de todos os seus contratos padrão essa cláusula, com base no artigo 38, VII do mesmo diploma legislativo.<sup>17</sup>

14 Art. 66, "§ 2º - A Superintendência-Geral poderá instaurar procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica para apurar se a conduta sob análise trata de matéria de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos desta Lei".

15 "Art. 45 - Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração: I - a gravidade da infração; II - a boa-fé do infrator; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV - a consumação ou não da infração; V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; VII - a situação econômica do infrator; e VIII - a reincidência."

16 "Art. 69. O processo administrativo, procedimento em contraditório, visa a garantir ao acusado a ampla defesa a respeito das conclusões do inquérito administrativo, cuja nota técnica final, aprovada nos termos da norma do CADE, constituirá peça inicial."

17 "Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente: [...] VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica."

Assim, mesmo que a decisão não tenha efeito em curto prazo em relação à circulação de um crédito específico da MPE denunciante, o certo é que o pagamento pecuniário servirá como uma forma de repreensão, de modo que a grande empresa provavelmente não reincidirá nessa infração, deixando, portanto, de impor a indigitada cláusula em seus contratos de compra e venda de produtos e serviços com pequenos agentes produtivos.

Outrossim, entende-se que eventual condenação de determinada empresa no Tribunal Administrativo de Defesa Econômica por prática de infração da ordem econômica ao impor a cláusula de não cessão de crédito também terá um caráter preventivo, como exemplo para que outras empresas deixem de inserir essa disposição em seus contratos standardizados.

Entretanto, esse mecanismo também apresenta desvantagens, na medida em que o artigo 36 da Lei 12.529/2011 determina ser necessário que haja conduta e efeito, mesmo que em potencial, para se caracterizar a infração à ordem econômica. Dessa forma, não basta pura e simplesmente que ocorra a imposição de cláusula de não cessão de crédito a MPes para que uma grande empresa seja investigada e punida pelo Cade por conta de infração da ordem econômica.

Na realidade, é preciso que estejam preenchidos todos os requisitos legais, motivo pelo qual é necessário comprovar que essa imposição causou, mesmo que potencialmente, os efeitos de prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa (inciso I) ou de se exercer abusivamente a posição dominante (inciso IV), o que nem sempre é simples de ser realizado no plano fático. Por isso, entende-se que nem toda imposição de *pactum de non cedendo* a MPes necessariamente configura uma infração à ordem econômica e, conseqüentemente, nem toda imposição pode dar início a um processo administrativo no âmbito da defesa da concorrência.

Por essa razão, conclui-se que é relevante a atuação do Cade como meio de imposição de sanções às condutas de grandes empresas que, ao incluírem o *pactum de non cedendo* em seus contratos standardizados (BETTI, 2008, p. 143-148), configurem infrações à ordem econômica, nos termos do artigo 36, I e IV da Lei 12.529/2011, ressaltando-se que a comprovação de que essa conduta foi ilegal no âmbito do direito concorrencial não é algo simples de ser realizado.

Por conseguinte, pontua-se que a atuação do Cade como agente que tem a missão de “zelar pela manutenção de um ambiente competitivo saudável, prevenindo ou reprimindo atos contrários, ainda que potencialmente, à ordem econômica”<sup>18</sup> perpassa, necessariamente pela problemática de buscar mecanismos que tragam efetividade ao artigo 73-A da Lei Complementar 123/2006. Isso porque as MPes são parcelas significativas da geração de renda e de empregos no país, de forma que é imprescindível que essas sejam estimuladas e, portanto, que eventuais abusos sofridos por esses agentes econômicos sejam repelidos.

Com isso, encontra-se na Lei Antitruste brasileira um relevante mecanismo que possibilita dar efetividade ao artigo 73-A da Lei Complementar 123/2006, em especial por conta do caráter preventivo e repressivo da atuação do Cade, na medida em que eventuais condenações nesse âmbito representariam tanto um exemplo para que demais empresas não incorram na mesma conduta, quanto uma coibição para que a empresa condenada deixe de impor a cláusula de não cessão de crédito a MPes.

Por fim, ressalta-se que a atuação do CADE não pode ser utilizada como único mecanismo de efetivação do artigo 73-A da Lei Complementar 123/2006, uma vez que a ocorrência de infração da ordem econômica não é algo simples de ser comprovado. Dessa forma, imprescindível que as MPes disponham, a depender das peculiaridades do caso concreto, de uma pluralidade de instrumentos, abordados de forma tangencial neste artigo, para fazer valer seu direito de circular créditos independentemente de disposições contratuais, de modo a permitir que consigam converter os ativos recebíveis em ativos líquidos e, por conseguinte, possam angariar capital de giro para dar continuidade ao empreendimento.

---

<sup>18</sup> CADE. Histórico do CADE. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/historico-do-cade>. Acesso em: 17 nov. 2017.

## Conclusão

O estudo desenvolvido neste artigo partiu da premissa de que a efetividade do art. 73-A da Lei Complementar 123/2006, introduzido pela Lei Complementar 147/2014, viabilizará a circulação do crédito da MPE e, por consequência, o acesso ao capital de giro indispensável à continuidade dos seus negócios.

Embora o artigo 73-A da Lei Complementar 123/2006 tenha potencial para ser de grande utilidade para que as MPEs não tenham obstado o acesso ao capital de giro tão necessário para os seus negócios, esse dispositivo não trouxe a previsão de sanção em caso de descumprimento do seu comando.

Assim, levantou-se a seguinte questão: quais as alternativas para se buscar a efetividade do citado artigo 73-A da Lei Complementar 123/2006?

Uma alternativa é obter junto do Poder Judiciário, por meio de ação individual por parte da MPE, a declaração de nulidade de cláusula contratual que veda a cessão de crédito.

Alternativamente, é possível se utilizar de ação civil pública, ajuizada por associação de MPEs ou pelo Ministério Público, para obter o reconhecimento da nulidade da cláusula de não cessão imposta pelas grandes empresas nos contratos celebrados com a MPE.

Para tentar se evitar a utilização do custoso e moroso processo judicial, muitas vezes com efeitos práticos comprometidos, identificou-se também a possibilidade de se valer do direito concorrencial, isto é, da Lei Antitruste (Lei 12.529/2011) para tornar efetivo o comando do art. 73-A da Lei Complementar 123/2006, posto que, em algumas hipóteses, a imposição de cláusula de não cessão de crédito a MPEs pode caracterizar infração da ordem econômica, especialmente no âmbito do abuso de poder econômico e do abuso de posição dominante. E é essa alternativa pela lei concorrencial que foi analisada neste artigo.

Nesse contexto, conclui-se que, tendo em vista a vedação expressa à utilização de cláusula de não cessão em contratos que prejudiquem a MPE (art. 73-A da LC 123/2006), a sua adoção por parte das grandes empresas pode caracterizar infração da ordem econômica tanto por limitar e prejudicar a livre concorrência e, principalmente, a livre iniciativa do pequeno empresário (tolhido de utilizar o seu crédito para capital de giro do seu negócio), como também por exercer as grandes empresas de forma abusiva de sua posição dominante. Enfim, em linhas gerais, a utilização da cláusula de não cessão nesse contexto implica violação ao disposto no artigo 36, I e IV, da Lei 12.529/2011.

De forma mais específica, a imposição pelas grandes empresas dessa cláusula em desfavor de MPEs pode caracterizar também, de forma mais específica, infração à ordem econômica, por criar dificuldade ao desenvolvimento de fornecedor de bens ou serviços (isto é, de pequenos empresários que vendem bens e prestam serviços às grandes empresas). Enfim, a utilização da cláusula de não cessão nesse contexto implica violação ao disposto no artigo 36, § 3º, IV, da Lei 12.529/2011.

Caracterizada a infração da ordem econômica, o Cade poderá atuar e condenar a grande empresa ao pagamento de multa de 0,1% a 20% do valor do seu faturamento bruto, conforme previsto o artigo 37, I, Lei 12.529/2011, como também obrigá-la a não mais adotar a cláusula de não cessão de crédito nos contratos padrões que vier a celebrar com as MPEs fornecedoras de bens e serviços, nos termos do artigo 38, VII, da citada lei.

Mesmo reconhecendo que a decisão final do Cade também não é célere, entende-se que a simples abertura de processo administrativo nesse órgão poderá ter um efeito preventivo para exclusão imediata e voluntária por parte da grande empresa da cláusula de não cessão em desfavor de MPEs que contrata, como forma de evitar o risco da discussão da existência da prática de infração da ordem econômica, que, se confirmada, poderá lhe impor a revisão de seus contratos padrões, além de multas elevadas.

## Referências

- ASCARELLI, Tulio. **Teoria geral dos títulos de crédito**. Campinas: Servanda, 2013.
- BARBIERI FILHO, Carlo. **Disciplina jurídica da concorrência: abuso do poder econômico**. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1984.
- BARONE, Francisco Marcelo; LIMA, Paulo Fernando; DANTAS, Valdi; REZENDE, Valéria. **Introdução ao microcrédito**. Brasília: Conselho da Comunidade Solidária, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da livre concorrência na Constituição Federal. In: Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (Org.). **Direito constitucional: constituição econômica, financeira e social**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Servanda Editora. Campinas: Servanda Editora, 2008.
- BORGES, João Eunápio. **Títulos de crédito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 17 nov. 2019.
- BRASIL. **Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm). Acesso em: 17 nov. 2019.
- BRASIL. **Lei Complementar 147, de 7 de agosto de 2014**. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, e as Leis nos 5.889, de 8 de junho de 1973, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 9.099, de 26 de setembro de 1995, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp147.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp147.htm). Acesso em: 17 nov. 2019.
- BRASIL. **Lei Complementar 155, de 27 de outubro de 2016**. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, para reorganizar e simplificar a metodologia de apuração do imposto devido por optantes pelo Simples Nacional; altera as Leis nos 9.613, de 3 de março de 1998, 12.512, de 14 de outubro de 2011, e 7.998, de 11 de janeiro de 1990; e revoga dispositivo da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp155.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp155.htm). Acesso em: 17 nov. 2019.
- BRASIL. **Lei Complementar 167, de 24 de abril de 2019**. Dispõe sobre a Empresa Simples de Crédito (ESC) e altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), a Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Lei do Simples Nacional), para regulamentar a ESC e instituir o Inova Simples. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp167.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp167.htm). Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. **Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm). Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. **Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962**. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4137impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137impressao.htm). Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. **Lei 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm). Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. **Lei 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm). Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.378.938-SP. Embargante: Ministério Público Federal. Embargada: Scopel Empreendimentos e Obras S/A e outros. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 20 de junho de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente= ITA&sequencial=1726790&num\\_registro=201301109619&data=20180627&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente= ITA&sequencial=1726790&num_registro=201301109619&data=20180627&formato=PDF). Acesso em: 17 nov. 2019.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CADE. **Competências**. Disponível em: [http://www.CADE.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/copy\\_of\\_competencias/capa-interna](http://www.CADE.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/copy_of_competencias/capa-interna). Acesso em: 17 nov. 2017.

CADE. **Histórico do CADE**. Disponível em: <http://www.CADE.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/historico-do-CADE>. Acesso em: 17 nov. 2017.

CASTRO, Rogério Alexandre de Oliveira. O factoring, o art. 73-A da LC 123/2006 (incluído pela LC 147/2014) e a vedação da cláusula de não cessão quando a faturizada for microempresa ou empresa de pequeno porte. **Revista de Direito Empresarial**, v. 3, n. 11, p. 57-80, set./out., 2015.

FORGIONI, Paula Andre. **Os fundamentos do antitruste**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao Direito Econômico**. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Condutas tendentes à dominação dos mercados: análise jurídica**. Tese apresentada para concurso de Professor Titular de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2001. p. 122-124

SEBRAE. **Apesar da queda em março, pequenos negócios lideram abertura de vagas no ano**. Disponível em: <http://www.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/NA/apesar-da-queda-em-marco-pequenos-negocios-lideram-abertura-de-vagas-no-ano,8ded8e14ab65a610VgnVCM1000004c00210aRCRD>. Acesso em: 17 nov. 2019.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de direito econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2012.

# Regime Jurídico para o Enfrentamento de Crises em Instituições de Pagamento\*

José de Lima Couto Neto\*\*

*Introdução. 1 Instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro. 2 Diálogo entre os sistemas especial e comum de enfrentamento de crises e o caso das instituições de pagamento. 3 Características dos regimes de resolução e caráter excludente em relação ao regime falimentar e de recuperação. 4 Solução da antinomia. Conclusão. Referências.*

## Resumo

Conforme o marco legal dos arranjos de pagamento no Brasil, instituído pela Lei 12.865, de 9 de outubro de 2013, as instituições de pagamento em crise são sujeitas a regimes de resolução conduzidos pelo Banco Central do Brasil. Entretanto, a legislação deixa dúvidas acerca da possibilidade de aquelas entidades serem submetidas também ao regime geral de insolvência, composto pela falência e pela recuperação judicial. Com o objetivo de esclarecer essa questão, faz-se, neste texto, uma revisão das disposições legais e da literatura acerca de instituições de pagamento e das relações entre os regimes de resolução e o regime geral de insolvência. A pesquisa também compreende a análise das características básicas dos regimes de resolução segundo a legislação doméstica e as melhores práticas internacionais, identificando seus principais objetivos, bem como os instrumentos e poderes à disposição da autoridade de resolução. Por fim, a partir do caso peculiar das instituições de pagamento, conclui-se que os regimes de resolução e o regime geral de insolvência são mutuamente excludentes.

**Palavras-chave:** Arranjo de pagamento. Instituição de pagamento. Regime de resolução. Falência. Recuperação judicial.

---

\* Os entendimentos manifestados no texto não refletem necessariamente aqueles das instituições de que o autor faz ou fez parte.

\*\* Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Procurador do Banco Central do Brasil. Ex-procurador federal.

## *Legal Regime for Addressing Crises in Payment Institutions*

### *Abstract*

*According to the legal framework for payment schemes in Brazil, established by the Law 12.865, of October 9, 2013, payment institutions in crisis are subject to resolution regimes conducted by the Central Bank of Brazil. However, legislation is unclear about those entities being also subject to the general insolvency regime, which comprises bankruptcy and judicial recovery proceedings. Aiming to clarify that question, this text reviews legal rules and literature about payment institutions and the interaction between resolution regimes and the general insolvency regime. The research also examines resolution regimes' basic features according to both domestic legislation and international best practices and identifies its main objectives, as well as the tools and powers available to the resolution authority. Finally, from the payment institutions' peculiar case, this paper concludes that resolution regimes and general insolvency regime are mutually exclusive.*

**Keywords:** *Payment scheme. Payment institution. Resolution regime. Bankruptcy proceedings. Judicial recovery.*

### **Introdução**

A lei costuma determinar que situações de crise em empresas que se dedicam às atividades típicas do mercado financeiro sejam enfrentadas por meio de um sistema especial,<sup>1</sup> cujos principais instrumentos são os regimes especiais (ou regimes de resolução)<sup>2</sup> de liquidação extrajudicial, de intervenção e de administração especial temporária.

Embora esse sistema especial dialogue com o sistema comum<sup>3</sup> – que se vale da falência, da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial –, os dois sistemas não se confundem.

Efetivamente, a lei que disciplina a falência e a recuperação (Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005) se pretende aplicável, de um modo geral, ao universo de empresários e sociedades empresárias (conforme seu art. 1º), ressalvadas apenas as figuras expressamente excluídas de sua incidência no art. 2º, I e II. Trata-se das empresas estatais (inciso I) e de uma série de entidades (inciso II) com uma característica em comum: por força de suas leis especiais, todas são sujeitas ao já referido sistema especial.

Nesse contexto, é peculiar a forma como os textos legais dispõem sobre o enfrentamento de crises nas instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), regidas pela Lei 12.865, de 9 de outubro de 2013. A citada lei, ao inaugurar a disciplina formal das referidas instituições, sob a regulação e a supervisão do Banco Central do Brasil (BCB), determinou sua sujeição aos regimes de resolução (art. 13), mas não acresceu essa nova figura ao rol de entidades excluídas do regime falimentar geral (art. 2º, II, da Lei 11.101, de 2005). Além disso, o regramento específico menciona de forma expressa a possibilidade de falência das instituições de pagamento (art. 12, III, da Lei 12.865, de 2013).

---

<sup>1</sup> Regido basicamente pelos seguintes diplomas legais: Lei 6.024, de 13 de março de 1974; Decreto-lei 2.321, de 25 de fevereiro de 1987; e Lei 9.447, de 14 de março de 1997.

<sup>2</sup> Denominação que vem sendo empregada no plano internacional (por exemplo, *FINANCIAL STABILITY BOARD*, 2014) e incorporada no cenário doméstico brasileiro, em substituição à tradicional expressão “regimes especiais” – por exemplo, no sítio do BCB na internet (BANCO CENTRAL DO BRASIL, Sistema Financeiro Nacional).

<sup>3</sup> Sistema ou regime geral de insolvência ou regime falimentar geral, expressões empregadas neste texto com sentido amplo, abrangendo também a recuperação judicial e a extrajudicial.

Da peculiaridade mencionada, surge o problema consistente em definir se esse conjunto de textos normativos deve ser entendido de modo a viabilizar que a mesma figura possa, em tese, ser submetida tanto ao sistema especial (regimes de resolução) quanto ao comum (regime de falência e recuperação); ou se, por outro lado, a simples previsão de sujeição aos regimes de resolução já afastaria o sistema comum.

A discussão tem significativos impactos do ponto de vista prático. A prevalecer a sujeição exclusivamente ao sistema especial de enfrentamento de crises, uma instituição de pagamento não poderá ser submetida à recuperação judicial em nenhuma hipótese, nem à falência pelas vias tradicionais – ou seja, de maneira direta (não decorrente da conversão de prévio regime de resolução), pelos legitimados ordinários (devedores, seus sucessores, inventariante, sócios e credores) e nas hipóteses gerais da legislação falimentar (arts. 94 e 97 e 105, da Lei 11.101, de 2005). Na hipótese contrária, a autoridade de resolução poderá ter seus poderes e opções limitados por eventual propositura de processo de recuperação ou falência, que tramitará perante o Poder Judiciário em detrimento dos regimes de resolução.

Enfim, a questão afeta possíveis direitos, poderes e opções de devedores (bem como seus sucessores, inventariante e sócios), credores e autoridade de resolução.

A busca pela solução desse problema inicia-se com uma breve apresentação e com a caracterização das instituições de pagamento integrantes do SPB, abordando seu marco legal e a distinção entre elas e as instituições financeiras.

Em seguida, examinam-se o modo como se relacionam os sistemas especial e comum de enfrentamento de crises e a maneira como a legislação define o regime aplicável às entidades dos diversos setores e atividades, com destaque para o tratamento particular conferido às instituições de pagamento.

A partir da análise aprofundada das características dos regimes de resolução que os distinguem do regime falimentar geral, constata-se serem os sistemas (especial e comum) mutuamente excludentes. Consequentemente, pode ser considerada uma antinomia aparente de direito interno a coexistência dos textos legais que, em relação às instituições de pagamento, conduziriam, em sua literalidade, à simultânea sujeição aos dois sistemas referidos.

Adotando-se o critério da especialidade, conclui-se que as instituições de pagamento estão sujeitas unicamente ao sistema especial de enfrentamento de crises.

## **1 Instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro**

O problema apresentado na introdução tem relevância apenas no contexto da Lei 12.865, de 2013, pois é ela que determina, em seu art. 13, a aplicabilidade dos regimes de resolução. Em consequência, o foco do presente estudo é limitado às instituições de pagamento que integram o SPB e, pois, são regidas pelo citado diploma legal (conforme o art. 6º, caput).

A compreensão dessa figura (instituição de pagamento) requer uma noção prévia do contexto em que ela se insere, qual seja, o dos arranjos de pagamento, definidos no art. 6º, I, da Lei 12.865, de 2013, como o “conjunto de regras e procedimentos que disciplina a prestação de determinado serviço de pagamento ao público aceito por mais de um recebedor, mediante acesso direto pelos usuários finais, pagadores e recebedores”.

Exemplo típico de arranjo de pagamento é o conjunto de regras que disciplina o uso de cartões de crédito de determinada bandeira. A título de ilustração, também costuma ser citado o “cartão pré-pago emitido no país no qual são aportados reais para utilização em restaurantes, lojas, supermercados e postos de gasolina” (BALDUCCINI et al., 2014, p. 20).

O responsável pelo arranjo é designado pela expressão “instituidor de arranjo de pagamento” (art. 6º, II, da Lei 12.865, de 2013).

Finalmente, instituição de pagamento é a pessoa jurídica que, aderindo a um ou mais arranjos de pagamento, tenha como atividade principal uma ou mais entre aquelas inerentes aos serviços de pagamentos, conforme relacionado nas alíneas do art. 6º, III, da Lei 12.865, de 2013:

- a) disponibilizar serviço de aporte ou saque de recursos mantidos em conta de pagamento;
- b) executar ou facilitar a instrução de pagamento relacionada a determinado serviço de pagamento, inclusive transferência originada de ou destinada a conta de pagamento;
- c) gerir conta de pagamento;
- d) emitir instrumento de pagamento;
- e) credenciar a aceitação de instrumento de pagamento;
- f) executar remessa de fundos;
- g) converter moeda física ou escritural em moeda eletrônica, ou vice-versa, credenciar a aceitação ou gerir o uso de moeda eletrônica; e
- h) outras atividades relacionadas à prestação de serviço de pagamento, designadas pelo Banco Central do Brasil;

A prestação dos serviços de pagamentos mencionados na Lei deve ser a atividade principal da pessoa jurídica, admitindo-se a cumulação com outras apenas quando voltadas a agregar valor ao serviço de pagamento ou a viabilizar sua prestação, nos termos do art. 5º da Circular do BCB 3.885, de 26 de março de 2018.<sup>4 5</sup>

É necessário destacar que a pessoa jurídica dedicada às atividades típicas de instituição de pagamento só estará sujeita ao citado diploma legal – e, conseqüentemente, integrará o SPB – se o arranjo a que aderir ostentar as duas características a seguir indicadas. Em primeiro lugar, tal arranjo deve dizer respeito a serviço de pagamento aceito por mais de um recebedor, conforme o art. 6º, I e § 3º. Em segundo lugar, só se considera integrante do SPB o arranjo que possa oferecer “risco ao normal funcionamento das transações de pagamentos de varejo”, situação aferida por exclusão, a partir das hipóteses de ausência de risco definidas pelo BCB, conforme o art. 6º, § 4º, sempre da Lei 12.865, de 2013.<sup>6</sup>

As instituições de pagamento objeto deste estudo – integrantes do SPB e regidas pela Lei 12.865, de 2013, conforme a delimitação acima – sujeitam-se à regulação, à autorização e à supervisão do BCB, conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) – art. 9º.

Todavia, as entidades ora examinadas não se confundem com as instituições financeiras nem são a elas equiparadas. A definição legal de instituição financeira, estabelecida pelo art. 17 da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964,<sup>7</sup> parte de suas atividades típicas e privativas, mas o faz de maneira

4 “Art. 5º A instituição de pagamento deve ser constituída como sociedade empresária limitada ou anônima e ter por objeto social principal ao menos uma das atividades listadas no art. 6º, inciso III, da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013. Parágrafo único. Admite-se a execução de outras atividades pela instituição de pagamento, além das previstas no caput, desde que tenham o propósito de viabilizar a prestação do serviço de pagamento ou agregar valor ao serviço prestado para o usuário, a critério do Banco Central do Brasil.”

5 A lei menciona a possibilidade de exercício das atividades típicas em caráter principal ou acessório (art. 6º, II), mas, ao mesmo tempo, confere ao BCB o poder de limitar o objeto social de instituições de pagamento, conforme o art. 9º, III, sempre da Lei 12.865, de 2013, fundamento de validade da citada Circular.

6 Atualmente, as hipóteses estão especificadas no art. 2º da Circular do BCB 3.682, de 4 de novembro de 2013, com base nos parâmetros fixados no art. 6º, parágrafo único, da Resolução do Conselho Monetário Nacional 4.282, de 4 de novembro de 2013.

7 “Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros. Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.”

excessivamente aberta.<sup>8</sup> Portanto, a plena compreensão do que designa a expressão instituição financeira no direito brasileiro deve ser buscada a partir da conceituação doutrinária, a exemplo das definições mais elaboradas que se seguem:

Interessante destacar que a Lei 4.595/1964 não definiu precisamente a figura da instituição financeira, posto que o conteúdo da prescrição normativa disposta no art. 17 gera dúvidas desde sua edição. Predomina o entendimento de que a caracterização de instituição financeira sujeita à regulação do Banco Central passa por uma análise finalística ou funcional do art. 17, sendo caracterizada quando preenchidos os elementos cumulativos da: (i) captação pública de recursos; (ii) repasse desses recursos a terceiros; (iii) intenção de lucro; e (iv) habitualidade. Destarte, o art. 17 da Lei 4.595/1964 serve como elemento normativo de referência pra fins de delimitação material da competência administrativa do Banco Central. (LIMA, 2018, p. 24-25)

Em vista disso, deve-se interpretar o artigo 17 da Lei nº 4.595/64, que define as instituições financeiras em função de suas atividades privativas, como exigindo, cumulativamente, (i) a captação de recursos de terceiros em nome próprio, (ii) seguida de repasse financeiro através de operação de mútuo, (iii) com o intuito de auferir lucro derivado da maior remuneração dos recursos repassados em relação à dos recursos coletados, (iv) desde que a captação seguida

O autor por último referido tem o cuidado de examinar também a atividade de “custódia de valor de propriedade de terceiros”, que integra a definição do art. 17 da Lei 4.595, de 1964. Para tornar completo o conceito em questão, conclui que

a custódia de valores privativa das instituições financeiras é aquela (i) de coisas infungíveis que configurem títulos de crédito em sentido amplo, desde que cumulativamente, (ii) exercida com intuito de lucro ou percepção de remuneração e (iii) habitualmente (SALOMÃO NETO, 2014, p. 32).

As duas figuras em confronto, instituições de pagamento e financeiras, não apenas se diferenciam conceitualmente. As instituições de pagamento são expressamente proibidas pelo art. 6º, § 2º, da Lei 12.865, de 2013, de realizarem atividades privativas de instituições financeiras, exceto as que forem diretamente relacionadas à prestação de serviços de pagamento, elencadas no inciso III do mesmo artigo. Essa exceção não prejudica a distinção comentada. Ela se justifica com base na circunstância de que as instituições financeiras sempre prestaram serviços de pagamento.<sup>9</sup> Portanto, a ressalva tem a utilidade de afastar a contradição entre os dispositivos e evitar o esvaziamento do objeto das instituições de pagamento.

Além disso, as instituições de pagamento não integram o Sistema Financeiro Nacional (SFN), de que trata o art. 192 da Constituição Federal (CF). A propósito, depois da alteração desse dispositivo pela Emenda Constitucional 40, de 29 de maio de 2003 – que simplificou seu texto, dele excluindo o rol das diversas entidades componentes do referido Sistema –, a doutrina busca delimitar sua abrangência com base no sentido teórico da expressão “Sistema Financeiro Nacional”. Em síntese, há uma convergência no sentido de que aquele conceito continua alcançando as

---

8 “A definição de instituição financeira dada pelo artigo 17 da Lei nº 4.595/64 é desmesuradamente ampla e, se interpretada literalmente, em seu sentido puramente gramatical, poucas atividades escapariam da reserva aberta em favor das assim chamadas instituições financeiras.” (SALOMÃO NETO, 2014, p. 16).

9 E continuaram podendo fazê-lo, inclusive mediante a adesão a arranjos de pagamentos integrantes do SPB, nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei 12.865, de 2013, que assim dispõe: “As instituições financeiras poderão aderir a arranjos de pagamento na forma estabelecida pelo Banco Central do Brasil, conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional”.

figuras tradicionalmente consideradas integrantes do referido Sistema, a exemplo das instituições financeiras públicas ou privadas e das sociedades que exploram as atividades de seguro, previdência privada e capitalização (FIGUEIREDO, 2008, p. 100;<sup>10</sup> OLIVEIRA, 2009, p. 59;<sup>11</sup> SOUZA, 2014, p. 203;<sup>12</sup> BULOS, 2014, p. 1549-1550<sup>13</sup>).

Como se percebe, o entendimento se manteve após 2013, quando surgiu o marco legal para as atividades de pagamento. Não houve ampliação do rol de agentes operadores do SFN.

Efetivamente, na página “Sistema Financeiro Nacional (SFN)” na internet, o BCB afirma expressamente que as instituições de pagamento não integram o mencionado Sistema.<sup>14</sup>

## 2 Diálogo entre os sistemas especial e comum de enfrentamento de crises e o caso das instituições de pagamento

O art. 13 da Lei 12.865, de 2013, estabelece que as instituições de pagamento se submetem aos regimes de resolução nestes termos:

Art. 13. As instituições de pagamento sujeitam-se ao regime de administração especial temporária, à intervenção e à liquidação extrajudicial, nas condições e forma previstas na legislação aplicável às instituições financeiras.

Conforme antecipado, existe um diálogo entre os sistemas especial (regimes de resolução) e comum (regime falimentar geral) voltados ao enfrentamento de crises. O sistema especial se vale de institutos e regras do sistema falimentar comum e, em hipóteses peculiares (com características e requisitos próprios), os regimes de resolução podem resultar numa falência. Essa falência, uma vez iniciada, passará a observar o regramento comum.

Efetivamente, os regimes de resolução contam com a aplicação subsidiária da legislação falimentar, por força do art. 34 da Lei 6.024, de 13 de março de 1974,<sup>15</sup> e do art. 197 da Lei 11.101, de 2005.<sup>16</sup>

Além disso, as entidades sujeitas ao sistema especial podem sofrer falência, mas apenas em decorrência de conversão dos regimes de intervenção e liquidação extrajudicial, em hipóteses próprias desse sistema,<sup>17</sup> mediante requerimento de um legitimado especial (o interventor ou liquidante) e

10 O autor exemplifica, como integrantes do SFN, “as instituições financeiras de crédito, públicas ou privadas, bem como todas as entidades congêneres que atuam na economia popular, tais como seguradoras, entes de previdência privada e de capitalização”.

11 O autor enquadra como operadores do SFN as sociedades seguradoras, as sociedades de capitalização e as entidades abertas e fechadas de previdência complementar.

12 A autora explica que, “além do mercado financeiro e de capitais, o Sistema Financeiro Nacional compreende também o mercado de seguros (...) e o mercado de previdência complementar (...)”.

13 O autor afirma que a Emenda Constitucional 40, de 2003, apesar de ter suprimido os incisos e parágrafos originários do art. 192 da CF, não lhe alterou a substância. Exemplifica, como integrantes do SFN, as instituições financeiras e os “estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização etc.”.

14 “As Instituições de Pagamento não compõem o SFN, mas são reguladas e fiscalizadas pelo BCB, conforme diretrizes estabelecidas pelo CMN.” (BANCO CENTRAL DO BRASIL. Sistema Financeiro Nacional)

15 “Art. 34. Aplicam-se a liquidação extrajudicial no que couberem e não colidirem com os preceitos desta Lei, as disposições da Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945), equiparando-se ao síndico, o liquidante, ao juiz da falência, o Banco Central do Brasil, sendo competente para conhecer da ação revocatória prevista no artigo 55 daquele Decreto-Lei, o juiz a quem caberia processar e julgar a falência da instituição liquidanda.”

16 “Art. 197. Enquanto não forem aprovadas as respectivas leis específicas, esta Lei aplica-se subsidiariamente, no que couber, aos regimes previstos no Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, no Decreto-Lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, e na Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.”

17 No caso da intervenção, “quando o seu ativo não for suficiente para cobrir sequer metade do valor dos créditos quirografários, ou quando julgada inconveniente a liquidação extrajudicial, ou quando a complexidade dos negócios da instituição ou, a gravidade dos fatos apurados aconselharem a medida” (art. 12, “d”). Já na liquidação, “quando o seu ativo não for suficiente para cobrir pelo menos a metade do valor dos créditos quirografários, ou quando houver fundados indícios de crimes falimentares” (art. 21, “b”, sempre da Lei nº 6.024, de 1974).

atendida uma condição de procedibilidade específica (autorização da autoridade de resolução, que, no caso é o BCB) – tudo conforme os arts. 7º, “c”, 12, “d”, 19, II, e 21, “b”, da Lei 6.024, de 1974.

Perceba-se que, não obstante o interventor e o liquidante substituam os administradores da empresa e assumirem grande parte de suas atribuições (art. 50 da Lei 6.024, de 1974), suas condutas devem ser voltadas aos objetivos do regime, e não pautadas pelos interesses do devedor. Assim, a falência por eles requerida não se confunde com a autofalência de que trata o art. 105 da Lei 11.101, de 2005. Esta última é requerida pelo próprio devedor em seu interesse, resulta de sua vontade e é sujeita às hipóteses e condições da legislação falimentar geral. O caso daquela é completamente distinto. Ela não depende da vontade do devedor nem é requerida em seu interesse. Ao contrário, ela decorre da decisão do interventor ou liquidante, à luz da situação por ele apurada em seu relatório (arts. 11 e 20 da Lei 6.024, de 1974), e deve observar as específicas e já comentadas hipóteses e condição de procedibilidade.

Há, portanto, uma clara distinção em relação às causas e aos legitimados gerais da falência, estabelecidos nos arts. 94, 97 e 105 da Lei 11.101, de 2005.

O esclarecimento quanto à possibilidade de falência no contexto dos regimes de resolução permite identificar mais um limite do objeto em estudo: discute-se apenas a incidência imediata da Lei 11.101, de 2005, ou seja, a viabilidade jurídica de uma instituição de pagamento submeter-se à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência direta. Cabe, pois, definir se a aplicabilidade dos regimes de resolução exclui o regime falimentar geral, ou se é viável que uma mesma categoria esteja sujeita aos dois sistemas.

Feita a delimitação acima, a circunstância de a legislação das instituições de pagamento fazer menção à falência (art. 12, III, da Lei 12.865, de 2013)<sup>18</sup> não agrava o problema, nem contribui para sua solução. Afinal, como mencionado, mesmo as figuras expressamente excluídas do sistema comum podem sofrer um processo de falência por conversão dos regimes de resolução.

Quanto à incidência direta do regime falimentar geral, a Lei 11.101, de 2005, anterior à Lei 12.865, de 2013, dispõe o seguinte:

Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

I - empresa pública e sociedade de economia mista;

II - instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

A especificação dos entes excluídos do regime de falência e recuperação observa um critério referente à titularidade ou ao controle acionário da pessoa jurídica (inciso I) e outro relacionado à atividade (inciso II). Apenas o segundo critério tem utilidade para o presente estudo, pois, conforme exposto, o principal elemento caracterizador das instituições de pagamento é o conjunto de suas atividades típicas.

Feita essa ressalva, o texto legal relevante (aquele do inciso II) exibe certa flexibilidade, pois, além de trazer um rol de entidades não sujeitas à própria lei, permite, em sua cláusula final, que

<sup>18</sup> “Art. 12. Os recursos mantidos em contas de pagamento: (...) III - não compõem o ativo da instituição de pagamento, para efeito de falência ou liquidação judicial ou extrajudicial;”

outras figuras – inclusive criadas em lei posterior – também venham a ser excepcionadas do regime falimentar geral.

Todavia, essa flexibilidade, consubstanciada na aplicação da norma excepcional às figuras “legalmente equiparadas”, não contribui de maneira determinante no presente contexto. O marco legal das instituições de pagamento não estabelece uma equiparação de caráter geral com instituições financeiras ou outras entidades elencadas no referido inciso II, acima. Como demonstrado, existe uma interseção entre os conjuntos de atividades admitidas às instituições financeiras e às instituições de pagamento, mas as duas figuras são claramente distintas, e as últimas não podem extrapolar seu objeto típico para invadir o restante do campo reservado às primeiras (art. 6º, § 2º, da Lei 12.865, de 2013).

A investigação das entidades expressamente excluídas do regime falimentar geral com base em suas atividades típicas, elencadas no art. 2º, II, da Lei 11.101, de 2005, permite identificar seu traço comum: todas elas são submetidas aos regimes de resolução (ainda que não necessariamente a todas as três espécies e, eventualmente, sob regras próprias), decretados e conduzidos pelas autoridades dos correspondentes setores.

É o que revelam, em relação a cada uma daquelas entidades, os dispositivos legais que se passa a indicar: instituições financeiras, inclusive as constituídas sob a forma de cooperativas de crédito (art. 1º da Lei 6.024, de 1974; art. 1º do Decreto-lei 2.321, de 25 de fevereiro de 1987; e art. 1º da Lei Complementar 130, de 17 de abril de 2009); consórcios (art. 7º, VII, da Lei 11.795, de 8 de outubro de 2008); entidades de previdência complementar (arts. 44, 47 e 62 da Lei Complementar 109, de 29 de maio de 2001); sociedades operadoras de planos de assistência à saúde (arts. 23 e 24-D da Lei 9.656, de 3 de junho de 1998); sociedades seguradoras (art. 26 do Decreto-Lei 73, de 21 de novembro de 1966); sociedades de capitalização (art. 26 do Decreto-Lei 73, de 1966, aplicável por força do art. 4º do Decreto-Lei 261, de 28 de fevereiro de 1967).

Isoladamente, essa constatação não soluciona o problema. Não se pode, apenas a partir dessa característica compartilhada por todas aquelas entidades, induzir hipotética regra que afaste o enfrentamento de crises pelo sistema comum, independentemente de expressa exclusão da incidência da legislação falimentar. Afinal, por um lado, a ausência das instituições de pagamento da relação do art. 2º, II, da Lei 11.101, de 2005, pode ser compreendido como um silêncio eloquente do legislador, que, ao estabelecer o marco legal dessas entidades em 2013, teve a oportunidade de incluí-las no citado rol, mas não o fez.

Por outro lado, a reprodução dessa postura do legislador ao longo do tempo em relação às mais diversas figuras – afastamento do regime falimentar comum simultaneamente à sujeição aos regimes de resolução –, no mínimo, sugere a possibilidade de os sistemas serem mutuamente excludentes por suas próprias naturezas. É viável entender-se que não se tratou de escolhas casuísticas e que, no caso das instituições de pagamento, houve mera omissão quanto à não sujeição ao regime de falência e recuperação, e não uma autorização à incidência dos dois sistemas sobre a mesma entidade.<sup>19</sup>

A fim de verificar a hipótese do caráter excludente, passa-se a aprofundar a análise dos atributos do sistema especial de enfrentamento de crises que o particularizam e o opõem ao sistema comum.

---

<sup>19</sup> As intenções reveladas pelo Poder Executivo na exposição de motivos da iniciativa que viria a resultar no marco legal das instituições de pagamento (Medida Provisória 615, de 17 de maio de 2013, convertida na Lei 12.865, de 2013) não auxiliam a solucionar a questão a partir de uma perspectiva histórica (BRASIL, Exposição de Motivos Interministerial 83-A/2013 BACEN MF MC MAPA MME MDIC, 2013). Embora aborde o assunto no parágrafo 15, o documento não se refere à sujeição aos regimes de resolução como uma forma de afastar o regime falimentar geral, sequer mencionando a falência e a recuperação.

### 3 Características dos regimes de resolução e caráter excludente em relação ao regime falimentar e de recuperação

Do ponto de vista teórico, os regimes de resolução podem ser estudados a partir das características necessárias para que sejam considerados eficazes à luz das melhores práticas internacionais. Destacam-se, nesse plano, as recomendações do *Financial Stability Board* (FSB) no documento *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, de 2014, cujo âmbito de aplicação não se limita às instituições financeiras propriamente ditas.<sup>20</sup>

Ao dispor sobre os objetivos de um regime de resolução eficaz, o citado documento destaca aqueles consistentes em evitar perturbações sistêmicas graves, evitar a exposição dos contribuintes aos prejuízos e proteger funções econômicas vitais, por meio de mecanismos que resultem na absorção de perdas pelos acionistas e credores não cobertos por mecanismos de garantia, de modo a observar a ordem legal de pagamentos em eventual liquidação.<sup>21</sup>

Para tanto, é preciso que o regime de resolução ostente algumas características especiais. Em resumo, ele deve: assegurar a continuidade dos serviços financeiros e funções sistemicamente importantes, com destaque para as funções de pagamento; proteger os depositantes, segurados e investidores cobertos pelos mecanismos de garantia de depósitos, bem como viabilizar a rápida restituição de ativos segregados de propriedade dos clientes; atribuir as perdas aos acionistas e aos credores não cobertos por mecanismos de garantia, de modo a observar a ordem legal de pagamentos; não depender de socorro com recursos do contribuinte, nem criar a expectativa de que o auxílio público estará disponível; minimizar a perda de valor, os custos da execução do regime e os prejuízos aos credores; propiciar agilidade, transparência e previsibilidade, por meio de clareza da legislação e dos procedimentos, bem como de planejamento antecipado de uma resolução ordenada; propiciar a cooperação, troca de informações e coordenação no âmbito doméstico e em face de autoridades de resolução estrangeiras; assegurar a retirada ordenada do mercado de empresas não viáveis; e transmitir credibilidade e, assim, aprimorar a disciplina do mercado e incentivar soluções de mercado.

É especialmente importante que a autoridade de resolução tenha uma ampla gama de poderes e opções, tais quais as opções de estabilização, voltadas a assegurar a continuidade das funções críticas, e as opções de liquidação, para que a empresa seja retirada do mercado de modo a proteger os depositantes, segurados e outros consumidores de varejo (FINANCIAL STABILITY BOARD, 2014, p. 3-4).

Independentemente do grau de aderência de cada legislação doméstica às melhores práticas internacionais, a breve análise das recomendações acima sintetizadas evidencia que a própria noção teórica dos regimes de resolução tem relação direta com as peculiaridades dos setores a que eles se dirigem. Essa condição demanda respostas (ou atuações preventivas) muito específicas, de modo que, em tais contextos, os regimes falimentares gerais tendem a ser inadequados, ineficazes e prejudiciais à coletividade.

No Brasil, os regimes de resolução pertinentes (aplicáveis às instituições de pagamento) são conduzidos por autoridade de resolução (BCB) com amplos poderes (que são legalmente equiparados aos do juiz da falência e, além disso, podem ser exercidos de ofício) e opções vocacionadas tanto

20 O sentido da expressão “instituição financeira”, no plano internacional, não necessariamente coincidirá com os estritos limites da definição legal em cada ordenamento jurídico doméstico. Além disso, as recomendações são aplicáveis também às infraestruturas do mercado financeiro e às seguradoras, que extrapolam o conceito de instituição financeira no Brasil (FINANCIAL STABILITY BOARD, 2014, p. 1).

21 “The objective of an effective resolution regime is to make feasible the resolution of financial institutions without severe systemic disruption and without exposing taxpayers to loss, while protecting vital economic functions through mechanisms which make it possible for shareholders and unsecured and uninsured creditors to absorb losses in a manner that respects the hierarchy of claims in liquidation.” (FINANCIAL STABILITY BOARD, 2014, p. 3).

à estabilização (regime de administração especial temporária<sup>22</sup> e da intervenção<sup>23</sup>), inclusive mantendo o funcionamento parcial ou total, quanto à liquidação (liquidação extrajudicial).

A liquidação extrajudicial, do ponto de vista procedimental, consiste em uma sequência de atos voltados à realização do ativo para satisfazer os credores, marcado também por seu objetivo de sanear o mercado:

A liquidação extrajudicial é medida administrativa saneadora aplicável à instituição financeira, acarretando a paralisação de suas atividades e a eliminação do campo empresário, conduzindo aos mesmos resultados do procedimento concursal judicial, que é a falência (ABRÃO, 2008, p. 339).

No que se refere à preservação das atividades e funções, destaca-se o regime de administração especial temporária, sob o qual

a instituição continua a operar, sem qualquer tipo de interrupção, porém sob nova direção, o que faz com que tal medida, apesar de sua relevância para a instituição e para o mercado, passe praticamente despercebida para os depositantes (TURCZYN, 2005, p. 208).

As já referidas opções postas à disposição da autoridade de resolução propiciam significativa flexibilidade, sobretudo porque a legislação lhe atribui a iniciativa para impor qualquer dos regimes (atuação de ofício), que são praticamente fungíveis e conversíveis entre si.<sup>24</sup>

A fungibilidade se revela na semelhança (e, em alguns casos, identidade ou continência) das hipóteses autorizadoras de cada regime, bem como na possibilidade de os regimes menos gravosos serem decretados também nas hipóteses referentes àqueles mais gravosos. Assim, o regime de administração especial temporária pode ser decretado em hipóteses próprias (art. 1º do Decreto-Lei 2.321, de 1987) e também naquelas que autorizariam a intervenção (por remissão o art. 1º, “e”, do Decreto-Lei 2.321, de 1987). Por sua vez, a intervenção pode ter lugar em hipóteses autorizadoras próprias (art. 2º, I a III, da Lei 6.024, de 1974), que abrangem as hipóteses de falência (por remissão do citado inciso III), e também nos casos que, em tese, poderiam comportar uma liquidação extrajudicial (art. 15, § 1º, da Lei 6.024, de 1974). Esse último regime, por sua vez, tem hipóteses autorizadoras (art. 15 da Lei 6.024, de 1974) que, em certos casos, assemelham-se às da intervenção.

Ainda no que tange à fungibilidade, é importante enfatizar que a escolha do regime pela autoridade de resolução não é arbitrária, situando-se, mais precisamente, no campo da discricionariedade técnica. A decisão deve levar em conta as repercussões de cada regime, à luz das peculiaridades do caso concreto, conforme a determinação específica no art. 15, § 1º, da Lei 6.024,

---

22 “Em 25.02.1987 foi editado o Decreto-lei 2.321, que, ‘em defesa das finanças públicas’, criou o Regime de Administração Especial Temporária (RAET), aplicável às instituições financeiras privadas e públicas não federais. Fundamentalmente, esse decreto-lei possibilita a intervenção sem que a instituição sofra interrupção de suas atividades.” (TURCZYN, 2005, p. 207).

23 “A intervenção extrajudicial se destina a propiciar um completo levantamento da situação de uma instituição financeira que esteja, ou que possa vir a estar, com problemas de liquidez, apurando a real situação da instituição e, se for o caso, adotando as medidas para que ela possa voltar a operar normalmente.” (TURCZYN, 2005, p. 201).

24 O regime de administração especial temporária e a intervenção podem ser convertidos em liquidação extrajudicial por decisão do BCB, conforme o art. 11, “e”, do Decreto-Lei 2.321, de 1987; e o art. 12, “c”, da Lei 6.024, de 1974.

de 1974.<sup>25</sup> É necessário, ainda, que a autoridade demonstre a necessidade e a adequação do regime a ser decretado, inclusive confrontando-o com os outros regimes ou medidas em tese cabíveis.<sup>26</sup>

Mais do que a simples absorção de perdas pelos acionistas, os regimes de resolução submetem os ex-administradores e controladores a um sistema de responsabilização pelos prejuízos, em que se destacam dois instrumentos. Inicialmente, para dar efetividade à responsabilização, a lei prevê um rigoroso mecanismo acautelatório consistente na indisponibilidade de bens, inclusive como decorrência automática da decretação (art. 36 da Lei 6.024, de 1974; art. 19 do Decreto-Lei 2.321, de 1987; e art. 2º da Lei 9.447, de 1997).<sup>27</sup> Além disso, a autoridade de resolução deve conduzir um inquérito para apurar as causas da crise e as correspondentes responsabilidades (art. 41 da Lei 6.024, de 1974).

A segregação de patrimônio com o fim de agilizar a restituição de ativos de titularidade dos clientes não é um traço próprio dos regimes de resolução no ordenamento jurídico nacional. O mecanismo, contudo, é adotado pelas legislações específicas de determinadas atividades.

É o caso das instituições de pagamento. O art. 12 da Lei 12.865, de 2013, dispõe que os recursos mantidos em conta de pagamento “constituem patrimônio separado, que não se confunde com o da instituição de pagamento”. A título de reforço, o mesmo dispositivo legal ainda especifica diversas decorrências dessa separação patrimonial, estabelecendo que tais valores não compõem o ativo da instituição de pagamento em caso de falência ou liquidação, não podem ser oferecidos em garantia de suas obrigações nem podem por elas responder de qualquer maneira.

Atualmente, para que essa segregação patrimonial seja eficaz no plano material, os recursos correspondentes devem ser mantidos pelas instituições de pagamento no BCB, seja em conta específica ou em títulos públicos federais registrados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic),<sup>28</sup> por ele administrado.<sup>29</sup> Essa concentração do papel de guardião do patrimônio separado na pessoa da autoridade de resolução tende a contribuir ainda mais para a efetividade da segregação e para a agilidade na restituição.

Outros atributos da autoridade de resolução também favorecem uma maior eficiência dos regimes. No caso, como demonstrado, trata-se da entidade que regula, autoriza e supervisiona as instituições em questão, o que evidencia a especialização nos assuntos a elas relacionados. A título de exemplo, as informações acumuladas a partir da atividade de supervisão e o domínio dos conhecimentos técnicos específicos são fundamentais para identificar as funções e atividades sistemicamente importantes, que devem ser preservadas. Além disso, trata-se de autoridade administrativa, dotada de maior flexibilidade – destacando-se, no ponto, a possibilidade de agir de ofício e um grande espaço para definir e converter a espécie de regime.

A doutrina também se refere à especialização e à agilidade como características relevantes dos regimes de resolução:

25 “Art. 15. (...) § 1º O Banco Central do Brasil decidirá sobre a gravidade dos fatos determinantes da liquidação extrajudicial, considerando as repercussões deste sobre os interesses dos mercados financeiro e de capitais, e, poderá, em lugar da liquidação, efetuar a intervenção, se julgar

26 Justamente porque a legislação possibilita a opção por um entre diversos regimes, tem especial aplicação, no caso, a exigência feita no art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942): “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

27 “Foi mantido o instituto da decretação da indisponibilidade dos bens dos administradores da instituição sob regime de intervenção ou liquidação, decorrente da simples decretação de qualquer desses regimes. Ela vigora até a conclusão do inquérito pelo Banco Central, ocasião em que, se existir responsabilidade, a indisponibilidade se transformará em arresto. Inexistindo responsabilidade ou prejuízo, será ela levantada.” (TURCZYN, 2005, p. 204)

28 Conforme o art. 12, § 1º, I e II, da Circular do BCB 3.681, de 4 de novembro de 2013.

29 Conforme o art. 4º do regulamento anexo à Circular do BCB 3.587, de 26 de março de 2012.

Tais procedimentos são conduzidos pelo Banco Central do Brasil, ao invés de por tribunais, como ocorre nos procedimentos de insolvência de empresas em geral. Razão para isso seria a maior especialização do Banco Central do Brasil e de administradores, interventores e liquidantes por ele indicados na matéria financeira. Além disso, a rapidez de resposta da autoridade monetária é muito superior à do mercado em geral, tornando as medidas corretivas certas. (SALOMÃO NETO, 2014, p. 692)

No que se refere aos objetivos, a disciplina legal dos regimes de resolução permite concluir que eles se voltam à reorganização, recuperação ou retirada ordenada da instituição em crise, com foco não apenas na realização do ativo para satisfação dos credores em geral, mas também no saneamento do SFN e no resguardo da economia pública, da poupança privada, da segurança nacional<sup>30</sup> e das finanças públicas.<sup>31</sup>

Como se vê, não apenas os já mencionados objetivos ideais de que tratam as recomendações internacionais, mas também aqueles atualmente consagrados na legislação nacional distinguem-se das finalidades do regime falimentar geral, voltado à satisfação dos credores e à preservação genérica da empresa e dos meios de produção (arts. 47 e 75 da Lei 11.101, de 2005).

Do mesmo modo, muitas das características acima destacadas – iniciativa da autoridade de resolução, discricionariedade para definir e converter os regimes, opções, flexibilidade, fungibilidade, agilidade, especialização para identificar funções e atividades a serem preservadas, concentração da função de guardião do patrimônio segregado, maior responsabilização dos ex-administradores e controladores, indisponibilidade automática de seus bens a título acautelatório etc. – não existem no regime falimentar geral, ou estão presentes de maneira muito menos acentuada.

Há, pois, uma série de razões e justificativas práticas para a própria existência dos regimes de resolução aplicáveis a determinados setores ou categorias de agentes.

Assim, é possível concluir que, ao submeter as instituições de pagamento<sup>32</sup> aos regimes de resolução, o art. 13 da Lei 12.865, de 2013, proclama a ideia de que, no caso de crise em tais entidades, não são adequados nem suficientes os objetivos, os atributos e os instrumentos do regime falimentar geral. O dispositivo, portanto, traz implícito o comando de que o sistema especial é o único cabível naquele caso.

Hipotética aplicabilidade dos dois sistemas poderia embarçar a busca pelos objetivos legais específicos dos regimes de resolução. Afinal, em caso de eventual pedido de recuperação judicial ou de falência direta de instituição de pagamento, a possibilidade de decretação, conversão ou mesmo continuidade do processamento do regime de resolução deixaria de depender apenas da análise técnica da correspondente autoridade, passando a exigir também a anuência do Poder Judiciário.<sup>33</sup> Nesse cenário, eventual decisão judicial pelo prosseguimento da falência ou recuperação prejudicaria os fins específicos dos regimes de resolução.

Essa hipotética admissão da incidência dos dois sistemas, por atentar contra os fins sociais a que a norma se dirige, mostra-se contrária à diretriz interpretativa do art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> A proteção a esses três valores por último referidos é expressamente prevista no art. 31 da Lei 6.024, de 1974, no contexto da atribuição de amplos poderes ao liquidante tanto para realização do ativo e satisfação dos credores, quanto para promover a recuperação da empresa e a continuidade dos negócios.

<sup>31</sup> Conforme a ementa do Decreto-Lei 2.321, de 1987.

<sup>32</sup> Pela relevância no contexto, cabe rememorar que se trata de pessoas jurídicas com objeto limitado, que devem se dedicar às atividades de pagamento de modo praticamente exclusivo.

<sup>33</sup> Essa afirmação se baseia na definitividade, característica exclusiva da função jurisdicional que pode ser sintetizada na expressão segundo a qual “a última palavra cabe ao Poder Judiciário”. Efetivamente, “no Estado-de-Direito só os atos jurisdicionais podem chegar a esse ponto de imutabilidade, não sucedendo o mesmo com os administrativos ou legislativos”. (CINTRA et al., 2009, p. 152)

<sup>34</sup> “Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

A opção revelada no ordenamento jurídico no presente caso (submissão das instituições de pagamento aos regimes de resolução) não pode conviver com a permanente possibilidade de que, antes da decretação ou no curso do regime, algum interessado consiga obstar os poderes e as opções da autoridade de resolução por meio do requerimento de falência ou recuperação. A título de exemplo, os próprios administradores e controladores da instituição podem ser interessados nesse expediente, como forma de evitar a indisponibilidade automática de bens.

De maneira mais geral, pode-se concluir que os dois sistemas em confronto (especial e comum) são mutuamente excludentes, de modo que, se um deles for aplicável em tese a determinado setor ou entidade, o outro estará automaticamente afastado, por decorrência lógica.

#### 4 Solução da antinomia

Constatado o caráter mutuamente excludente dos dois sistemas, por suas próprias naturezas, características e objetivos, a não inclusão das instituições de pagamento no rol do art. 2º, II, da Lei 11.101, de 2005, não pode ser considerada um silêncio eloquente.

Afinal, um dos textos legais estabelece que o regime de falência e recuperação é de aplicação geral, sem excepcionar as instituições de pagamento (art. 2º, II, da Lei 11.101, de 2005); o outro sujeita as mesmas entidades aos regimes de resolução (art. 13 da Lei 12.865, de 2013). E, como demonstrado, não é possível conceber, mesmo em tese, a aplicabilidade dos dois textos legais referidos em relação ao mesmo sujeito.

Assim, do ponto de vista específico das instituições de pagamento – e apenas nesse limitado âmbito de aplicação –, pode-se afirmar que a coexistência dos dois textos legais dá lugar a uma antinomia, situação que pode ser compreendida nestes termos:

Antinomia é o conflito entre duas normas, dois princípios, ou de uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular. (...) Para que haja antinomia será mister a existência de duas ou mais normas relativas ao mesmo caso, imputando-lhe soluções logicamente incompatíveis. (DINIZ, 2008, p. 85)

Na situação exposta, o hipotético conflito pode ser considerado, quanto ao critério de solução, uma antinomia aparente<sup>35</sup> e, quanto ao âmbito, uma antinomia de direito interno.<sup>36</sup>

Os critérios para a solução de tais antinomias – aparentes de direito interno – são o hierárquico, o cronológico e o de especialidade. No presente caso, destaca-se a utilidade do terceiro critério, assim caracterizado:

3) O de *especialidade* (*lex specialis derogat legi generali*), que visa a consideração da matéria normada, com recurso aos meios interpretativos. Para Bobbio, a superioridade da norma especial sobre a geral constitui expressão da exigência de um caminho da justiça, da legalidade à igualdade, por refletir, de modo claro, a regra da justiça *suum cuique tribuere*. (DINIZ, 2008, p. 89)

---

<sup>35</sup> Haverá "Antinomia aparente, se os critérios para a sua solução forem normas integrantes do ordenamento jurídico". (DINIZ, 2008, p. 86)

<sup>36</sup> "Antinomia de direito interno, que ocorre entre normas de um mesmo ramo do direito ou entre aquelas de diferentes ramos jurídicos;" (DINIZ, 2008, p. 87)

Esse critério está previsto no art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual a “lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

O art. 13 da Lei 12.865, de 2013, tem o mesmo *status* hierárquico da Lei 11.101, de 2005, e é posterior e especial. Devido a essa última característica, não há revogação nem modificação, mas, no seu específico âmbito de incidência, a norma especial impede a aplicabilidade da norma geral.

Consequentemente, a sujeição das instituições de pagamento aos regimes de resolução impede que essas entidades sejam objeto de falência direta e de recuperação judicial nos termos do sistema comum de enfrentamento de crises.

## Conclusão

Embora haja uma coincidência entre as atividades típicas das instituições de pagamento e parte daquelas reservadas às instituições financeiras, as duas figuras não se confundem. Assim, as instituições de pagamento não constam entre aquelas excepcionadas da incidência do regime falimentar geral pelo art. 2º, II, da Lei 11.101, de 2005, nem mesmo por equiparação.

Existe um diálogo entre os sistemas especial (regimes de resolução) e comum (de falência e recuperação) de enfrentamento de crises. De fato, as normas desse último são aplicáveis subsidiariamente àquele. Além disso, as entidades sujeitas ao sistema especial podem ser levadas a um processo falimentar por conversão dos regimes de resolução. Mas, nesse caso, incide o regramento próprio (do sistema especial) quanto às hipóteses ensejadoras da falência, à legitimidade para o pedido judicial (do liquidante ou interventor) e à condição de procedibilidade (autorização do BCB). Portanto, trata-se de sistemas distintos.

Tanto no plano teórico das recomendações internacionais quanto na legislação doméstica, os regimes de resolução têm objetivos específicos (saneamento do SFN, resguardo da economia pública, da poupança privada, da segurança nacional e das finanças públicas, conforme os textos legais em vigor), que vão além daqueles do regime falimentar geral – satisfação dos credores e, de modo genérico, preservação da empresa e dos meios de produção.

Também as características mais relevantes dos regimes de resolução são exclusivos desse sistema especial, ou, quando existentes no regime falimentar geral, ocorrem em menor intensidade. Dentre esses atributos importantes, destacam-se os seguintes: iniciativa da autoridade de resolução, discricionariedade para definir e converter os regimes, opções, flexibilidade, fungibilidade, agilidade, especialização para identificar funções e atividades a serem preservadas, concentração da função de guardião do patrimônio segregado, maior responsabilização dos ex-administradores e controladores, indisponibilidade automática de seus bens a título acautelatório etc.

Ao determinar a incidência dos regimes de resolução para as empresas de um setor ou atividade, a lei afirma que esses objetivos, poderes, instrumentos e características em geral são necessários naquele campo específico. Assim, qualquer previsão legal da espécie já traz implícito o afastamento do regime falimentar geral, verdadeiro comando que deve ser considerado pelo intérprete em observância à regra que determina o atendimento aos fins sociais buscados pela norma.

Dessa análise do sistema especial, em confronto com o comum, extrai-se que eles são mutuamente excludentes. Consequentemente, havendo previsão legal de incidência dos regimes de resolução, essa disposição especial prevalece sobre a regra geral do sistema, segundo a qual o regime de falência e recuperação aplica-se a todos os empresários e sociedades empresárias.

Empregando-se esse conhecimento no caso específico das instituições de pagamento, conclui-se que o art. 13 da Lei 12.865, de 2013, expressamente, sujeita tais entidades aos regimes de resolução e, implicitamente, impede que sobre elas incida o regime falimentar geral.

## Referências

ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**. II. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BALDUCCINI, Bruno. FIRMATO, Marcus. GUAZZELLI, Tatiana. VARGAS NETO, Jorge. Arranjos e instituições de pagamento: novo marco legal e regulatório. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 63, ano 17, p. 17-30. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar., 2014.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Circular do BCB nº 3.682, de 4 de novembro de 2013**. Aprova o regulamento que disciplina a prestação de serviço de pagamento no âmbito dos arranjos de pagamentos integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), estabelece os critérios segundo os quais os arranjos de pagamento não integrarão o SPB e dá outras providências. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48838/Circ\\_3682\\_vII\\_P.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48838/Circ_3682_vII_P.pdf). Acesso em: 13 set. 2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Circular nº 3.587, de 26 de março de 2012**. Aprova o novo Regulamento do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic). Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49228/Circ\\_3587\\_v4\\_P.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49228/Circ_3587_v4_P.pdf). Acesso em: 13 set. 2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Circular nº 3.681, de 4 de novembro de 2013**. Dispõe sobre o gerenciamento de riscos, os requerimentos mínimos de patrimônio, a governança de instituições de pagamento, a preservação do valor e da liquidez dos saldos em contas de pagamento, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48839/Circ\\_3681\\_v6\\_P.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48839/Circ_3681_v6_P.pdf). Acesso em: 13 set. 2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Circular nº 3.885, de 26 de março de 2018**. Estabelece os requisitos e os procedimentos para autorização para funcionamento, alteração de controle e reorganização societária, cancelamento da autorização para funcionamento, condições para o exercício de cargos de administração nas instituições de pagamento e autorização para a prestação de serviços de pagamento por instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50554/Circ\\_3885\\_v2\\_P.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50554/Circ_3885_v2_P.pdf). Acesso em: 13 set. 2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Regimes de Resolução**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/resolucao>. Acesso em: 13 set. 2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Sistema Financeiro Nacional. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/sfn>. Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987**. Institui, em defesa das finanças públicas, regime de administração especial temporária, nas instituições financeiras privadas e públicas não federais, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2321.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2321.htm). Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 261, de 28 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre as sociedades de capitalização e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1965-1988/Delo261.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Delo261.htm). Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del0073.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0073.htm). Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. **Exposição de Motivos Interministerial (EMI) nº 83-A/2013 BACEN MF MC MAPA MME MDIC, de 17 de maio de 2013**: referente à Medida Provisória nº 615, de 17 de maio de 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Exm/EM-MPv615-13.doc](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Exm/EM-MPv615-13.doc). Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001**. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp109.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp109.htm). Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 130, de 17 de abril de 2009**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Crédito Cooperativo e revoga dispositivos das Leis nos 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp130.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp130.htm). Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm). Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008**. Dispõe sobre o Sistema de Consórcio. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11795.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11795.htm). Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013**. (...) dispõe sobre os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB); (...). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12865.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12865.htm). Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm). Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974**. Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6024.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6024.htm). Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997**. Dispõe sobre a responsabilidade solidária de controladores de instituições submetidas aos regimes de que tratam a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, e o Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987; sobre a indisponibilidade de seus bens; sobre a responsabilização das empresas de auditoria contábil ou dos auditores contábeis independentes; sobre privatização de instituições cujas ações sejam desapropriadas, na forma do Decreto-lei nº 2.321, de 1987, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9447.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9447.htm). Acesso em: 13 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm). Acesso em: 13 set. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. **Resolução nº 4.282, de 4 de novembro de 2013**. Estabelece as diretrizes que devem ser observadas na regulamentação, na vigilância e na supervisão das instituições de pagamento e dos arranjos de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), de que trata a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48841/Res\\_4282\\_VI\\_O.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48841/Res_4282_VI_O.pdf). Acesso em: 13 set. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: volume I: teoria geral do Direito Civil**. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. O Sistema Financeiro Nacional na República Federativa do Brasil e a Atualização Monetária. **Revista da AGU**. Ano VII. Número 18, out./dez. 2008, p. 95-136. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/313/196>. Acesso em: 13 set. 2019.

FINANCIAL STABILITY BOARD. **Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions**. 2014. Disponível em: [https://www.fsb.org/wp-content/uploads/r\\_141015.pdf](https://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_141015.pdf). Acesso em: 13 set. 2019.

LIMA, Felipe Herdem. **Liquidação extrajudicial: e seu devido processo administrativo, de acordo com a lei 13.506/2017**. Curitiba: Juruá, 2018.

OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. **Moeda, juros e instituições financeiras: regime jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito Bancário**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SOUZA, Luciane Moessa de. Sistema de ordenação das finanças. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; PEREIRA, Ana Lucia Pretto (coords.). **Direito Constitucional Brasileiro: volume III: constituições econômica e social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 187-223.

TURCZYN, Sidnei. **O sistema financeiro nacional e a regulação bancária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

# Adequação Jurídico-Institucional do Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa no Mercado Financeiro

Luiz Felipe Horowitz Lopes\*\*

*Introdução. 1 Delimitação da discricionariedade administrativa. 2 Os elementos do ato discricionário e o mérito administrativo. 3 Conceitos jurídicos indeterminados. 4 Vinculação aos diferentes graus da juridicidade. 5 Discricionariedade técnica. 6 Discricionariedade regulamentar. 7 Proposta jurídico-institucionalmente adequada para o controle judicial da discricionariedade administrativa. Conclusão. Referências.*

## Resumo

O estágio atual da doutrina administrativista não permite a insindicabilidade judicial das escolhas regulatórias, com base na mera invocação de fórmulas, como “ato discricionário”, “discricionariedade técnica”, “conceitos jurídicos indeterminados”, tradicionalmente utilizadas pelos tribunais para se escusar de apreciar assuntos técnicos e muitas vezes polêmicos sob a perspectiva jurídica. Verificada a existência de limitações relativas à capacidade institucional do Judiciário na apreciação das escolhas regulatórias, defende-se a inserção de uma visão institucional em relação ao controle judicial da discricionariedade, o qual não deve ser excluído a priori em qualquer situação de interpretação e aplicação de certa lei pela Administração Pública, embora deva ser adotada uma deferência saudável às opções dos entes reguladores do mercado financeiro.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Sistema Financeiro Nacional. Controle judicial. Discricionariedade administrativa.

---

\* Procurador do Banco Central do Brasil. Formado pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Direito Público pela Universidade Caxias do Sul (UCS).

## *Legal-Institutional Adequacy of Judicial Review of Administrative Discretion in the Financial Market*

### *Abstract*

*The current state of administrativist doctrine does not allow the judicial review of regulatory choices, based on the mere invocation of formulas such as “discretionary act”, “technical discretion”, “indeterminate legal concepts”, traditionally used by courts to refrain from appreciating technical and often controversial issues from a legal perspective. Given the existence of limitations related to the institutional capacity of the judiciary in the appreciation of regulatory choices, the insertion of an institutional view in relation to judicial control of discretion is advocated, which should not be excluded a priori in any situation of interpretation and application of law by the Public Administration, although healthy deference should be adopted to the choices of financial market regulators.*

**Keywords:** *Administrative Law. National Financial System. Judicial review. Administrative discretion.*

### **Introdução**

O mercado financeiro é marcado pela excessiva litigância judicial, conforme dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) entre janeiro de 2011 e outubro de 2011, chegando a representar 10,88% dos processos judiciais no âmbito nacional (12,95% na Justiça estadual; 9,6% na Justiça federal; e 1,78% na Justiça trabalhista). Passados quase nove anos, nada faz crer que a situação tenha se modificado. Naturalmente, as discussões travadas no âmbito judicial repercutem no teor dos mecanismos de intervenção das entidades responsáveis pela regulação<sup>1</sup> do mercado financeiro. A título exemplificativo, é possível mencionar a Resolução 4.558, de 23 de fevereiro de 2017, do Conselho Monetário Nacional (CMN), que, ao disciplinar a cobrança de encargos por parte das instituições financeiras nas situações de atrasos de pagamentos, veio a extinguir a comissão de permanência, permitindo a exigência exclusivamente de juros remuneratórios, de juros moratórios e de multa de mora e vedando a criação de qualquer outro tipo de valor; a Lei 13.455, de 26 de junho de 2017, que autorizou a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado, contrapondo-se ao entendimento que se formava no Superior Tribunal de Justiça (STJ);<sup>2</sup> entre outros.

---

1 Conforme bem assevera Washington Peluso Albino de Souza (2005, p. 331), a palavra *regulation*, na literatura de língua inglesa, refere-se indistintamente a “regulação” e “regulamentação”, causando dificuldades interpretativas diante do uso tradicional do termo “regulamento” e “poder regulamentar” no Direito brasileiro. Além disso, as discussões são alimentadas por defensores de uma moderna regulação do neoliberalismo e da figura da “regulamentação”, que seria comprometida pelas técnicas intervencionistas menos acentuadas dos primeiros.

Por isso, Vital Moreira (1997, p. 34) afirma existirem três concepções sobre o conceito de regulação: (1) em sentido amplo, entendida como toda forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins; (2) num sentido intermediário, consistente na intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação direta na atividade econômica, equivalendo ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada; e (3) num sentido restrito, referente somente ao condicionamento normativo da atividade econômica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo infralegal).

Para fins deste artigo, independentemente dos posicionamentos doutrinários acerca do conceito de regulação estatal, será adotado um posicionamento restritivo, de tal sorte que a regulação compreenderá as variadas formas de atuação estatal no domínio econômico privado por direção e por indução, sobretudo por meio de elaboração de diplomas normativos infralegais, excluídas as formas de assunção direta de uma atividade econômica em sentido estrito.

2 REsp 1479039/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 6/10/2015.

Porém, dadas as limitações do presente estudo, as causas para a vultosa quantidade de conflitos levados ao Poder Judiciário não serão examinadas, nem os aspectos políticos e econômicos que envolvem o complexo problema ou mesmo o acerto ou o equívoco das decisões judiciais em matéria financeira. Em verdade, o presente trabalho traz à baila como se dá e quais são os limites do controle judicial nos casos em que há o exercício de uma competência discricionária pelos entes reguladores do mercado financeiro, em especial o CMN e o Banco Central do Brasil (BCB).

Apresenta-se o desenvolvimento da doutrina administrativista acerca do controle judicial da discricionariedade administrativa, a qual desenvolveu uma série de fórmulas, como “ato discricionário”, “discricionariedade técnica”, “conceitos jurídicos indeterminados”, tradicionalmente utilizadas pelos tribunais para se escusar de apreciar assuntos técnicos e muitas vezes polêmicos, comumente enfrentados na regulação financeira. Pretende-se, destarte, demonstrar a inadequação de tais concepções clássicas como óbice ao controle das funções administrativas, sendo insuficiente buscar aspectos cognitivos sindicáveis e aspectos volitivos não sindicáveis ao Poder Judiciário.

Em contrapartida, aponta-se a existência de limitações relativas à capacidade institucional do Poder Judiciário na apreciação das escolhas regulatórias no âmbito do mercado financeiro, defendendo-se, ao final, a inserção de uma visão institucional em relação ao controle judicial da discricionariedade administrativa, o qual não deve ser excluído a priori em qualquer situação de interpretação e aplicação de certa lei pela Administração Pública, embora seja imprescindível a manutenção de uma deferência saudável às opções dos entes reguladores do mercado financeiro.

## **1 Delimitação da discricionariedade administrativa**

A definição de discricionariedade administrativa de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 48) reconhece uma “margem de liberdade” remanescente ao administrador público “para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto” (MELLO, 2012, p. 48). Ademais, a escolha do administrador deverá seguir a solução que melhor se adequa à finalidade legal “quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente” (MELLO, 2012, p. 48).

O jurista observa que, conquanto seja comum a expressão “ato discricionário”, há na realidade apenas um “ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou que o compõem”, de tal sorte ser discricionária a competência do agente quanto a aspecto ou aspectos específicos (MELLO, 2012, p. 18). A discricionariedade, portanto, não reside ou consiste em uma qualidade do ato. O ato administrativo, ao revés, não passaria de um produto do exercício de uma competência discricionária.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 33) delimita a discricionariedade como uma qualidade da competência conferida à Administração Pública por lei para definir os aspectos de maior densidade normativa (resíduo de legitimidade) necessários à integração de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público. Ademais, não se confundindo com arbitrariedade, o “poder discricionário” caracteriza uma função, em sentido jurídico, constituindo antes um “dever”, e não uma faculdade. Assim, o “poder discricionário” deve ser enfatizado como o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal, antes de um poder (dever-poder) (MELLO, 2012, p. 15).

Portanto, a discricionariedade administrativa consiste em uma competência (medida de poder), decorrente de regras e princípios jurídicos (normativa), e não à margem da lei (não arbitrária),

destinada ao exercício de função administrativa, franqueando uma pluralidade de decisões legítimas ao agente público, com vistas à prática de ato administrativo que melhor atenda a uma finalidade pública, havendo a coincidência de uma potestade-função e uma sujeição.

Afirma-se que a discricionariedade administrativa não pode ser confundida com a interpretação (HEINEN, 2010, p. 459). A interpretação, presente em um campo teórico, não se limita à explanação do significado de um determinado texto (juízo descritivo), mas coincidentemente trabalha na construção do próprio sentido do texto (juízo criativo). A discricionariedade administrativa, por outro lado, faz-se presente no campo pragmático porque, mesmo com o exaurimento de toda interpretação, haverá, em certos casos, um campo nebuloso onde não será possível identificar com exatidão o significado de um conceito prático (MELLO, 2006, p. 939). Note-se que, para tal corrente, um ato de inteligência (interpretação de termos legais) e um ato de volição (juízo de conveniência e oportunidade) são diversos e não se confundem, mas possuem os mesmos efeitos jurídicos, pouco importando se a liberdade concedida pela lei é uma liberdade intelectual ou uma liberdade volitiva.

A respeito da questão, é pertinente lembrar que, para Hans-Georg Gadamer (2008, p. 432-433), “[a] tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação”. Assim, a apreciação dos operadores do direito não deve surgir de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. Não é por outro motivo que “podemos ter uma ideia daquilo com que estamos às voltas” (GADAMER, 2008, p. 433), de modo a existir segurança jurídica em um Estado de Direito. Por isso, há de se concordar com a posição de Andreas J. Krell (2013, p. 46), segundo o qual, “[p]ara produzir uma decisão jurídica num caso concreto, deverá haver necessariamente a convergência de elementos de cognição e de volição”, de tal sorte não ser tão cristalina a distinção entre interpretação e discricionariedade. Em verdade, aplicação e interpretação da lei se superpõem e acontecem em uma só operação (KRELL, 2013, p. 62).

Portanto, em virtude da finitude da racionalidade na interpretação/aplicação da lei, os fundamentos da margem discricionária firmam sua própria sindicabilidade, não havendo óbice ao controle judicial a priori, sobretudo em face do art. 5, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Afinal, é justamente pela possibilidade de presença de elementos não racionais nas escolhas administrativas que a adoção de mecanismos de atribuição de racionalidade e de razoabilidade se fazem mais necessárias, coibindo possíveis condutas abusivas e arbitrárias por parte da Administração.

## **2 Os elementos do ato discricionário e o mérito administrativo**

Hartmut Maurer (2001, p. 51-52) identifica, na literatura jurídica, a presença de quatro grupos de vícios no exercício do poder discricionário. O primeiro deles consiste no não uso do poder discricionário, presente nos casos em que não há o exame acerca da conveniência da intervenção no caso concreto. O segundo refere-se ao excesso do poder discricionário, que ocorre quando a autoridade ultrapassa o quadro definido legalmente ao poder discricionário. O terceiro grupo é retratado pelo uso defeituoso do poder discricionário (abuso do poder discricionário), quando a autoridade não dirige seu comportamento exclusivamente pela finalidade prescrita ao poder discricionário. E, por derradeiro, o quarto grupo é definido pelas infrações a direitos fundamentais e princípios administrativos gerais, devendo o administrador atentar-se, inclusive, ao princípio da proporcionalidade.

Numa visão mais dinâmica (histórica), Gustavo Binenbojm (2014, p. 211) menciona a existência de um longo processo de definição de parâmetros jurídicos à atividade administrativa

discricionária, iniciado desde o século XIX, elencando as seguintes etapas do itinerário de juridicização da discricionariedade administrativa: (1) a teoria dos elementos do ato (competência, forma, finalidade, motivo e objeto), com a possibilidade de sindicância dos elementos vinculados dos atos ditos discricionários (competência, forma e finalidade); (2) teorias de controle a partir de parâmetros implícitos na lei, a exemplo do desvio de poder, do excesso de poder e da teoria dos motivos determinantes; (3) teoria dos conceitos jurídicos indeterminados; e (4) teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais.

No tocante à primeira e à segunda etapas do controle da discricionariedade apontadas acima, calha ressaltar as afirmações contidas nos manuais de direito administrativo e incorporados pelo art. 2º da Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, em consonância com a doutrina clássica, no sentido de que o ato administrativo (compreendido como a exteriorização da vontade da Administração Pública) pode ser dividido nos seguintes elementos: (1) competência, referente ao agente público (sujeito) a quem a lei atribuiu a prática do ato; (2) finalidade, consistente no interesse público específico perseguido pelo ato administrativo; (3) forma, consistente no revestimento da manifestação da Administração; (4) motivo, ou seja, os pressupostos de fato e de direito que autorizariam a prática do ato administrativo; e (5) objeto ou conteúdo, definido como o efeito jurídico imediato produzido pelo ato administrativo.

Por ser necessariamente uma decorrência legal, a competência (elemento do ato administrativo) seria sempre vinculada. Aqui, é mister explicar que a previsão das atribuições a certo agente público (competência em si) é sempre vinculada, na medida em que a lei não pode tornar facultativa a realização do interesse público, embora possa permitir a escolha em face de uma pluralidade de decisões legítimas, conferindo uma competência discricionária (PIRES, 2017, p. 200).

Para alguns doutrinadores, a forma também não permite a incidência da discricionariedade, pois, ao contrário do que se passa no âmbito privado, em que vigora a liberdade das formas, o revestimento do ato administrativo deve seguir as determinações da lei, observando-se o princípio da solenidade das formas na esfera pública. Di Pietro (2007, p. 83), entretanto, admite que, em certas hipóteses, a lei pode permitir que o ato administrativo a ser praticado apresente-se de outras maneiras, sendo possível reconhecer a discricionariedade na forma.

Há quem aponte a finalidade constituir elemento vinculado do ato administrativo, já que está sempre prevista explícita ou implicitamente na lei. Porém, para Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 938), é possível a discricionária ocorrer na finalidade do ato administrativo, quando esta for expressada por via de conceitos práticos, engendrando certa liberdade administrativa. Na mesma linha, Vladimir da Rocha França (2001, p. 109-123) obtempera que, nos atos administrativos formais com conteúdo legislativo, há possibilidade de se vislumbrar uma “discricionariedade legislativa” quanto à finalidade específica ou imediata, cabendo ao administrador-legislador mensurar o interesse público contido na lei.

A despeito das divergências na doutrina no que se refere aos elementos forma e finalidade, afirma-se comumente residirem os juízos de conveniência e oportunidade, definidos como o “mérito administrativo”, no objeto (conteúdo) e no motivo do ato administrativo. Nesse ponto, cabe citar José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 110-112), que lembra haver discricionariedade em relação aos pressupostos fáticos do motivo<sup>3</sup> quando a lei “transfere ao agente a verificação de sua ocorrência atendendo a critérios de caráter administrativo (conveniência e oportunidade)”, bem como nas hipóteses em que for possível ao agente traçar as linhas do conteúdo do seu ato, a exemplo do limite de horário de funcionamento de um circo em praça pública.

---

3 Tratando-se de matéria restrita ao juízo de juridicidade, afirma-se não haver discricionariedade no tocante à avaliação do motivo legal.

O “mérito administrativo”, destarte, seria refratário ao controle judicial pelo princípio da separação de poderes, já que o magistrado não poderia substituir a apreciação do administrador cuja conduta segue os estritos termos legais (vinculação positiva à lei), em homenagem à liberdade dos indivíduos. Nessa medida, dada a insuficiência dos comandos abstratos e gerais presentes na lei para a antecipação de todos os eventos da realidade e, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro (2007, p. 26), como resquício do Estado de Polícia, foi atribuída à Administração Pública uma esfera de liberdade frente ao texto legal e não afeta a qualquer forma de controle judicial.

A doutrina, porém, passou a reconhecer não ser possível ao agente público atuar fora dos limites de sua competência administrativa (teoria do excesso de poder), bem como constatou que alguns limites advêm da finalidade do poder discricionário, de tal maneira que o mérito administrativo não permite uma decisão em dissonância com a finalidade determinada pela lei (teoria do desvio de poder). Assim, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 57), não pode o agente público deixar de observar, deliberadamente ou não, “seu dever de operar o estrito cumprimento do que a lei configurou como objetivo prezável e atingível por dada via jurídica”. O mérito administrativo, continua o jurista (MELLO, 2012, p. 82-83), será transbordado quando os critérios adotados pela autoridade administrativa: (1) estiverem contaminados por intuitos pessoais; (2) corresponderem a outra regra de competência, distinta da exercitada; (3) revelarem opções desarrazoadas; (4) exprimirem medidas incoerentes com os fatos sobre os quais deveria o agente exercer seu juízo, com as premissas do ato e com situações idênticas; e (5) forem desproporcional diante dos fatos.

Ao lado da teoria do excesso de poder e da teoria do desvio de poder, desenvolve-se também a teoria dos motivos determinantes, fundada na ideia de que os motivos do ato administrativo devem corresponder à situação fática capaz de autorizá-lo, sob pena de nulidade. Carvalho Filho (2014, p. 118) pondera que a aplicação da teoria é importante à discricionariedade, na medida em que, existindo expressa motivação, esta “passa a vincular o agente aos termos em que foi mencionada”, devendo o pressuposto fático (motivo) escolhido pelo administrador ser efetivamente real, incidindo o controle judicial sem qualquer ressalva.

### 3 Conceitos jurídicos indeterminados

As normas apresentam elementos textuais que são inequívocos e não dão ensejo a qualquer desconforto interpretativo ou dificuldade de aplicação, assim como termos e noções já consolidados na dogmática jurídica, a exemplo dos conceitos propriedade, contrato, ato administrativo e outros. As normas podem apresentar também termos e conceitos legais que demandem valoração e prognose, conferindo-se demasiado espectro de sentidos ao seu texto (MAURER, 2001, p. 54).

Assim, em razão da vagueza, da incerteza e da abertura desses termos, passou-se a denominá-los “conceitos jurídicos indeterminados”. A presença dos “conceitos jurídicos indeterminados” na hipótese de incidência das normas administrativas naturalmente confere maior margem de liberdade do agente público na determinação de seu sentido. Note-se que Eros Grau (2014, p. 199) afasta a ideia de que um conceito possa ser indeterminado. Em verdade, a indeterminação refere-se às noções jurídicas. Todavia, tratando-se de expressão consagrada na doutrina, adotar-se-á a expressão “conceitos jurídicos indeterminados”, não obstante realmente constitua uma *contradictio in terminis*.

Bernatzik, no final do século XIX, ponderava ser a liberdade da Administração Pública na determinação do sentido da norma equivalente àquela gozada pelo Poder Judiciário, o que restringia consideravelmente a possibilidade de controle dos conceitos jurídicos indeterminados

(CAVALLI, 2009, p. 61-76). Conforme aponta Sérgio Guerra (2017, p. 64), Bernatzik, em relação aos conceitos indeterminados, “sustentava a existência de uma discricionariedade técnica, pretendendo com isso referir-se à extrema complexidade com que frequentemente apresentam-se os problemas administrativos”, sendo difícil ou mesmo impossível identificar a solução mais correta entre as várias opções disponíveis. O posicionamento de Bernatzik deu origem, destarte, à teoria da multivalência, a qual encarece a concepção de existir, na interpretação e na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, o exercício da competência discricionária.

Em oposição, Tezner, ao tecer críticas ao entendimento da Corte Administrativa da Áustria, considerou a teoria da multivalência contrária ao Estado Democrático de Direito (AUGUSTIN, 2015, p. 151-164), distinguindo a função discricionária de competência do administrador público e os conceitos jurídicos indeterminados, o que, por conseguinte, implicava a ampliação da sindicabilidade jurisdicional do ato discricionário. Desenvolve-se, assim, a teoria da univocidade, que pugna pela existência de uma única solução na interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, não havendo discricionariedade administrativa. Nesse sentido, com o advento da Lei Fundamental de Bonn, verificou-se a predominância da teoria da univocidade, em razão da tendência da rigidez do controle judicial dos atos administrativos (BINENBOJM, 2014, p. 228).

Eros Grau (2014, p. 202-211), distinguindo os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade, afirma que “[n]o exercício da discricionariedade o sujeito cuida da emissão de juízos de oportunidade, na eleição entre indiferentes jurídicos; na aplicação de ‘conceitos indeterminados’ (vale dizer, das noções) o sujeito cuida da emissão de juízos de legalidade”. A superação da indeterminação dos conceitos dar-se-á por ocasião da interpretação, e não em um juízo de oportunidade. Eduardo García de Enterría, na mesma linha, ao analisar o direito espanhol, aponta que:

(...) o fator mais relevante para o término da exceção imprecisa da discricionariedade foi a separação de sua aplicação da técnica interpretativa empregada nos denominados ‘conceitos jurídicos indeterminados’, com os quais confundia-se, tradicionalmente, o conceito de discricionariedade, e que são conceitos objetivos cuja aplicação acaba sendo necessariamente controlável (...), uma vez que todo o sistema jurídico opera, necessariamente, com conceitos desta natureza. Teria sido, assim, um grave equívoco técnico pretender equiparar [conceitos jurídicos indeterminados] com as hipóteses de discricionariedade estrita, que supõe um âmbito de liberdade decisória, cuja utilização jurídica de tais conceitos é precisamente excluída. (ENTERRÍA, 2010, p. 56)

Almiro do Couto e Silva (1990, p. 51-67) esclarece que “a impossibilidade relativa do controle judicial da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados pela Administração Pública não os transforma, entretanto, em fonte de poder discricionário”. Em relação aos conceitos jurídicos indeterminados, o controle judicial é, em princípio, total, só encontrando limites na impossibilidade cognitiva de declarar se a aplicação foi correta ou equivocada. Desse modo, inexistente, em princípio, um limite ao controle judicial dos conceitos jurídicos indeterminados, devendo a complexidade ser verificada pelo próprio magistrado no caso concreto, ao contrário do que se passa no exercício de uma competência discricionária, em que sempre haverá uma limitação *a priori*.

Contudo, conforme narra Hartmut Maurer (2001, p. 56-57), a tendência de revisão integral das decisões administrativas baseadas em conceitos jurídicos indeterminados (teoria da univocidade) foi recusada sobretudo por Otto Bachof, com sua doutrina do espaço de apreciação (teoria da livre apreciação); por Carl Hermann Ule, com sua doutrina da sustentabilidade; por Hans J. Wolf, com a teoria da prerrogativa estimatória; e pelo próprio Tribunal Constitucional Alemão, com a teoria da essencialidade.

Nesse sentido, a teoria da livre apreciação defende a existência de um espaço de apreciação no emprego de conceitos jurídicos indeterminados imune ao controle judicial, não obstante concorde com a ausência de um poder discricionário propriamente dita, o que, ao fim e ao cabo, acaba por trazer de volta a discricionariedade para os conceitos indeterminados. A teoria da sustentabilidade postula que a decisão administrativa deve ser conforme o direito, ou seja, dentro do quadro de sustentabilidade, por ocasião da aplicação de um conceito jurídico indeterminado, com base em argumentos coerentes e racionais. A teoria da prerrogativa estimatória, a seu tempo, constata a exigência de uma estimativa da autoridade administrativa, quando são utilizados conceitos jurídicos indeterminados (MAURER, 2001, p. 57). A teoria da essencialidade, por fim, não apenas determina se uma regulação é necessária, mas também quão densa deve ser a regulação legal e infralegal, conferindo à Administração poderes para emitir regras gerais de grau secundário (MAURER, 2001, p. 64; PIRES, 2017, p. 152).

Por isso, Celso Antônio Bandeira de Mello adverte que os conceitos jurídicos indeterminados, a depender da situação concreta, podem transparecer a discricionariedade administrativa, *in verbis*:

Em despeito de fatores que concorrem para delimitar o âmbito de intelecção dos conceitos imprecisos – e que serão adiante encarecidamente referidos e sublinhados – seria excessivo considerar que as expressões legais que os designam, ao serem confrontadas com o caso concreto, ganham, em todo e qualquer caso, densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro dúvidas sobre a aplicabilidade ou não do conceito por elas recoberto. Algumas vezes isto ocorrerá. Outras não. Em inúmeras situações, mais de uma intelecção seria razoavelmente admissível, não se podendo afirmar, com vezos de senhoria da verdade, que um entendimento divergente do que se tenha será necessariamente errado, isto é, objetivamente reputável como incorreto.

(...)

Em suma: muitas vezes – exatamente porque o conceito é fluido – é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis. (...)

Eis porque não é aceitável a tese de que o tema dos conceitos legais fluidos é estranho ao tema da discricionariedade. (MELLO, 2012, p. 22-23)

De acordo com Vladimir da Rocha França (2001, p. 117), “[o]s conceitos jurídicos são conceitos convencionalistas, por meio dos quais o jurista procura estabelecer padrões de conduta para a sociedade”. Isso por ser “impossível a lei tudo prever e tudo alcançar, e, por isso, emprega quem a edita termos dotados da necessária fluidez, preservando a flexibilidade do sistema direito positivo perante a naturalmente instável realidade social” (FRANÇA, 2001, p. 117), de tal sorte a ser “o labor interpretativo o veículo para dar vida e objetividade aos enunciados do direito positivo, que ganham maior certeza e segurança quando há a concretização normativa do texto legal” (FRANÇA, 2001, p. 117). Em síntese, os conceitos jurídicos indeterminados não consubstanciam necessariamente o exercício de uma competência discricionária, mas podem trazer elementos que, em conjunto com os limites de sua interpretação e os dados do caso concreto, acabam por permitir ao administrador o recurso ao seu juízo de oportunidade (FRANÇA, 2001, p. 118).

A partir da interpretação e aplicação do conceito jurídico indeterminado, não se pode desconhecer a presença de uma zona de certeza positiva, dentro da qual não há qualquer dúvida acerca do sentido do texto que designa o objeto, e uma zona de certeza negativa, em que também é indubitosa a inadequação do texto ao objeto. Nesses casos, é indiscutível que o controle judicial será pleno,

seja para confirmar (zona positiva), seja para infirmar (zona negativa) a escolha administrativa. Em determinadas hipóteses, por outro lado, é possível, em maior ou menor medida, constatar uma zona de penumbra e de incertezas (das noções dos termos da norma) onde reside a margem de apreciação administrativa, que não poderia ser substituída por qualquer decisão judicial. Nessa situação, o controle jurisdicional é parcial, balizado por princípios constitucionais e pelos princípios gerais de direito (juridicidade), sendo impróprio afirmar uma completa insindicabilidade (BINENBOJM, 2014, p. 234-235).

#### 4 Vinculação aos diferentes graus da juridicidade

O embate entre o Estado Liberal (em declínio) e o Estado Social (em ascensão) e, a partir da segunda metade do século XX, o crescimento desproporcional do Poder Executivo, com a ampliação das atribuições administrativas, passaram a dar ensejo ao questionamento da concepção clássica de discricionariedade e a paulatina atenuação da liberdade total criada pela concepção originária de discricionariedade (MEDAUAR, 2017, p. 240). Detecta-se, assim, uma nova tendência, decorrente do exagero do esforço protetor do Estado Democrático de Direito, de se retornar a fórmulas privadas de produção, além de reconhecer a lei não apenas como produto de um processo formal, mas também pelo seu conteúdo axiológico (VOLOTÃO, 2015, p. 410). Fala-se em submissão da discricionariedade ao princípio da juridicidade, de modo a vincular a Administração não apenas ao texto da lei formal, mas também a normas constitucionais e princípios gerais de direito, dada a ampliação do conjunto das fontes jurídicas do Direito Administrativo ao “bloco de legalidade”.

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2017, p. 201-202) caracterizam o paradigma pós-positivista da segunda metade do século XX como uma retomada da ligação entre o Direito e a Moral, de maneira a criar um ambiente fértil ao surgimento de uma nova dogmática jurídica, a qual reconhece a normatividade dos princípios e possibilita o desenvolvimento de uma argumentação jurídica mais aberta, intersubjetiva e permeável a valores, não se restringindo à lógica formal da norma jurídica. Segundo os eminentes juristas, a aproximação do Direito e Moral, sob o ponto de vista do Direito Constitucional, dá ensejo a um movimento designado como neoconstitucionalismo, em que se constata: (1) o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (2) a rejeição ao formalismo e, por conseguinte, a utilização de métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico; (3) a constitucionalização dos ramos do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais a todo o ordenamento jurídico; (4) reaproximação entre o Direito e a Moral; e (5) aumento da judicialização da política e das relações sociais, havendo relativo esvaziamento da esfera decisória do Executivo e do Legislativo.

Ao analisar referida virada epistemológica, Paulo Ricardo Schier (2005, p. 145-165) ressalta a ideia da filtragem constitucional, fundada na defesa da força normativa da Constituição, na dogmática constitucional principialista, na legitimidade e vinculatividade dos princípios e na constitucionalização do direito infraconstitucional. A filtragem constitucional impõe a atualização do direito infraconstitucional à luz da axiologia constitucional, viabilizando o diálogo com a realidade social, “aprendendo com ela através da abertura dos princípios e, destarte, permitindo a capacidade de aprendizagem da ordem jurídica com a sociedade” (SCHIER, 2005, p. 146). Assim, “seria compreensível a evolução da ordem jurídica sem que fosse necessário implementarem-se reformas legislativas que modificassem a textualidade normativa” (SCHIER, 2005, p. 146).

Quanto ao fenômeno da filtragem constitucional no Direito Administrativo, Luís Roberto Barroso (2005, p. 30-32), em artigo doutrinário, assevera ter ocorrido a redefinição da supremacia do interesse público sobre o privado, ressaltando, dentre outros, a vinculação do Administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária, de modo que “[o] princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem” (BARROSO, 2005, p. 32). Odete Medauar (2017, p. 170), no tocante às mudanças na concepção do princípio da legalidade, não restrito mais à lei ordinária, realçando a chamada multiplicidade das fontes normativas, mencionada por Carlos Ari Sundfeld como ‘alargamento das fontes’; D’Alberty, ‘conjunto de elementos do direito’; Paulo Otero cita o bloco de legalidade, expressão atribuída a Maurice Hauriou; o argentino Juan Carlos Cassagne também cita o bloco de legalidade; e Marco Macchia, ‘multiplicidade de fontes na legalidade’. Ao final, conclui que “[a]s inúmeras fontes normativas e a ideia de um princípio de legalidade diferente do clássico convidam muitos autores a mudar o seu nome para princípio da juridicidade” (MEDAUAR, 2017, p. 171).

Vê-se, enfim, que a constitucionalização do Direito Administrativo propiciou o desenvolvimento de uma nova concepção de discricionariedade, hoje submetida ao ordenamento jurídico como um todo, de modo a dar ensejo ao controle ablativo dos atos administrativos que apresentam alguma margem de valoração administrativa equivocada ou, a depender do caso, realizar um controle ablativo e mandamental, determinando qual a única decisão conforme ao direito (redução da discricionariedade a zero ou contração do poder discricionário<sup>4</sup>) (BINENBOJM, 2014, p. 247).

## 5 Discricionariedade técnica

A chamada “discricionariedade técnica” (ou discricionariedade imprópria) tem sido utilizada pelos tribunais<sup>5</sup> para adotar postura deferente ao posicionamento das entidades reguladoras, ao exercer o controle de temas de grande complexidade técnica em setores do mercado, em nome da denominada discricionariedade técnica. O tema relativo à “discricionariedade técnica” é controverso. Há entendimentos no sentido de haver discricionariedade técnica quando os critérios presentes na ciência são suficientes para alcançar a única solução correta. Alguns dizem que a discricionariedade técnica está vinculada aos interesses públicos, enquanto outros vislumbram essa espécie de discricionariedade apenas nos atos com repercussões administrativas internas. Constatam-se posições no sentido de que há uma diferença entre discricionariedade técnica própria e imprópria, bem como a existência de uma discricionariedade intermediária entre a pura e a técnica. E há os que sustentam a inexistência da discricionariedade técnica (GUERRA, 2017, p. 195).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 6), após citar a lição de Alessi em comentários acerca do Direito italiano, separa a discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica ou imprópria, sendo que a distinção entre ambas está em que, naquela, a escolha entre duas ou mais opções válidas perante o Direito se faz segundo critérios de oportunidade ou conveniência (mérito) e, nesta, não existe propriamente liberdade de opção, porque a Administração tem que procurar a solução correta segundo critérios técnicos.

---

4 Para Hartmut Maurer (2001, p. 52-53), o caso concreto pode reduzir a possibilidade de escolha a uma única alternativa, se todas as outras alternativas fossem exercício do poder discricionário vicioso, de sorte que a autoridade está obrigada a “escolher” a única decisão ainda restante para ela.

5 No STJ, cito como exemplo o Recurso Especial 1.171.688/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 1º/6/2010, em que se afirmou que, “[e]m matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível - cautela que não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo”.

Para Edilson Pereira Nobre Júnior (2016, p. 128), a aferição técnica traduz, diante do correspondente estado da ciência, uma certeza quanto a determinadas circunstâncias que possam ser qualificadas como motivo para a prática ou não de uma decisão administrativa. Nessa quadra, para ele, incorreto dizer que a Administração, por manifestação de seu subjetivismo, possa definir qual seja o resultado de uma investigação que deva ser pautada por critérios técnicos:

Não me convence o argumento referido por Eva Desdentado Daroca, consoante a qual se fará presente uma discricionariedade dita como técnico-administrativa quando a Administração decida em adotar uma providência lastreada em hipóteses científicas que não puderam ser objeto de confirmação, uma vez os estudos a respeito não se encontrarem avançados ou por se cuidar de atividades de prognose.

A uma, porque a evolução pela qual passam os conhecimentos científicos na atualidade, demais de excessivamente veloz, expande-se por quase todas as atividades que, desenvolvidas no meio social, reclamem a elucidação de questões com base em dados de natureza técnica.

A outra, em virtude da circunstância de que, mesmo em tais casos, não resta a Administração exonerada do encargo de fundamentar, tanto quanto possível, o seu entendimento.

Portanto, sempre que a regra de direito se reporta, à guisa de motivo autorizador da edição de um ato administrativo, a uma situação cuja caracterização envolva conhecimentos técnicos, tem-se o exercício de uma competência vinculada e não discricionária. (NOBRE JÚNIOR, 2016, p. 128)

Destarte, diante do caráter vinculado, a atividade técnica da regulação submete-se, indiscutivelmente, a controle jurisdicional, o qual deve se iniciar pela ótica procedimental, com a análise dos conhecimentos específicos e da neutralidade dos agentes públicos, bem como se direcionar à demonstração de equívoco na verificação da existência e da correspondência do motivo (pressuposto fático da decisão administrativa), o que se insere na seara da legalidade. Somente nas hipóteses onde se afigure difícil uma provável certeza, há que se atribuir uma deferência às conclusões administrativas, contanto que apoiadas em razões sólidas e razoáveis (NOBRE JÚNIOR, 2016, p. 135).

Luís Manuel Fonseca Pires (2017, p. 240) obtempera que “qualquer palavra ou expressão, que reclame à sua compreensão de informações de outras áreas do saber humano, igualmente não pode confundir-se com a discricionariedade administrativa”. Em verdade, “[s]ão conceitos jurídicos indeterminados cuja busca da unidade de solução justa (...) depende de informes de outras áreas do conhecimento” (PIRES, 2017, p. 240). Dessa maneira, não há sentido em sustentar a discricionariedade técnica, pois há apenas conceitos jurídicos indeterminados referentes a elementos técnicos ou científicos, “cujos informes (por exames, perícias, avaliações etc.) possibilitam ao intérprete convencer-se sobre o que melhor se coaduna à lógica do razoável e à lógica do preferível” (PIRES, 2017, p. 242).

Também se filia à corrente que não reconhece a discricionariedade técnica Régis Fernandes de Oliveira (2007, p. 104), que obtempera serem as regras técnicas anteriores à emanção do ato administrativo. Assim, ao citar como exemplo os estudos para a construção de uma ponte, apresentando escolhas relativas ao material, ressalta que, “[d]iante das opções técnicas, que forem apresentadas, aí, então, entrará o interesse público e o poder discricionário a valorá-lo” (OLIVEIRA, 2007, p. 104).

Em acepção diversa, Flávio José Roman (2013, p. 169-185) – conquanto afirme que não há discricionariedade nos aspectos nitidamente técnicos das atividades administrativas – confirma a existência de uma competência discricionária quando a técnica está unida a fatores não nitidamente técnicos, ou quando os fatores técnicos não são precisos. Assim, reconhece a existência de uma discricionariedade técnica na regulação da ordem econômica, relacionada à indispensável previsão

legal mediante o recurso a conceitos flexíveis ou fluidos, notadamente da ciência econômica, de modo a limitar e, ao mesmo tempo, impedir a imunização ao controle judicial.

César A. Guimarães Pereira (2003, p. 254-261), em sistematização do problema, verifica a existência de cinco sentidos para a expressão “discricionariedade técnica”. O primeiro sentido alude à formulação de juízos especializados, de modo a preencher um conceito técnico referido na legislação, a exemplo da “invalidez” da aposentadoria do servidor público. Nesse caso, a discricionariedade administrativa não existe, pois os conflitos de interesses já foram resolvidos pela própria lei. O segundo sentido denota as escolhas administrativas relacionadas a campos especializados de um conhecimento. Aqui, haverá um juízo discricionário, a ser exercido nos limites da competência definida em lei. Em seguida, será realizada a apreciação técnica passível de pleno controle jurisdicional, a exemplo dos concursos público, em que a definição do conteúdo programático e as questões exigidas nas provas são discricionárias, mas a correção das provas, por envolver uma apreciação técnica, enseja a ação discricionária. O terceiro sentido envolve as situações em que há um momento de cognição técnica e outro de decisão administrativa que toma como premissa o primeiro juízo. Entretanto, a escolha administrativa encontra-se limitada pelo próprio juízo técnico, de tal maneira que a opção administrativa é realizada mediante critérios de discricionariedade (no plano normativo). O quarto sentido da “discricionariedade técnica” refere-se às análises de prognose e de risco, baseadas em estatísticas. Porém, isso não significa que a apreciação da Administração estará dispensada de valer-se de parâmetros sérios do campo científico e fatos constatáveis na realidade, havendo discricionariedade administrativa apenas quando houver alternativas no caso concreto. O quinto e último sentido corresponde à atividade instrutória da Administração nos processos administrativos. Não se vislumbra discricionariedade administrativa nessas hipóteses, já que os mecanismos de produção de provas, em virtude das garantias constitucionais do devido processo legal, estão sempre sujeitos ao controle judicial, não podendo o administrador deles dispor conforme sua conveniência.

Pereira (2003, p. 265), nessa linha, não reconhece, em termos científico-jurídicos, a discricionariedade técnica como instituto próprio. Isso porque o que se denomina de “discricionariedade técnica” ou cuida de apreciações técnicas da Administração, sem qualquer alusão à discricionariedade, ou não se afasta do conceito geral de discricionariedade administrativa. O entendimento de Sérgio Guerra (2017, p. 197) não é diferente, também ponderando que os conhecimentos técnicos ou representam somente um aspecto vinculado do poder discricionário em determinada decisão ou permanece a possibilidade de cotejo de vários critérios técnicos para determinar qual o mais eficaz e conveniente no caso concreto. Destarte, sob a ótica da Carta de 1988, inadmissível “uma tese jurídica de que haveria uma discricionariedade diferenciada (discricionariedade técnica), exclusivamente fulcrada em valorações técnicas e infensa ao controle judicial” (GUERRA, 2017, p. 197). No mesmo compasso, Tomás-Ramón Fernández (2016, p. 183-184), ao questionar se realmente existe a discricionariedade técnica, responde já ter chegado o momento de afirmar que da erroneamente denominada “discricionariedade técnica” resta apenas o nome, o rótulo, a mera denominação, a qual o legislador cometeu a imprudência de utilizar quando estava a ponto de ficar sem conteúdo, e que a jurisprudência do Tribunal Superior segue a utilizá-la por inércia.

Portanto, é correta a visão quanto à inadequação e à insuficiência da expressão “discricionariedade técnica”, tal como apontado por Pereira (2003), Guerra (2017) e Fernández (2016), uma vez que, além de essa expressão não restar consolidada no ordenamento jurídico como categoria jurídica autônoma, delimitada e clara, em razão de seus múltiplos sentidos, as avaliações técnicas do administrador público devem sempre estar ajustadas ao estado da ciência no contexto histórico em

que estiverem situadas e observar as finalidades e as limitações impostas pelo legislador ordinário e pelo próprio constituinte. Dessa forma, ainda que as escolhas administrativas sejam eminentemente técnicas, apresentem algum conteúdo científico mesclado a questões políticas ou estejam fundadas em noções indeterminadas, elas não poderiam ser subtraídas *a priori* do crivo judicial, mormente se ausente a pluralidade de decisões legítimas *in concreto*, devendo-se lembrar que a discricionariedade administrativa não se confunde com o arbítrio.

## 6 Discricionariedade regulamentar

A função regulamentar, naturalmente, envolve a concessão de certa dose de poder discricionário à Administração Pública, na medida em que a generalidade e a abstração inerentes ao texto legal acabam por permitir o detalhamento e as particularizações na aplicação do direito (GUERRA, 2017, p. 102). Por isso, identifica-se uma orientação flexível do Judiciário no que tange ao controle da escolha discricionária na edição de atos regulamentares, desde que não se verifique antinomia com a lei, o regulamento complemente a lei e confira densidade a *standards* que remetam a escolhas de caráter técnico, econômico ou administrativo (GUERRA, 2017, p. 102).

Porém, impende apontar a existência de defensores da inconstitucionalidade das competências regulamentares concedidas ao CMN e ao Banco Central. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 352) assevera ser a finalidade da competência regulamentar a de produzir normas para a fiel execução das leis quando estas demandarem uma atuação administrativa a ser desenvolvida dentro de um espaço discricionário, a fim de assegurar a uniformidade na aplicação da lei e em nome da igualdade entre os administrados. Ante a garantia de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, prevista no art. 5º, II, da CRFB (princípio da legalidade), os regulamentos deverão seguir as possibilidades admitidas pelo próprio enunciado legal, de modo a: (1) limitar a discricionariedade administrativa; e (2) decompor analiticamente o conteúdo de conceitos legais, mediante simples discriminação.

Inadmissíveis a criação de regras jurídicas ou a alteração da própria lei pelo regulamento. Nos termos do art. 84, IV, da CRFB, ao regulamento cabe apenas dispor sobre a fiel execução da lei, não podendo criar direitos, obrigações, deveres ou restrições sem a correspondente disposição legal. O único caminho possível de transferência normativa ao Poder Executivo é por meio de leis delegadas, conforme art. 68 da CRFB, ou por disposição constitucional própria, a exemplo das Medidas Provisórias (art. 62 da CRFB). Destarte, sob pena de configurar delegação disfarçada e inconstitucional, nenhuma lei formal poderá permitir que o regulamento inove na ordem jurídica. Bandeira de Mello (2006, p. 345) lembra que o procedimento abusivo de criação e de restrições a direitos por meio de regulamentos “foi praticado inúmeras vezes e do modo mais flagrante possível” no passado. Assim, conclui que essas leis inconstitucionais e os regulamentos baseados nelas, na presente ordem constitucional, “estão fulminados por expressa determinação no art. 25 do ADCT, o qual, se, de um lado, vale como confirmação de que foram inúmeros os abusos, de outro, representa a expressão clara de que não se deseja mais nele reincidir” (MELLO, 2006, p. 345-346).

Não é possível concordar com a doutrina da indelegabilidade nesses moldes. Em síntese didática, André Rodrigues Cyrino (2018, p.200-202) explica que a doutrina da indelegabilidade, fundada numa ideia estrita do princípio da legalidade e tradicional da separação de poderes, peca por distorcer suas bases teóricas, por desconsiderar as (in)capacidades institucionais do Poder Legislativo e por dar pouco peso às potencialidades democráticas e técnicas da Administração Pública na promoção de necessidades coletivas.

Eros Grau, ao comentar o art. 5º, II, da CRFB, verifica que o princípio da legalidade é tomado em termos relativos, havendo uma reserva da norma, e não uma reserva da lei, “razão pela qual não impede a atribuição, explícita ou implícita, ao Executivo para, no exercício de função normativa, definir obrigação de fazer e não fazer que se imponha aos particulares – e os vincule” (GRAU, 2014, p. 242). Nas palavras de André Rodrigues Cyrino (2018, p. 55-66), o princípio da legalidade desdobra-se em outros dois: (1) o princípio da precedência de lei (preferência ou compatibilidade), que incorpora o dever de compatibilidade e não contrariedade ao que prescreve a lei; e (2) o princípio da reserva de lei ou da conformidade, que significa que a Administração só poderá agir quando ato estiver anteriormente previsto em lei.

A reserva legal, por sua vez, subdivide-se em: (a.1) reserva absoluta, que determina o tratamento integral dos critérios de decisão, não havendo margem de discricionariedade; e em (b.1) reserva relativa, quando a Constituição, apesar de estabelecer a necessidade de lei, permite a conformação de sua aplicação pelo agente público com base em *standards* mínimos em lei. Sob a perspectiva do órgão responsável pela normatização, a reserva legal pode ser: (a.2) formal, quando certa matéria demandar o tratamento por lei elaborada pelo parlamento; e (b.2) material, quando for possível a elaboração de outros atos normativos com força de lei, a exemplo da Medida Provisória. E, por fim, sob o ponto de vista da finalidade constitucional, a reserva legal cinde-se em: (a.3) qualificada, quando o legislador deverá perseguir determinado objetivo ou requisito constitucional específico; ou (a.4) não qualificada, hipótese em que a intervenção legislativa dar-se-á independentemente de qualquer exigência quanto ao conteúdo ou à finalidade da lei.

Vê-se, portanto, que, ressalvadas as situações de reserva legal absoluta, em que não há espaço para a função normativa das agências reguladoras, o princípio da legalidade não impede que se confirmem competências normativas ao CMN e ao BCB, desde que estabelecidos parâmetros mínimos de atuação (reserva legal relativa) e/ou que os atos destes não apresentem incompatibilidades com a própria lei (precedência legal).

Eros Roberto Grau, com base nas lições de Alessi, entende que “o fundamento da potestade regulamentar decorre de uma atribuição de potestade normativa material, de parte do Legislativo, ao Executivo” (GRAU, 2014, p. 239), e não de uma delegação da função legislativa. Nesse ponto, cumpre assinalar a distinção entre função legislativa e função normativa. A função legislativa refere-se à função de emanar estatuições primárias, geralmente – mas não necessariamente – com conteúdo normativo, sob a forma de lei, fundando-se em um critério formal. Por outro lado, a noção de função normativa pode ser alinhada desde a consideração de critério material, sendo entendida como a função “de emanar estatuições primárias, seja em decorrência do exercício do poder originário para tanto, seja em decorrência de poder derivado, contendo preceitos abstratos e genéricos” (GRAU, 2014, p. 237-238). Por isso, não há propriamente uma delegação de função legislativa (emanação de normas primárias), mas a atribuição de uma função normativa (potestade normativa material) específica e própria do Poder Executivo, não havendo que se falar em delegação, nem em derrogação do princípio da divisão dos poderes.

Por isso, parece ter razão André R. Cyrino (2018, p. 213-215), ao constatar a mutação constitucional do art. 25 do ADCT, em razão do reconhecimento da constitucionalidade dos poderes normativos dos órgãos e entidades integrantes do Poder Executivo conferidos pelo Legislativo, ao delegar tais competências com alguns parâmetros (mutação constitucional pela atuação do legislador); pelo Judiciário, ao avalizar tal prática por meio de sua jurisprudência (mutação constitucional pela evolução jurisprudencial); por imposição da realidade, pela atuação da Administração Pública e pela própria literalidade do dispositivo que não veda atribuições normativas a entidades administrativas a partir da Constituição de 1988. Veja que o processo de mutação do art. 25 do ADCT, conquanto

infirmar a vedação peremptória às delegações normativas ao CMN e ao BCB, não implica que a lei deve ser obliterada do processo das escolhas regulatórias no mercado financeiro, servindo como importante arcabouço de normas abertas que justifica a legitimidade e assegura o próprio controle das deliberações técnicas das mencionadas entidades. E cumpre destacar que, diante do envolvimento de direitos fundamentais relativos à ordem econômica, maior a exigência de clareza dos propósitos legislativos, ainda que delegue atribuições às agências reguladoras (CYRINO, 2018, p. 251). Tal entendimento, inclusive, foi seguido pelo Supremo Tribunal Federal, quando reconheceu a capacidade normativa de conjuntura do CMN.<sup>6</sup>

## 7 Proposta jurídico-institucionalmente adequada para o controle judicial da discricionariedade administrativa

Eduardo Jordão (2016, p. 131-149), em sua análise de direito comparado, constata a inadaptabilidade dos tribunais, via controle, em implementar intervenções regulatórias, apesar da ampliação da *judicial review*. Sob uma perspectiva objetiva, os tribunais estão acostumados a solucionar controvérsias bipolares (autor contra réu) e baseadas em um raciocínio retrospectivo, ao passo que a regulação corriqueiramente envolve a ponderação e o balanceamento de múltiplos interesses contrapostos (mercado regulado, consumidores, outras entidades, sociedade civil organizada, etc.), sendo as questões regulatórias multipolares e prospectivas, já que a atividade do regulador comumente exige a realização de análises prognósticas, com vistas à previsibilidade dos efeitos das medidas governamentais no mercado considerado. Sob uma perspectiva subjetiva, os tribunais apresentam uma adaptação institucional reduzida para a regulação, quando comparados aos entes reguladores. Os tribunais apresentam uma *expertise* institucional inferior à do regulador, em virtude da influência do aparelhamento técnico e de pessoal e da experiência historicamente acumulada, bem como apresentam limitações de natureza formal na sua atuação, diante do princípio da demanda, do acesso regrado às informações relevantes e ao dinamismo reduzido do processo judicial.

Ademais, Eduardo Jordão (2016, p. 151-163) também identifica que o controle judicial não deferente pode provocar interferências deletérias à regulação, afetando sua coerência e/ou prejudicando sua dinâmica. Quanto aos riscos à coerência regulatória, a intervenção judiciária não deferente pode desconsiderar relevantes decisões preliminares que informam determinada política regulatória levada a efeito pela autoridade administrativa, bem como pode produzir a fragmentação substancial ou geográfica de um programa regulatório específico, em razão de limitações processuais (discussões acerca da competência territorial, dos limites da coisa julgada, etc.). No tocante aos riscos à dinâmica regulatória, o controle judicial não deferente pode comprometer a efetividade da intervenção com a concessão de liminares ou antecipação de tutela, mediante a suspensão das decisões administrativas, bem como pode causar a “ossificação” da ação administrativa, decorrente do esforço para satisfazer as exigências excessivas do Judiciário.

Por isso, conforme lição de Gustavo Binbenbom (2014, p. 240), a profundidade do controle judicial não segue uma lógica puramente normativa, restrita à análise dos enunciados normativos incidentes ao caso, devendo ser observados os procedimentos adotados pela Administração e as competências e responsabilidades dos órgãos decisórios, “compondo a pauta para um critério que se poderia intitular de jurídico-funcionalmente adequado” (BINENBOJM, 2014, p. 240). Segundo

---

6 ADI 2591-DF, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 7/6/2006.

Andreas J. Krell, o enfoque jurídico-funcional, em crescimento na doutrina alemã, pressupõe que “o clássico princípio da separação de poderes, hoje, deve ser entendido mais como princípio de divisão de funções” (KRELL, 2013, p. 64), enfatizando o controle, a fiscalização e a coordenação recíprocos entre os órgãos e entidades do Estado Democrático de Direito. Para Andreas J. Krell (2013, p. 71), a vantagem da visão jurídico-funcional do controle da discricionariedade é que ela não busca dissecar o processo decisório, a fim de identificar o ponto onde termina a cognição sindicável e a vontade insindicável. Na realidade, a perspectiva jurídico-funcional almeja verificar “se o órgão é o adequado para tomar a decisão em questão, considerando-se a sua composição, sua legitimação, o procedimento decisório e a sua capacidade de trabalhar certos problemas” (KRELL, 2013, p. 71).

Em face desse cenário, não se podem ignorar as ponderações de Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule (2002, p. 47) acerca da necessidade de uma análise das capacidades institucionais. Nessa medida, o formalismo deve ser aceito não porque a Constituição ou uma concepção jurídica adequada o exigem (pelo contrário, elas não exigem), mas sim porque o formalismo é o melhor caminho para juízes generalistas que frequentemente não estão equipados para resolver questões relativas às políticas em jogo. Assim, os autores demonstram “*some enthusiasm for the emerging view that administrative agencies ought to be allowed a degree of flexibility in their own interpretations, flexibility that goes well beyond that of courts*” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 47).

A visão minimalista decorrente da autocontenção judicial (*judicial self-restraint*) em relação aos atos normativos dos entes reguladores, por óbvio, não se confunde com a não sindicabilidade judicial. Afinal, os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios (segundo e terceiro graus de vinculação administrativa à juridicidade, na lição de Gustavo Binbenbom), presentes na tessitura da Constituição econômica, apresentam sempre algum conteúdo capaz de servir como parâmetro ao controle judicial da regulação do mercado financeiro. Deve-se adotar, enfim, uma deferência saudável às escolhas regulatórias dos entes competentes como princípio interpretativo, quando adotadas dentro dos limites concedidos pela lei, em virtude do controle democrático a que estão sujeitas e de sua capacidade de apreciação dos elementos fáticos (SUNSTEIN, 1993, p. 169).

Nesse sentido, salutar a análise de André Rodrigues Cyrino (2018, p. 129), ao valer-se da concepção de “ductibilidade” para defender a adoção de uma perspectiva neutra da Constituição econômica, quando se estiver diante de normas classificáveis como princípios ou como conceitos jurídicos indeterminados. Afinal, a ductibilidade, manifestada no caráter compromissório da Constituição, dá ensejo a uma ambivalência, de tal sorte existirem princípios contrapostos tendentes a conferir aos agentes eleitos de cada momento a seleção dos variados modelos ou formas de ordenar a vida econômica, e o maior ou menor protagonismo do Estado. Assim, nas suas palavras, “quanto maior a tecnicidade e as justificativas da medida, tanto menor o controle judicial” (CYRINO, 2018, p. 316), sendo possível o controle nos espaços de ductibilidade quando as medidas forem (1) manifestamente inadequadas e não atenderem a um mínimo de eficiência; e (2) manifestamente inexigíveis, diante da possibilidade de que fosse adotada estratégia menos restritiva. Por conseguinte, dentro de uma escala de deferência saudável, o controle judicial da intervenção econômica, sobretudo no âmbito da regulação financeira, deverá ser mais forte quando se estiver diante de regras e das zonas de certeza dos conceitos jurídicos indeterminados, ao passo que deverá ser brando e diminuto quando se estiver diante da realização de princípios ou na zona de penumbra dos conceitos jurídicos indeterminados, atentando-se às consequências práticas, jurídicas e administrativas da decisão e aos obstáculos e dificuldades reais do gestor, conforme os arts. 20, 21 e 22, todos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

## Conclusão

Vê-se, portanto, que o estágio atual da doutrina administrativista não admite a criação de óbices apriorísticos ao controle judicial das escolhas regulatórias, com base na mera invocação de fórmulas como “ato discricionário”, “discricionariedade técnica”, “conceitos jurídicos indeterminados”, entre outros. Afinal, as funções de ordenação da vida econômica não passam de um plexo dúctil de conformações possíveis entre posições individuais e coletivas, com vistas à realização da democracia e dos direitos fundamentais, sendo insuficiente buscar aspectos cognitivos sindicáveis e aspectos volitivos insindicáveis ao Poder Judiciário na regulação financeira.

A constitucionalização do Direito Administrativo propiciou o desenvolvimento de uma nova concepção de discricionariedade administrativa, hoje submetida ao ordenamento jurídico como um todo. Assim, a presença de limites constitucionais e legais da função normativa do CMN e do BCB, ainda que perfeitamente identificável uma discricionariedade em suas atividades e uma complexa apreciação técnica do mercado financeiro, torna imperiosa a gradativa vinculação aos diferentes graus da juridicidade.

Verificou-se também a existência de limitações relativas à capacidade institucional do Judiciário na apreciação das escolhas regulatórias no mercado financeiro. Isso porque os tribunais não estão acostumados a solucionar controvérsias multipolares e prospectivas, bem como demandantes de análises prognósticas. Ademais, os tribunais apresentam uma *expertise* institucional inferior à do regulador, em virtude da influência do aparelhamento técnico e de pessoal e da experiência historicamente acumulada, bem como apresentam limitações de natureza formal na sua atuação, diante do princípio da demanda, do acesso regrado às informações relevantes e ao dinamismo reduzido do processo judicial.

A postura não deferente do Poder Judiciário em face das escolhas regulatórias trazem graves riscos à coerência e à dinâmica regulatória, pois pode desconsiderar relevantes decisões preliminares que informam determinada política regulatória levada a efeito pela autoridade administrativa; pode produzir a fragmentação substancial ou geográfica de um programa regulatório específico, em razão de limitações processuais; pode comprometer a efetividade da intervenção com a concessão de liminares ou antecipação de tutela, mediante a suspensão das decisões administrativas; e pode causar a “ossificação” da ação administrativa, decorrente do esforço para satisfazer as exigências excessivas do Judiciário. A propósito, Bruno Meyerhof Salama e Thiago Jabor Pinheiro (2015, p. 33-34), de forma percuciente, identificaram a judicialização crescente após 1988, sobretudo em relação ao período de hiperinflação brasileira, como uma das causas de insegurança jurídica no mercado financeiro, elevando o custo do crédito no país, o que demonstra uma indevida interferência judicial na condução de políticas monetárias.

Defende-se, dessa maneira, a inserção de uma visão institucional, cuja principal referência são os professores Cass Sunstein e Adrian Vermeule, em relação ao controle do exercício da competência discricionária do CMN e do BCB, o que, por óbvio, não se confunde com a insindicabilidade judicial. Afinal – mesmo quando presentes os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios da Constituição econômica, previstos no art. 170 da CRFB e em outros dispositivos constitucionais (segundo e terceiro graus de vinculação administrativa à juridicidade) – sempre haverá algum conteúdo capaz de servir como parâmetro ao controle judicial, devendo-se adotar, nessa medida, uma deferência saudável às escolhas regulatórias dos entes competentes.

## Referências

- AUGUSTIN, Sérgio. A problemática dos conceitos indeterminados e a discricionariedade técnica. In: **Juris Plenum Direito Administrativo**, v. 7, 2015, p. 151-164.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16<sup>o</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.
- BARR, Michael S. Accountability and independence in financial regulation: checks and balances, public engagement, and other innovations. In: **Law & Contemp. Probs.**, 78, n. 3, 2015, p. 119-128.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, abr/jun 2005, p. 1-42.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: *Synthesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2013, p. 23-32.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3<sup>o</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação, transformação político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. 2<sup>o</sup> ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 1992.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27<sup>o</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 251, 2009, p. 61-79.
- COUTO E SILVA, Almiro. **Poder discricionário no direito administrativo brasileiro**. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 179, jan/jun 1990, p. 51-67.
- COUTO E SILVA, Almiro. **Correção de prova de concurso público e controle judicial**. In: **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57 Supl., 2004, p. 259-274.
- CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira**. 2<sup>o</sup> ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DEÁK, Renato Albuquerque; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O princípio da legalidade e os limites do poder regulamentar. In: *Revista da Faculdade de Direito de Recife*, Recife, volume 89, n. 1, jan./jun 2017, p. 144-167.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (Redae)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, fevereiro/março/abril, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. **As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional. Uma mudança de paradigma?** Trad. Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 7º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos**. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 38, n. 151, jul/set 2001, p. 109-123.
- FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.
- GADAMER, Hans-Geor. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 4º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 18º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HEINEN, Juliano. Para uma nova concepção do princípio da legalidade em face da discricionariedade técnica. In: **Revista Forense**, v. 412, a. 106, nov./dez. 2010.
- HEINEN, Juliano. **Autolimitação administrativa e segurança jurídica**. In: **Direito, Estado e Sociedade**, n. 52, jan/jun 2018, p. 159-176.
- JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros: SBDP, 2016.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13º ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial**. In: **Revista da Escola da Magistratura Federal da 5º Região**, n. 8, dez. 2004.

- KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 4º ed. Niterói: Impetus, 2010.
- MASTRODI, Josué. COSTA, Lucas Rocha Mello Emboaba da. A discricionariedade técnica e o controle político das agências reguladoras no Brasil. In: **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 15, n. 62, out./dez. 2015, p. 165-191.
- MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3º ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O controle judicial dos atos administrativos. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 152, abr./jun 1983, p. 1-15.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2 ed. Belo Horizontes: Fórum, 2018.
- MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. The real world of arbitrariness review. In: **University of Chicago Law Review**, 761, 2008.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de (1689-1755). **Do espírito das leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- MOREIRA, Vital. **Autoregulamentação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza jurídica, competência normativa limites de atuação. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, jan./mar. 1999, p. 71-83.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O novo papel do Estado na economia. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 241, jul./set. 2005, p. 1-19.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Reinstitutionalização da ordem econômica no processo de globalização. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 204, abr./jun. 1996, p. 135-144.

- MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Há uma discricionariedade técnica? In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, v. 26, p. 107-148, 2016.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração pública, legalidade e pós-positivismo. In: **Princípio da Legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 203-220.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Intervenção estatal sobre o domínio econômico, livre iniciativa e proporcionalidade. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 224, abr/jun 2001, p. 285-299.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Ato administrativo**. 5º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- PEREIRA, César A. Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, jan/mar 2003, p. 217-267.
- PIRES, Luís Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. 3º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- RIBAS, Carolline Leal; CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli de. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 268, jan/abr 2015, p. 83-116.
- ROMAN, Flávio José. **Discricionariedade técnica na regulação econômica**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ROMAN, Flávio José. Os regulamentos e as exigências da legalidade: estudo sobre a viabilidade dos regulamentos delegados no ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação (**Mestrado em Direito do Estado**) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.
- SALAMA, Bruno Meyerhof; PINHEIRO, Thiago Jabor. Citizens vs. Banks – Institutional Drivers of Financial Market Litigiousness in Brazil. In: **Revista Direito GV**, v. 72, p. 3, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2335116>. Acesso em: 20 jun. 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.
- SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**, 2008. Disponível em <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2019.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 5, n. 20, abr./jun. 2005, p. 145-165.

- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9<sup>o</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.
- SILVEIRA, André Bueno da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 275, p. 109-146, mai/ago. 2017.
- SOUZA, Fábio. **Quem deve decidir? Confiança na aptidão decisória como critério de definição dos limites do controle judicial das decisões administrativas**. Curitiba: Alteridade Editora, 2018.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6<sup>o</sup> ed. São Paulo: LTr, 2005.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos**. 2<sup>o</sup> ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4<sup>o</sup>ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. 1<sup>o</sup>ed. 2<sup>o</sup> tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.
- SUNSTEIN, Cass R. **After the rights revolution: reconceiving the regulatory state**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- SUNSTEIN, Cass R. VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. In: Chicago Law & Economics, **Working Paper** n. 156; Chicago Public Law Research Paper n 28. Julho 2002. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=320245>. Acesso em: 2 jan. 2019.
- SUNSTEIN, Cass R. Chevron as law. In: **Georgetown Law Journal**, Forthcoming, jan. 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3225880>. Acesso em: 10 jan. 2019.
- TÁCITO, Caio. O controle judicial da administração pública na nova Constituição. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 173, 198, p.25-33.
- TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. 2<sup>o</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- TUCKER, Paul. **Unelected power: the quest for legitimacy in central banking and the regulation state**. Princeton: Princeton University Press, 2019.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- VERMEULE, Adrian. **Law's Abnegation: from law's empire to the administrative state**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

# As Implicações dos *Stakeholders* Sociais na Administração Pública Contemporânea

Emerson Ademir Borges de Oliveira\*

Miguel Angelo Aranega Garcia\*\*

*Introdução. 1 Bases da governança corporativa aplicada à gestão pública.  
1.1 Perspectivas de uma gestão pública eficiente: o dever da boa administração.  
2 Stakeholders sociais e implicações na Administração Pública contemporânea.  
Conclusões articuladas. Referências.*

## Resumo

O presente artigo tem por objetivo central propor inicial discussão acerca da governança e da responsabilidade corporativa no ambiente na Administração Pública, adjudicando ênfase no conceito administrativo de eficiência e sua relevância para o desenvolvimento nacional. Nesse contexto, a governança desponta no mundo globalizado como uma das novas faces do controle de uma conduta ética, responsável e com vistas à promoção de uma gestão sustentável. Sob a influência desse novo estilo de governança pública pautado em premissas de direito privado, dedicou-se à pesquisa exploratória, a partir de levantamento bibliográfico sobre o tema em questão. Por meio de contraponto entre os pensamentos de Bresser-Pereira, Meirelles e Paes de Paula, a minimização das diferenças e conflitos de interesse, partidários ao alinhamento dos aspectos da eficiência administrativa, promove-se o zelo das organizações públicas, de modo a favorecer um olhar holístico sobre a temática apresentada. Pauta o estudo uma moldura analítico-crítica, em que a ideia é ultrapassar as barreiras da dogmática estabelecida, a fim de formular análise de controle da população na gestão pública (*stakeholders* sociais).

**Palavras-chave:** Administração Pública. Eficiência. Governança corporativa. *Stakeholders* sociais.

---

\* Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Coordenador-Adjunto e professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Marília. Advogado e parecerista.

\*\* Mestrando em Direito pela Universidade de Marília. Pós-Graduado em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina. Professor da Faculdade Pitágoras. Procurador jurídico da Câmara Municipal de Londrina.

## *Implications of Social Stakeholders in Contemporary Public Administration*

### *Abstract*

*The main goal of this article is to propose an initial discussion about governance and corporate responsibility in the public administration environment, emphasizing the administrative concept of efficiency and its relevance to national development. In this context, governance emerges in the globalized world as one of the new faces of the control of an ethical conduct, responsible and aiming at the promotion of sustainable management. Under the influence of this new style of public governance based on private law premises, it was dedicated to the exploratory research of the theme, based on a bibliographic survey on the subject in question. By contrasting the thoughts of Bresser-Pereira, Meirelles and Paes de Paula, the minimization of differences and conflicts of interest, in favor of the alignment of aspects of administrative efficiency can promote the zeal of public organizations, in order to favor a holistic look at the theme presented. It guides the study by an analytical-critical framework, in which the idea is to overcome the barriers of established dogmatics, in order to formulate population control analysis in public management (social stakeholders)*

**Keywords:** *Public administration. Efficiency. Corporate governance. Social stakeholders.*

### **Introdução**

A atuação eficiente do Estado é tema frequentemente debatido. Dentre as várias questões objeto de debate, merece destaque a adoção de práticas de gestão estatal que promovam o bem-estar comum.

O presente estudo foi desenvolvido com o intuito de refletir sobre a governança corporativa, algo amplamente difundido em outras áreas de conhecimento, dedicado a programas e políticas de gestão empresarial com base em princípios éticos, responsabilidade social e transparência e sua aplicação na Administração Pública.

Assim, visa abordar as técnicas de governança corporativa, embrionariamente pertencentes ao direito privado e, dessa forma, contribuir para a percepção do fenômeno jurídico enquanto modificador e garantidor de um elemento ativo de realização do bem comum, traçando as diretrizes básicas para a efetividade na gestão pública e a consecução das atividades em prol da população.

Para desenvolvimento deste trabalho, foi utilizado o método indutivo, partindo do levantamento bibliográfico, da coleta de informações em doutrina e na legislação nacional, além de artigos científicos sobre o tema em questão. Após a reunião das bases teóricas, a pesquisa dividiu-se em três momentos. De início, a compreensão dos pilares da governança corporativa aplicada na gestão pública. Em um segundo momento, a perspectiva da eficiência administrativa com enquanto dever da boa administração. Por fim, os novos direitos que surgiram, advindos do próprio ideal de democracia encartado pelo texto constitucional, como os “*stakeholders* sociais”, guiado pela participação efetiva da sociedade na condução de políticas públicas e de próprio controle da Administração, parte interessada do processo de gestão.

Por meio da análise da gestão estatal, busca-se aplicar as práticas de governança privada, abordando a sua efetiva implantação e propondo um conceito de gerenciamento de processos adequado ao atual cenário de crise que circunda o âmbito público, visto que é possível observar um afloramento das instituições de governança, na medida em que o exercício da cidadania se agiganta frente à onda de escândalos envolvendo corporações no Brasil e no mundo. Isso porque,

na proporção em que a sociedade toma conhecimento de fatos incompatíveis com os ideais de democracia, definem-se mecanismos de monitoração de seus governantes, na tentativa de controle de deliberada delegação de poder.

## 1 Bases da governança corporativa aplicada à gestão pública

A governança corporativa pressupõe que a transparência na gestão leva à transparência na condução de determinada organização. Esse tema ganhou destaque a partir da década de 1980 nos EUA, quando os fundos de pensão pressionavam as corporações para que tivessem mais transparência na divulgação de informações, o que resultou em uma maior fiscalização dos investidores sobre a atuação dos gestores dessas companhias (OLIVEIRA; PISA, 2015, p. 1.266). Tal forma de gestão implicou um maior controle por parte dos acionistas sobre os rumos das companhias o que, por consequência, aumentou a participação desses investidores na gestão e condução das empresas.

Para Machado Filho (2016, p. 35), dentre os princípios da governança, destaca-se a responsabilidade corporativa, ao prever aos agentes de gestão que pautem suas condutas de modo a zelar pela viabilidade econômico-financeira das organizações, reduzindo as externalidades e aumentando as iniciativas positivas. Com essa base, a responsabilidade corporativa conduz as empresas a realizar negócios de maneira a atingir seus objetivos por meio de práticas que respeitem os princípios éticos, legais e comerciais do meio social em que está inserida. E, nesse contexto, “a minimização de assimetrias e conflitos de interesses à delegação de poder é o desafio central das práticas de governança em qualquer tipo de organização” (*Ibidem*, 2016, p. 32).

No Brasil, o estudo sobre governança corporativa ganha especial relevância a partir dos anos 1990, durante o governo Collor, quando houve um grande número de falência de empresas e liquidação pelo Banco Central de grandes bancos e que trouxe à lume inúmeros esquemas de fraude nos registros e padrões contábeis (OLIVEIRA; PISA, 2015, p. 1267). A governança corporativa, como meio de gestão das organizações estatais, foi acelerada pelo processo de globalização, privatização e desregulamentação na economia.

Com o país inserido em uma economia de viés marcadamente neoliberal, passou-se a defender que a gestão corporativa deveria ser aplicada à condução da máquina pública, especialmente na perspectiva desenvolvida a partir da transição de um Estado convencional para um novo modelo estatal. Esse novo modelo, neoliberal, propõe a existência de Estado enxuto, minimizado e com inspiração no Estado Liberal, pautado na desestatização da economia e na autonomia da ordem privada (ROSSIGNOLI; SOUZA, 2019, p.391).

Com a exigência de um mercado cada vez mais consciente, aliado a um novo modelo político e de desenvolvimento econômico, muitas organizações têm aderido às práticas de governança corporativa. Entretanto, a sociedade anseia por práticas de governança não apenas nas empresas privadas, mas também nas de natureza pública.

A governabilidade se constitui como a estruturação política, econômica e social para se efetivarem as condutas da administração, ao passo que a governança compreende os mecanismos destinados à eficiência e à implementação das ações – “capacidade administrativa de governar” (SIQUEIRA; ROSELEN, 2017, p. 668).

Governabilidade não é sinônimo de estabilidade política, mas sim da capacidade que determinada sociedade tem de enfrentar os desafios e as oportunidades que se apresentam em determinado momento (PRATS; LASANGNA, 2009 *apud* BENEDICTO *et al.*, 2013, p. 288).

[...] o modo como as sociedades enfrentam os desafios e as oportunidades (governabilidade) depende de suas qualidades institucionais existentes (a governança), que está manifestada no conjunto de normas, crenças, convicções e procedimentos que regulam a vida coletiva de uma sociedade ou comunidade. Assim, a governança é o primeiro determinante da governabilidade, que soma às capacidades dos atores políticos, econômicos e sociais, às capacidades do governo e da qualidade das lideranças que atuam na sociedade, no Estado, no mercado e nas organizações. (PRATS; LASANGNA, 2009 *apud* BENEDICTO *et al.*, 2013, p. 288)

Nesse contexto, há um movimento no sentido de se pautar a gestão do setor público em empreendimento de rentabilidade, não sob uma perspectiva de lucratividade, mas uma busca por maior eficiência da Administração na condução de suas atividades precípuas. Isso porque, ainda que se discuta o atual cenário de desestatização de alguns setores, a gestão ativa do Estado é tarefa a ser perseguida pelo Estado brasileiro.

Trata-se, em verdade, de uma mudança na gestão política; refere-se à forma como as corporações são administradas. Para Matias-Pereira (2010, p.112), as mudanças trouxeram a inserção de novos métodos de atuação, em especial de administração e gerenciamento, fato que não se encontra limitado às instituições privadas, mas também é premissa de atuação da Administração Pública.

As relevantes transformações de políticas gerenciais na Administração Pública ocorridas nos últimos tempos promoveram uma gestão pública voltada para os resultados, eficiência da prestação dos serviços público e atendimento do interesse público (interesse coletivo). Os princípios da governança corporativa a serem aplicados pelas instituições privadas, também passaram a ser replicados pelo poder público (SIQUEIRA; ROSELEN, 2017, p. 666).

## 1.1 Perspectivas de uma gestão pública eficiente: o dever da boa administração

Um dos desafios atuais é dotar a máquina pública de uma gestão que a todo instante possa atingir a eficiência. No Brasil, a eficiência adquiriu força normativa ao ser alçada à condição de princípio fundamental da Administração Pública pela Emenda Constitucional 19, de 1998, que a incluiu entre os princípios da Administração Pública previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.<sup>1</sup>

Nesse sentido, a previsão constitucional do princípio da eficiência gerou um sem-número de obrigações positivas ao Estado. O mais moderno princípio da Administração já não contenta que a função pública seja desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório para seus membros.

Assim, a verificação da eficiência atinge os aspectos quantitativo e qualitativo do serviço, para aquilatar do seu rendimento efetivo, do seu custo operacional e da sua real utilidade para os administrados e para a Administração. Tal controle desenvolve-se, portanto, na tríplice linha administrativa, econômica e técnica (MEIRELLES, 1995, p. 91).

---

1 A inclusão do princípio, que passou a ser expresso na Constituição, suscitou numerosas e acerbas críticas por parte de alguns estudiosos. Uma delas consiste na imprecisão do termo. Ou seja, quando se pode dizer que a atividade administrativa é eficiente ou não? Por outro lado, afirma-se ainda, de nada adianta a referência expressa na Constituição se não houver, por parte da Administração a efetiva intenção de melhorar a gestão da coisa pública e dos interesses da sociedade. Com efeito, nenhum órgão público se tornará eficiente por ter sido a eficiência qualificada como princípio da Constituição. O que precisa mudar, isto sim, é a mentalidade dos governantes; o que precisa haver é a busca dos reais interesses da coletividade e o afastamento dos interesses pessoais dos administradores públicos. Somente assim se poderá falar em eficiência (CARVALHO FILHO, 2013, p. 30).

Segundo essa tríplice linha proposta por Meirelles, além da eficiência administrativa na prática de atos pela Administração Pública, exige-se, ainda, a prospecção de uma eficiência econômica. Diante dessa realidade, para que a empresa, ainda que de natureza pública, atue como instrumento de desenvolvimento, é necessário que haja uma quebra de paradigma, de modo a modernizar sua atuação no mercado.

Para Justen Filho (2014, p. 222), a eficiência administrativa não é semelhante à eficiência econômica. Em uma empresa privada, as finalidades perseguidas privilegiam a busca do lucro. Em sentido contrário, a atividade estatal procura a melhor eficiência no desempenho, impondo como dever à Administração evitar o desperdício e a falha.

No contexto atual, a eficiência é vista como instrumento de efetivação da cidadania contra falhas e omissões do Estado, repercutindo na melhoria da gestão da coisa pública no interesse da sociedade. A Administração tem pautado suas condutas para obtenção de resultados e adequada prestação do interesse público (SIQUEIRA; ROSELEN, 2017, p.666).

A própria Administração Pública brasileira passou a adotar princípios da boa governança corporativa como matriz para assegurar condições de governabilidade e gestão eficiente, postulado do dever de “boa administração”.

Na busca da gestão de excelência, pauta-se na adoção de práticas de governança corporativa, visando atender aos interesses da própria Administração e de seus principais atores (agentes públicos e comunidade em geral), na atribuição ética de respeito aos seus direitos e promoção do máximo de eficiência.

Assim, a eficiência administrativa passa pela garantia de “sustentabilidade política e participação e controle social com a finalidade de superar o insulamento burocrático, de combater a falta de responsabilidade política e administrativa e de prevenir a corrupção nos setores públicos” (*Ibidem*, 2017, p. 667-668).

A concepção de como os processos gerenciais atuam de forma a instruir o agente público no desenvolvimento de uma gestão satisfatória, com qualidade e eficiência, visam ao atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. Todavia, as atividades gerenciais adotadas pelo Estado brasileiro ao longo dos anos, no mais das vezes, não se refletiram na promoção da eficiência (*Ibidem*, 2017, p. 667-668). Em contraposição, a ineficiência do Estado em criar um núcleo estratégico com o melhor desempenho possível de suas atribuições obstaculizou o objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Assim, a partir da Lei 12.846/2013, estabeleceu-se uma visão ponderável na doutrina acerca do questionamento da inserção do estudo da ética na economia, com a adoção de medidas para promover um comportamento empresarial em conformidade com o direito (SEN, 1999, p. 94), “pondo em xeque a própria teoria da escolha social dominante, duvidando da possibilidade de definição de um ótimo social apenas em função do aumento de riqueza total e propugnando por uma revisão ética do conceito de racionalidade econômica”.

*En este recorrido hemos podido comprobar las dificultades con las que se ha encontrado el poder político para involucrar a las empresas en la realización de los principios y valores con dimensión social, es decir, aquellos que tienden a la realización de la igualdad sustancial y la justicia social. Las empresas se han mantenido ajenas a los mismos por entender que son incompatibles con sus propios fines, que se concretan en la maximización de ganancias y en la productividad. Una dificultad que es más evidente en aquellos ámbitos en los que existe una mayor debilidad institucional para actuar en el mercado. (FERNÁNDEZ, 2012, p. 185)<sup>2</sup>*

---

<sup>2</sup> Nesta jornada, pudemos verificar as dificuldades encontradas no poder público para envolver as empresas na realização dos princípios e valores com dimensão social, ou seja, aqueles que tendem à realização de igualdade substancial e justiça – social. As empresas permaneceram alheias a eles porque entendem que são incompatíveis com seus próprios objetivos, concretizados na maximização do lucro e na produtividade. A dificuldade mais evidente está nas áreas em que há maior fragilidade institucional para atuar no mercado (FERNÁNDEZ, 2012, p. 185, – com tradução livre do autor a partir do original).

A Lei de Anticorrupção Empresarial, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas, exsurge como manifestação legislativa de um sistema de proteção da administração pública. Surge, assim, a necessidade de reavaliar as ações do poder público que visam combater a corrupção não apenas no plano estritamente normativo, mas também na adoção de uma postura anticorruptiva.

Conforme disposto no art. 5º da Lei, constituem atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas que atentem contra o patrimônio nacional ou estrangeiro, contra princípios da Administração Pública ou contra compromissos assumidos pelo Brasil.

A adoção de programas de governança, tal como demonstrado, mostra-se, entre outras finalidades, como mecanismo de “eficiência social”, na medida em que permite a maximização dos recursos em atendimento às exigências da população, combatendo o gasto indevido e deliberado de verbas, que poderão se reverter em favor do bem-comum. (FERNÁNDEZ, 2012, p. 175)

Ressalta Bagnoli (2017, p. 204) que “a corrupção, geralmente, implica gastos a mais pelo Estado, que, ao pagar sobrepreços, acaba deixando de alocar recursos necessários e importantes para a sociedade, simplesmente para pagar pela corrupção; perde-se, portanto, toda a sociedade”.

A atuação do agente público se pauta, cada vez mais, na adoção de políticas governamentais de cuidado, que assegurem a execução dos serviços públicos com presteza e perfeição, bem como a própria proteção da Administração e de seus dirigentes da prática de delitos e atos de improbidade, minimizando riscos de eventual responsabilidade legal.

Nessa perspectiva, o programa de governança aplicado na gestão pública assume papel fundamental, na medida em que auxilia na mudança de comportamento dos agentes, na tentativa de afastar a influência política que circunda as relações administrativas.

Em sentido análogo, a aplicação da teoria de Douglas North (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p.98) traz a ideia de desenvolvimento econômico por meio do tempo, visto que “os valores organizacionais se alteram apenas gradualmente, e não é a imposição de regras formais ou informais que alterará os modelos mentais das partes envolvidas”.

O governo responsável está relacionado com a essência do poder público, pois visa assegurar o desenvolvimento sustentável, o respeito aos direitos humanos e das liberdades fundamentais, o respeito aos direitos sociais, a democracia no Estado de Direito e o sistema de governo transparente e responsável. (SIQUEIRA; ROSELEN, 2017, p. 667-668)

Cumprir observar que, apesar de não haver uma norma explícita sobre o direito à boa gestão pública, deve-se realizar uma análise conjunta da Constituição e seus princípios de probidade e eficiência com as demais espécies normativas: Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos), Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) e outras espécies normativas previstas no ordenamento jurídico brasileiro e que direcionam a atuação do agente público (SIQUEIRA; ROSELEN, 2017, p. 674).

Espera-se, então, que, considerando em primazia a responsabilidade pública, ao interpretar o ordenamento jurídico brasileiro com foco na eficiência administrativa, o jurista consiga realizar análise contextualizada para examinar as atividades pautadas em premissas originariamente da iniciativa privada.

A temática apresentada, fundamentada, em linhas gerais, na investigação de um conceito de eficiência que se amolde ao modelo de gestão contemporâneo, mostra-se extremamente relevante na medida em que o dever de uma “administração de qualidade” é um objetivo e uma razão de ser do Estado brasileiro.

## 2 *Stakeholders* sociais e implicações na Administração Pública contemporânea

Em complemento ao objetivo traçado no tópico anterior, a análise pauta-se, agora, nos atores sociais envolvidos nesse processo.

No cenário brasileiro, a partir da Constituição de 1988, novos direitos surgiram, advindos do próprio ideal de democracia encartado pelo texto constitucional, “entre eles o de exercer o controle sobre a administração pública, de exigir ética, integridade (*compliance*), transparência (*disclosure*) e prestação de contas (*accountability*)”, e ainda o de participação efetiva da sociedade na condução de políticas públicas (OLIVEIRA; PISA, 2015, p. 1264).

Paradoxalmente, Kissler e Heidemann (2006, p. 482), analisando o sistema de governança na Alemanha, destacam a importância dos atores sociais para concepção do conceito em que “os fundamentos normativos da governança pública se estabelecem por um novo entendimento do Estado como agente de governança”. Complementa o estudo, pela decisiva transição do Estado gestor, com critério hierárquico, com ingerência na sociedade, para o Estado participativo, que atua em conjunto com a sociedade e demais organizações empresariais, por meio de parcerias que busquem a melhor atuação na gestão do bem público (*Ibidem*, p. 486).

Essa vertente alternativa alinha a Administração Pública às novas perspectivas, de maneira a contemplar a necessidade da relação Estado-sociedade de forma mais apropriada. Dentro desse horizonte, a gestão é encarada como “ação político-deliberativa, na qual o indivíduo participa decidindo seu destino como cidadão, eleitor, trabalhador ou consumidor; sua autodeterminação se dá pela lógica da democracia e não pela lógica do mercado” (PAES DE PAULA, 2005, p.37).

Klering, Porsse e Guadagnin (2010, p.9), por exemplo, ao avaliar a evolução dos modelos administrativos públicos, demonstraram que além dos padrões básicos de gestão (patrimonialista, burocrático e gerencial), a Administração Pública tem se direcionado para um novo modelo, que opera por meio de programas multiníveis e esferas de governo.

Esse novo direcionamento se fundamenta num padrão “societal, marcado por experiências alternativas e mais participativas de gestão pública” (*Ibidem*, 2010, p.16). A adoção de novas práticas estatais se corrobora, então, pelas ações possibilitadas pelo texto constitucional. Ou seja, com o intuito de privilegiar a realização “de parcerias internas e externas ao Estado, tanto entre os níveis de governo (vertical), quanto entre as esferas de mesmo âmbito (horizontal), bem como, com outros parceiros, mobilizados e articulados em torno de um problema de interesse público” (*Ibidem*, 2010, p.16), o Estado evidencia-se dentro de um contexto de rede, o qual favorece nova concepção entre o próprio Estado e a sociedade.

É a partir dessa nova relação (Estado x sociedade civil) que o processo se faz pragmático, haja vista que tal processo implica um “Estado mais flexível, descentralizado, consolidado em rede, existindo a participação de diversos atores” (*Ibidem*, 2010, p.16).

A partir dessa nova relação estabelecida, caminha-se para a concepção de governança corporativa aplicada na gestão pública, que se refere “à capacidade do Estado de implementar as políticas necessárias para o alcance dos objetivos comuns”, com aperfeiçoamento dos meios de interlocução dos diversos atores da sociedade, “ao passo que sejam promovidas ações que garantam a maior atuação do cidadão e responsabilização dos agentes públicos” (OLIVEIRA; PISA, 2015, p. 1264).

O Estado deixa de ser uma instituição que se diferencia de forma clara e distinta do mercado e da sociedade, como acontecia no caso do governo tradicional. Estado, mercado, redes sociais e comunidades constituem mecanismos institucionais de regulamentação, que se articulam em diferentes composições ou arranjos. (KISSLER; HEIDEMANN, 2006, p. 482)

Para Bresser-Pereira (2008, p. 400), a governança envolve um processo mais amplo do que o de governo, na medida em que transmite a ideia de que “as organizações públicas não estatais ou as organizações da sociedade civil, empresas comerciais, cidadãos individuais e organizações internacionais também participam do processo de tomada de decisões”.

Nesse contexto, denota-se que a Administração Pública utiliza de diversas práticas oriundas da governança corporativa. Contudo, há de se destacar a postura assumida pela sociedade civil nesse processo. O papel da sociedade, mecanismo fiscalizador dos atos de gestão, como parte interessada a legitimar as ações da Administração.

O conceito de stakeholder favoreceu o reconhecimento dos atores sociais que interagem, possuem interesses associados ou interferem nas decisões da empresa. As empresas passaram, então, a desenvolver estratégias de relacionamento com o público interessado (SAUERBRON; SAUERBRON, 2011, p.440).

Seja no setor público ou no setor privado, as funções básicas da governança são as mesmas: gestão de políticas governamentais, o exercício do poder e o controle na sua aplicação, a participação dos *stakeholders*, a conciliação dos interesses internos e/ou externos, a transparências e lisura das ações, a prestação de contas, entre outras (BENEDICTO; GUIMARÃES JÚNIOR, PEREIRA; ANDRADE, 2013, p.290). É possível dizer, assim, que a qualidade de uma administração está sendo avaliada por critérios mais técnicos e menos políticos.

As sociedades definem os mecanismos pelos quais seus governantes são monitorados, por meio de um conjunto de regras formais resultantes da interação dos diferentes atores sociais. O exercício e o cumprimento da lei são função tanto do aparato legal existente, como a própria pressão informal exercida pela sociedade no cumprimento e melhoria dessas regras. (MACHADO FILHO, 2016, p. 33)

No tocante à atividade administrativa e procedimentalização, Justen Filho (2014, p. 353) ressalta que a atividade administrativa impõe, antes de outras iniciativas, que a Administração Pública promova consulta ao público, enquanto “ideia-mestra a contemporânea cidadania”. Daí decorre a necessidade de divulgar a instauração de procedimento destinado a editar normas regulamentares sobre temas determinados.

Conclui novamente o autor (*Ibidem*, 2014, p. 680) que submeter decisões a consultas públicas não se constitui em mera liberalidade do governante. Trata-se de imposição constitucional, eis que “o art. 1º, parágrafo único, da Constituição consagra a soberania popular e prevê a participação popular na adoção de decisões públicas”.

Como atores do meio ou mesmo no interesse da coisa pública, a atuação como cidadãos conscientes dos seus direitos, mas também dos seus deveres e, agentes protetores do meio ambiente, inclusive de forma proativa, demonstrando cidadania, civismo, ética e defesa do meio ambiente, que são assim, comportamentos essenciais e eficazes para que a comunidade se aperfeiçoe dentro de um mecanismo administrativo satisfatório.

Igualmente atores de interesse de todos, os agentes públicos, devem pautar suas ações como exemplares na medida em que a natureza pública das funções implica uma maior responsabilidade perante o bem-estar da sociedade.

Diante disso, a base de todas as atividades desenvolvidas pelos atores deve se pautar pelos princípios socialmente responsáveis, disseminando uma visão organizacional e social de interesse público fundamental para a sociedade.

O que deve se levar em conta, nessa perspectiva, é a satisfação dos grupos ou indivíduos que podem ser afetados pela postura da organização ou, no caso, tomada de decisão/ação pela Administração Pública.

## Conclusões articuladas

A discussão proposta visou elencar brevemente alguns pontos-chaves para compreensão:

1. a partir da Constituição de 1988, novos direitos surgiram, advindos do próprio ideal de democracia encartado pelo texto constitucional, entre eles o controle sobre a Administração Pública eficiente, atuação ética e de integridade, gestão transparente, com participação efetiva da sociedade, consagrando a soberania popular;

2. o mais moderno princípio da Administração não se contenta com que a função pública seja desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório para seus membros;

3. o tema “governança” não simboliza um modismo efêmero. Por meio do diálogo entre os teóricos, evidenciou-se a importância das técnicas de governança corporativa que devem ser aplicadas à Administração Pública. Dessa forma, contribui para a percepção do fenômeno jurídico enquanto modificador e garantidor de um elemento ativo de realização do bem comum, visto que, ao se adotarem programas de governança, tem-se o mecanismo de “eficiência social”, permitindo o melhor uso dos recursos em atendimento às exigências da população, combatendo o gasto indevido e deliberado de verbas. A governança corporativa pressupõe que a transparência na gestão leva à transparência na condução de determinada organização, coaduna, pois, com o texto constitucional;

4. a eficiência é vista como instrumento de efetivação da cidadania contra falhas e omissões do Estado, e repercute diretamente na melhoria da gestão da coisa pública. Assim, aproximando o tema à proposta deste artigo, tem-se que a eficiência adquiriu força normativa autorizou a utilização de mecanismos adequados à estreita gestão do bem público, promovendo a gestão da Administração Pública de forma sustentável;

5. a atuação do agente público deve se orientar, cada vez mais, pela adoção de políticas governamentais de cuidado, que assegurem a execução dos serviços públicos com presteza e perfeição, bem como a própria proteção da Administração e de seus dirigentes da prática de delitos e atos de improbidade, minimizando riscos de eventual responsabilidade funcional;

6. atuação do *stakeholders* sociais, com a participação popular na adoção de decisões públicas, enquanto mecanismo fiscalizador dos atos de gestão como parte interessada a legitimar as ações da administração; logo, a sociedade define os mecanismos pelos quais seus governantes são monitorados;

7. A temática apresentada, fundamentada, em linhas gerais, pautou-se na investigação de um conceito de corporação e eficiência que se amolde ao modelo de gestão contemporâneo, enquanto fomentador da política de desenvolvimento sustentável, mostra-se extremamente relevante na medida em que o dever de uma “administração de qualidade” é um objetivo e uma razão de ser do Estado brasileiro.

## Referências

- BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**, 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BENEDICTO, Samuel C. de; GUIMARÃES JÚNIOR, Ernani de Souza; PEREIRA, José Roberto; ANDRADE, Gustavo Henrique Nogueira. Governança corporativa: uma análise da aplicabilidade dos seus conceitos na administração pública. **Organizações Rurais & Agroindustriais**, v. 15, n. 2, 2013, p. 286-300.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O modelo estrutural de gerência pública. **Revista de Administração Pública**, v. 42, n. 2 2008, p. 391-410.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 26. ed., São Paulo: Atlas, 2013.
- FERNÁNDEZ, Rosario Valpuesta. La responsabilidad social corporativa: una reflexión. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**. Curitiba, PUCPR, v.3, n.1, jan./jun. 2012, p. 169-202.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- KISSLER, Leo e HEIDEMANN, Francisco G. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade? **Revista de Administração Pública – RAP**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, mai./jun. 2006, p. 479-499.
- KLERING, Luis Roque; PORSSE, Melody de Campos Soares; GUAGAGNIN, Luis Alberto. **Novos caminhos da Administração Pública Brasileira**. Porto Alegre, v. 21, n. 1, jan./jun. 2010, p. 4-17.
- MACHADO FILHO, Cláudio Antônio Pinheiro. Governança e responsabilidade corporativa: interface e implicações no ambiente contemporâneo. In: FARIAS, Luiz Alberto de; LOPES, Valéria de Siqueira Castro (Orgs.). **Comunicação, governança e organizações**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2016.
- MATIAS-PEREIRA, José. A governança corporativa aplicada no setor público brasileiro. **Administração Pública e gestão social**, v.2, n.1, 2010, p.109-134.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 20. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.
- OLIVEIRA, Antonio Gonçalves de; PISA, Beatriz Jackiu. IGovP: índice de avaliação da governança pública — instrumento de planejamento do Estado e de controle social pelo cidadão. **Revista de Administração Pública – RAP**, Rio de Janeiro, v.49, n.5, set./out. 2015, p.1263-1290.
- PAES DE PAULA, A. P. Administração pública brasileira entre o gerencialismo e a gestão social. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 45, n. 1, jan./mar. 2005, p. 36-49.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e a lei anticorrupção nas empresas. **Revista de informação legislativa**, v. 52, n. 205, jan./mar. 2015, p. 87-105.
- ROSSIGNOLI, Marisa; SOUZA, Francielle Calegari de. O princípio constitucional da livre concorrência frente à política do desenvolvimento sustentável. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 7, n. 1, 2019, p. 388-415.

SAUERBRONN, Fernanda Filgueiras; SAUERBRONN, João Felipe Rammelt. Estratégias de Responsabilidade Social e Esfera Pública: um Debate Sobre *Stakeholders* e Dimensões Sociopolíticas de Ações Empresariais. **Revista de Administração Pública**, v.45, n.2, 2011, p.435-458.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ROSELEN, André Vinícius. Governança do estado e o direito (dever) à boa administração pública: a regra da observância aos preceitos constitucionais. **Revista Argumentum**, v. 18, n. 3, set./dez. 2017, p. 665-678.

# **Petição 2579/2018-BCB/PGBC**

Memorial apresentado pelo Banco Central, perante a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 307.108/RJ, que sustenta a constitucionalidade do art. 38 da Lei 8.880, de 27 de maio de 1994, uma das leis de instituição do Real.

**Lucas Farias Moura Maia**

Procurador-Chefe do Banco Central

**Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho**

Subprocurador-Geral do Banco do Brasil

**Flavio José Roman**

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

**Marcel Mascarenhas dos Santos**

Procurador-Geral do Banco Central, substituto

RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 307.108/RJ. RECORRENTE: ADIPAR DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA. RECORRIDO: BANCO CENTRAL DO BRASIL. CONSTITUCIONALIDADE E LEGITIMIDADE DO PLANO REAL, NOTADAMENTE DO ART. 38 DA LEI Nº 8.880, DE 27 DE MAIO DE 1994.

PAUTA DE JULGAMENTOS DA PRIMEIRA TURMA  
29 de maio de 2018  
Terça-feira, 14h

Eminente Ministro,

ADIPAR Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários insurge-se, por meio de recurso extraordinário, contra acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região que, em sede de apelação em mandado de segurança, determinou, por unanimidade, a aplicação imediata sobre os investimentos em títulos públicos detidos pela empresa, a partir de julho de 1994, do indexador IGP-2, que media a variação de preços em URV e Real. De fato, aquela Corte Federal entendeu que o art. 38 da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994, foi editado, exatamente, para regular a supressão, no dia 1º de julho de 1994, do índice denominado IGP-M, que restou destituído de qualquer sentido, por conta da proibição, a partir da referida data, do curso legal do Cruzeiro Real.

2. O acórdão da apelação, DJ de 17 de novembro de 1998, desafiado por embargos declaratórios opostos pela recorrente e rejeitados pelo Tribunal Regional, em decisão unânime, teve ementa vazada nos seguintes termos:

*“FINANCEIRO – TÍTULOS DO TESOURO NACIONAL – APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI Nº 8880/94 – PLANO REAL – ÍNDOLE ECONÔMICA – ART. 48, XIII E XIV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.*

*I – A questão volta-se à caracterização da natureza dos contratos com prazo certo em face à edição da lei de ordem pública ou direito econômico que reformou e reestruturou todo o sistema monetário.*

*II – A lei questionada nos autos, introduzindo o ‘real’ como moeda oficial, mantendo sua quase imunidade ao fenômeno inflacionário, não mais pode ser considerada como dirigismo contratual e seus efeitos operam ex tunc, aplicando-se aos contratos em vigor e em plena curva de aperfeiçoamento.*

*III – A Lei 8177/91, artigo 2º, § 2º item I possibilitava a atuação do IGPM como indicador da correção das Notas do Tesouro Nacional.*

*IV – Por seu turno o art. 38 da Lei 8880/94 textualmente alterou a lei antes referida, afastando a possibilidade e proibiu mesmo sua utilização.*

*V – Os contratos de aplicação financeira constituem-se em fases distintas e complexas, daí que somente se aperfeiçoam e consomem no termo determinado, mormente em que se têm os contratos como consumados ou constitutivos de direitos, dependentes da condição temporal.*

*VI – Diante de norma de caráter econômico emergencial (Constituição Federal art. 48, XIII e XIV), impõe-se a aplicação imediata do indexador pelos novos parâmetros que medem a variação de preços em URV e Real, sendo clara a interpretação quanto a que o art. 38 da Lei 8880/94 destina-se a regular a supressão dos índices até então utilizados.”* (Destques acrescidos).

3. A recorrente sugere que a aquisição das Notas do Tesouro Nacional (NTNs) constituiria contrato de trato sucessivo, vale dizer, ato jurídico perfeito, fato que lhe asseguraria, ao menos em suas equivocadas ilações, a utilização permanente do IGP-M como índice de correção monetária, razão por que a eventual aplicação do art. 38 da Lei nº 8.880, de 1994, no negócio em apreço, configuraria violação da garantia constitucional do direito adquirido, consagrada no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal (CF).

4. Tendo em vista o mérito deste recurso extraordinário guardar conexão com a ADPF 77, o então relator Ministro Joaquim Barbosa determinou em 7 de dezembro de 2009 o sobrestamento do feito, até a conclusão do julgamento da mencionada ADPF.

5. Todavia, ao apreciar petição da parte recorrente, o atual relator, Ministro Marco Aurélio, determinou a continuidade do processamento do RE, argumentando ter perdido eficácia a medida de urgência implementada na ADPF, consoante interpretação estrita do art. 21, parágrafo único, da Lei nº 9.868, de 1999.

6. A Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) e a Advocacia-Geral da União (AGU) peticionaram no presente RE sustentando a prevalência do processo objetivo de constitucionalidade e requerendo a submissão do RE ao julgamento pelo Plenário da Suprema Corte. Entretanto, o relator, Ministro Marco Aurélio, indeferiu o pedido do Banco Central.

7. Por fim, registre-se que o RE foi incluído em pauta da Primeira Turma, com previsão de julgamento para o dia 29 de maio de 2018.

### *Considerações iniciais e equívoco metodológico no cálculo do chamado IGP-M “cruzeirizado”*

8. Urge demonstrar, de plano, o desacerto da postulação recursal: a recorrente pleiteia a decretação da inconstitucionalidade (CF, art. 5º, inciso XXXVI) do art. 38 da Lei nº 8.880, de 1994, para o fim de, no vencimento e pagamento das NTNs de sua titularidade à época, obter a atualização monetária dos referidos títulos com a aplicação do IGP-M para os meses de julho e agosto de 1994, utilizando, respectivamente, os índices de 40,00% e 7,56%.

9. Todavia, feito o exame das disposições contidas na Lei nº 8.880, de 1994, reguladoras do denominado de “Plano Real”, despontará incontestemente a inviabilidade de provimento do pedido *ut supra* aventado, sobretudo ao se tomar em conta as ponderações exaradas nos seguintes tópicos.

10. De início, convém recordar que uma das principais inovações do “Plano Real” foi a criação, em 1º de março de 1994, da Unidade Real de Valor (URV), nova unidade monetária que, em um primeiro momento, serviria, exclusivamente, como padrão de valor monetário, sendo que, a partir de 1º de julho daquele ano, passaria também a ser dotada de poder liberatório (curso forçado), com a mudança de sua denominação para “Real”.

11. Como se pode perceber, a partir de 1º de março de 1994 (até 30 de junho do mesmo ano), passou a existir singular situação no âmbito do Sistema Monetário Nacional, vale dizer: havia a prescrição legal da existência de duas diferentes unidades monetárias para servir como padrão de valor – a URV e o Cruzeiro Real –, mas somente o Cruzeiro Real, até 30 de junho de 1994, poderia ser utilizado para fins liberatórios (meio de pagamento), na forma do art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.880, de 1994.

12. Ora, a existência nos meses de março a junho de 1994, dessa duplicidade monetária (para fins de padrão de valor), deu azo à medição, pelos diversos institutos de pesquisas, da inflação ocorrida nas duas “moedas”, tendo a Fundação Getúlio Vargas (FGV) optado por divulgar dois índices de variação de preços para o referido período, o IGP-M, que media a inflação em Cruzeiro Real, e o IGP-2, que expressava a inflação em URV, utilizando os mesmos critérios de aferição do IGP-M (período de coleta de dados, cesta de mercadorias, ponderação dos itens da cesta).

13. No dia 1º de julho de 1994, como visto, a URV passou a ser denominada “Real” (art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.880, de 1994), constituindo, por expressa determinação do art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.880, de 1994, a única moeda com poder liberatório (curso forçado) no âmbito do Sistema Monetário Nacional. Segue-se, do exposto, que, nos quatro meses anteriores à data de emissão do Real (1º de julho de 1994), era possível calcular preços e comparar valores tanto em Cruzeiro Real como em URV (Real). Todavia, jamais isso poderia ser feito após o dia 1º de julho de 1994 (data de emissão do Real), já que, a partir daquela data, não mais seria factível expressar a inflação em Cruzeiro Real, em face da inexistência de tal moeda, que vigorou apenas até 30 de junho de 1994.

14. Nesse contexto, é relevante observar que a FGV, além de divulgar o IGP-2, expressando a inflação em Real para os meses de julho e agosto de 1994 (nos valores de 4,33% e 3,94%), resolveu também calcular o chamado IGP-M “cruzeirizado” (ou a “provável” inflação em Cruzeiro Real, se ele continuasse existindo), buscando “aferir” (na verdade, arbitrar), por meio de critérios presuntivos, como se daria a variação dos

preços em Cruzeiro Real, nos meses de julho e agosto de 1994, período, é bem de ver, em que não ocorriam – como de fato não ocorreram – transações na referida moeda extinta. Ressalte-se, por necessário, que a tentativa empreendida pela FGV configurou retumbante equívoco conceitual. Com efeito, para calcular o IGP-M de ação prolongada (meses de julho e agosto de 1994), a FGV utilizou preços praticados em Real “convertendo-os” em Cruzeiro Real por meio do artifício de multiplicá-los pelo valor da URV em 1º de julho, data da primeira emissão da nova moeda, partindo da equivocada premissa de que, dali em diante, os fatores de conversão ficariam constantes, fato que se entremostrou completamente incorreto. Tanto assim, que, passados apenas dois meses (julho e agosto) do uso prolongado do IGP-M com base em preços “cruzeirizados”, a FGV reconheceu que não havia lugar para dois índices, extinguindo o nome IGP-2 e voltando a utilizar a designação IGP-M, agora para o cálculo da inflação na nova moeda, por entender que era o único procedimento que fazia sentido desde a instituição do Real.

15. Como decorrência natural do exposto, deve-se firmar a seguinte conclusão: era e é de todo impossível, à mingua de fundamento econômico, medir a inflação em Cruzeiro Real, a partir de 1º de julho de 1994. Com efeito, qualquer tentativa de consecução desta tarefa esbarraria em flagrante impossibilidade lógica, qual seja: a completa inexistência de transações efetuadas na cogitada moeda. Deveras, qualquer cálculo executado para atingir esse fim estaria impregnado de incontrastável arbitrariedade, haja vista que seria realizado, inexoravelmente, a partir de dados fictícios (preços em Real multiplicados pelo fator de conversão do dia da mudança da moeda), imprestáveis, portanto, para medir a grandeza econômica colimada (inflação em Cruzeiro Real). Assim, não há o menor sentido em se pretender utilizar o chamado IGP-M “cruzeirizado” como índice de correção monetária das operações com NTNs, nos meses de julho e agosto de 1994, sobremodo porque, como é de todo conhecido, a unidade de conta “Cruzeiro Real” não mais existia naquele período.

16. Só por isso, há de ficar evidente a despropositada pretensão da recorrente: **o cálculo da correção monetária dos meses de julho e agosto de 1994, mediante a comparação de preços em moedas diferentes**. Em verdade, a declaração de inconstitucionalidade do art. 38 da Lei nº 8.880, de 1994, postulada pela ADIPAR, nada mais significa do que pretender que a inflação em Real seja calculada tomando por base preços presumivelmente “praticados” em Cruzeiro Real, num período em que a moeda de paradigma sequer existia e que, de fato, nada poderia comprar. Certamente a empresa recorrente não estaria buscando essa pretensão se o cálculo do IGP-M “cruzeirizado” elaborado de modo equivocado pela FGV tivesse resultado em valores menores que o índice oficial de inflação, o que denota, em verdade, mero oportunismo da empresa, que insiste em arbitragem entre índice de inflação real e índice imaginário em que somente ela ganha e o Estado sempre perde.

17. Não bastasse, contudo, o descabimento de se pleitear a aplicação de índice de correção imprestável sob a ótica da ciência econômica, calculado, como visto, sem o menor rigor metodológico, inexistiria, como se verá a seguir, qualquer ofensa à garantia de inviolabilidade do ato jurídico perfeito ou do direito adquirido do recorrente.

### *A atuação do Estado para preservar o sinalagma contratual e a segurança jurídica*

18. O recorrente sustenta, como principal linha de argumentação, que o art. 38 da Lei nº 8.880, de 1994, afrontaria o art. 5º, inciso XXXVI, da CF, por pretensa violação ao ato jurídico perfeito (contrato) e ao direito adquirido (correção monetária pelo IGP-M).

19. O recorrente, contudo, ignora que os referidos direitos fundamentais, quando em causa a alteração de padrão monetário, resguardam o equilíbrio contratual e seus resultados econômicos e não a manutenção formal do índice de correção. Assim, a jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal:

“O contrato visa a produção de resultados econômicos, em relação aos quais as partes entraram em um acordo. Esse acordo substancial entre as partes é que se preserva.”<sup>11</sup>

20. Por exemplo, preservar o acordo substancial das partes é o que faz o Juiz, em ação revisional, aplicando a teoria da imprevisão para corrigir prestação tornada excessivamente onerosa. Nunca se discutiu, apesar disso, a constitucionalidade do art. 480 do Código Civil, que autoriza a adoção dessa medida pelo Poder Judiciário.

21. Num ambiente inflacionário, os agentes de mercado se antecipam, recíproca e defensivamente, a atualizações que sabem inevitáveis. Essa constante antecipação defensiva, induzida pela indexação, faz de cada ocasional aumento passado o mínimo que se espera para o futuro (componente inercial). Ocorre que, com o advento do Plano Real, houve brusca queda da espiral inflacionária e consequente quebra da expectativa fática dos agentes de mercado. Não fossem as medidas de transição ora questionadas, ter-se-ia o enriquecimento sem causa do credor, que se beneficiaria de índices já totalmente desligados do novo cenário econômico.

22. Com a aplicação da teoria da imprevisão, busca-se, justamente, corrigir prestação tornada excessivamente onerosa, preservando-se, por conseguinte, o ato jurídico perfeito. Do mesmo modo, num cenário de inflação alta, é necessária a criação por lei de índices de deflação monetária, com imediata incidência sobre contratos em curso, também para preservar a equivalência das prestações e, por conseguinte, o ato jurídico perfeito. Logo, pelos mesmos motivos que fundamentam a teoria da imprevisão, deve ser declarada legítima a lei que, de forma preventiva e atingindo a generalidade das relações jurídicas, promove ajuste na expressão monetária de obrigações, para preservar a substância dos ajustes e o equilíbrio entre as partes em novo cenário econômico.

23. Nesse sentido também a jurisprudência que, ao longo dos anos, foi sempre reafirmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal (v. g., STF, 2ª T., RE n.º 105.137-0/RS, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA, j. 31.5.1985, p. 15.994, STF, 1ª T., RE n.º 114.982-5/RS, Rel. Min. MOREIRA ALVES, j. 30.10.1990, DJU 1º.3.1991, p. 1.808, STF, Pleno, RE n.º 206.048-8/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. NELSON JOBIM, j. 15.8.2001, DJ 19.10.2001, p. 49, STF, Pleno, RE n.º 136.901-9, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. NELSON JOBIM, j. 15.3.2006, DJ 2.6.2006, p. 5, STF, Pleno, ADI n.º 608-8, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 31.5.2007, DJU 17.8.2007, p. 22, STF, 2ª T., AgR no AI n.º 213.649-4/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO, j. 18.3.2008, DJe-097 divulg. 29.5.2008, public. 30.5.2008).

24. Assim, não se pode enxergar na cláusula da inviolabilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito uma faculdade do credor de manter, em detrimento do devedor e **ao arrepio da lei**, índices de correção que **só cumpriam seu desiderato no contexto anterior ao da implementação do plano econômico**. Ademais, lembre-se que, neste caso, o recorrente pretende a correção por índice que existe apenas no plano das ideias, pois a moeda objeto de correção monetária, o Cruzeiro Real, já não existia.

### *Distorção retributiva e distributiva*

25. Sob outra perspectiva, impende reconhecer o atentado aos princípios de justiça retributiva e distributiva que se perpetraria com a manutenção, em novel regime monetário, de indexadores concebidos em contexto inflacionário progressivo e até mesmo pautados em moedas já inexistentes. O primeiro tipo de injustiça não é senão o já deveras explicado desequilíbrio contratual causado pela subversão dos mecanismos de correção em fatores de ganho real, de enriquecimento sem causa.

11 RE 141190, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Rel. p/ Acórdão Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 14/9/2005, DJ 26-5-2006.

26. A distorção mais grave, porém, porque prejudicial a toda a sociedade, é a que desfigura a proporção entre a proteção conferida ao interesse de determinados agentes econômicos em particular e aquela dispensada aos interesses maiores de todos os membros da sociedade no êxito de uma política pública de estabilização da moeda, bem comum por excelência, de importância capital.

27. Explica-se. Ao se considerar obstada a aplicação de regras de adaptação dos contratos em curso ao ambiente macroeconômico advindo de um plano de estabilização da moeda, sob o pálio de uma interpretação equivocada do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, inviabiliza-se, em homenagem à pretensão de alguns agentes econômicos, a política de estabilização adotada.

28. Além da evidente desproporção na substância da relação sinalagmática, além do evidente risco de inviabilizar o exitoso Plano Real, a pretensão teria forte impacto nas contas públicas, eis que, no caso de NTNs, o lado devedor é sempre a Fazenda Pública. Não por outra razão, a Secretaria do Tesouro Nacional indicou, em 2005 (há mais de uma década) que o efeito agregado dos pedidos seria bilionário: *“O custo mais imediato seria a aplicação de entendimento diverso ao estoque da dívida indexada ao IGP-M existente na época, estimado em R\$ 6,0 bilhões. O impacto de uma variação de 39% no seu valor a satisfazer as queixas na Justiça, adicionado a juros sobre 10 anos (Selic acumulada no período), seria da ordem de R\$ 33,2 bilhões.”*

### Conclusão

29. Em razão de todo o exposto, demonstrada a constitucionalidade do art. 38 da Lei nº 8.880, de 1994, resta ao Banco Central do Brasil esperar o total desprovimento do recurso extraordinário, para o fim de preservar a decisão prolatada no âmbito do acórdão guerreado, no qual se reconheceu a possibilidade da aplicação imediata, a partir de 1º julho de 1994, do indexador IGP-2, que expressou corretamente a inflação em **Real** para os meses de julho e agosto de 1994.

Brasília, 23 de maio de 2018.

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

**FLAVIO JOSÉ ROMAN**  
Procurador-Geral Adjunto do Banco Central  
Seção de Contencioso Judicial e Gestão Legal (PGA-2)  
OAB/DF 15.934

**ERASTO VILLA-VERDE DE CARVALHO FILHO**  
Subprocurador-Geral do Banco Central  
Câmara de Contencioso Judicial e Dívida Ativa (CJI-PG)  
OAB/DF 9.393

**LUCAS FARIAS MOURA MAIA**  
Procurador Chefe do Banco Central  
Procuradoria Especializada de Processos Judiciais Relevantes  
(PRJUD)  
OAB/GO 24.625

# **Petição 1008/2019-BCB/PGBC**

Memorial apresentado pelo Banco Central, perante o Tribunal de Contas da União, no Processo TC 033.263/2008-1, por meio do qual a Autarquia defende a regularidade da política cambial promovida pelo Banco Central do Brasil em janeiro de 1999.

**Frederico Bernardes Vasconcelos**

Procurador do Banco Central

**Marcel Mascarenhas dos Santos**

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

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

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

Eminente Ministro,

## I – OBJETIVO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Repise-se, na hipótese, não se verifica a ocorrência de prejuízo ao erário, mas, conforme asseverado no laudo pericial, ‘as perdas no mercado futuro corresponderam aos ganhos, também em reais, proporcionados pela manutenção das reservas em dólar não vendidas no mercado à vista, não acarretando em prejuízo ao Banco Central do Brasil (fl. 1.867).’

“Não existe o aventado prejuízo porque a conta que se faz no sistema bancário não é a mera subtração de valores – comprado por R\$ 1,32 e vendido por R\$ 1,99. A conta é outra. A autarquia teria que despende de suas reservas para resolver um problema de crise sistêmica. Preferível manter as reservas e vender um contrato futuro, pois o valor que teria a receber poderia ser alterado, assim como seria modificado o mesmo valor das reservas não utilizadas.

“Além do laudo pericial produzido e juntado aos autos, todos os pareceres de renomados economistas do País dizem exatamente a mesma coisa: não houve prejuízo! Importante consignar a correção do laudo pericial.”

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

4 Do laudo pericial extrai-se o seguinte trecho:

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

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

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

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

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

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

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

“6. *As operações cambiais, ora questionadas, foram realizadas e autorizadas por quem detinha poder e conhecimento técnico para tanto, não configurando ato discricionário, mas, ao contrário, de conduta vinculada aos ditames da lei e dos princípios basilares da administração.*”

---

pesquisas adicionais realizadas por este perito, pode-se afirmar que a situação político-econômica do Brasil em janeiro de 1999 era bastante delicada, contendo todos os ingredientes para uma crise cambial, em função das seguintes razões:

- a) Crises cambiais recentes mundo afora: México em 1994, Tigres Asiáticos (Tailândia, Indonésia, Malásia e Coréia do Sul) em 1997 e Rússia em 1998;
  - b) Rebaixamento da nota de grandes bancos estrangeiros com empréstimos no Brasil;
  - c) Moratória decretada pelo então Governador de Minas Gerais, Itamar Franco;
  - d) Elevada fuga de dólares para o exterior;
  - e) Operação emergencial acertada com o Fundo Monetário Internacional – FMI;
  - f) Perda de reservas internacionais;
  - g) Boatos de demissão do então Ministro da Fazenda Pedro Malan e do então presidente do Banco Central do Brasil, Gustavo Franco;
  - h) Renúncia do então Diretor de Fiscalização do Banco Central do Brasil, Sr. Cláudio Mauch;
  - i) Troca do Presidente do Banco Central do Brasil;
  - j) Elevada demanda por dólares para proteção (‘hedge’).” (Destakes ausentes no original.)
- 5 Ressalte-se que o órgão jurídico do BCB já havia se manifestado sobre o tema, legitimando interpretação que sustenta a atuação no mercado de câmbio da forma como feita, nos termos do Parecer DEJUR – 160/1997, de 9 de setembro de 1997, com fundamento no mencionado art. 11, inciso III, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## V – CONCLUSÕES

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

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

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

4. **A perícia técnica constatou que as operações de venda de contratos de dólar futuro seguiram os procedimentos normativos, em observância às leis e normas vigentes à época, as quais atribuíam à autarquia a competência para atuar no mercado de moeda estrangeira da forma como foi feito. Não tendo o BACEN atuado contra legem – à margem da lei na realização das atividades ou dos contratos no modo como foram firmados.**

5. **A análise do rol de atribuições inerentes aos cargos de direção da autarquia, ocupados por alguns dos requeridos, demonstra que eles, à luz dos princípios que norteiam a Pública Administração, atuaram com base na legalidade estrita e vinculada, dentro da competência atribuída por lei para a prática do ato inquinado de ilícito, sem incorrer em desvio de finalidade, pois agiram no mercado de câmbio, em conformidade com as normas cogentes.**

6. **As operações cambiais, ora questionadas, foram realizadas e autorizadas por quem detinha poder e conhecimento técnico para tanto, não configurando ato discricionário, mas, ao contrário, de conduta vinculada aos ditames da lei e dos princípios basilares da administração.**

[...]

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

[...]

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

11. **Comprovado pelo laudo pericial, complementado pelos esclarecimentos prestados pelo expert, a inexistência dos alegados prejuízos ao erário acarretados pelas operações cambiais taxadas pelo Parquet de ilegais. Confira-se: ‘as perdas no mercado futuro corresponderam aos ganhos, também em reais, proporcionados pela manutenção das reservas em dólar não vendidas no mercado à vista, não acarretando em prejuízo ao Banco Central do Brasil’ (excerto extraído do laudo pericial).**

12. **O ato administrativo era legal, o Bacen possuía autonomia para fazer o que fez, estava nos limites de sua discricionariedade técnica, porque a opção de permitir a venda de contratos de dólar futuro estava dentro da razoabilidade de uma decisão técnica bem firmada, e, principalmente, porque não gerou dano ao erário.**

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

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

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

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

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

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

Brasília, 26 de fevereiro de 2019.

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

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

## **Petição 4643/2018-BCB/PGBC**

Petição apresentada pelo Banco Central perante a 21ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, no Processo 1005334-85.2018.4.01.3400, que contesta pedido da Defensoria Pública da União de viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro, por meio do BacenJud, para assegurar o cumprimento de decisões judiciais em matéria de tutela de saúde em geral.

**Felipe de Vasconcelos Pedrosa**

Procurador do Banco Central

**Luciana Lima Rocha**

Procuradora-Chefe do Banco Central, substituta

**Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho**

Subprocurador-Geral do Banco Central

**Flavio José Roman**

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

PROCESSO N.º 1005334-85.2018.4.01.3400  
AUTOR: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
RÉUS: UNIÃO FEDERAL E OUTROS

**BANCO CENTRAL DO BRASIL**, Autarquia Federal criada pela Lei n.º 4.595, de 31.12.1964, com sede no SBS, Quadra 3, Bloco “B”, em Brasília-DF, por seus procuradores signatários (art. 17, I<sup>1</sup>, da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, c/c art. 4.º, I<sup>2</sup>, da Lei n.º 9.650, de 27 de maio de 1998, e art. 182<sup>3</sup> do Código de Processo Civil – CPC), vem, nos termos do art. 119<sup>4</sup> do CPC, **requerer seu ingresso no feito na qualidade de assistente simples da União**, oferecendo, desde já, com fulcro no art. 121<sup>5</sup> do mesmo diploma legal, **contestação** ao pedido formulado pela Defensoria Pública da União, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

**i. Síntese da demanda e dos atos processuais já praticados**

2. Inicialmente, o Ministério Público Federal (MPF) propôs ação civil pública contra a União e a Global Gestão em Saúde S.A. (Global), alegando, em síntese, (a) que a segunda ré fora contratada pela primeira, após processo licitatório, para fornecer medicamentos de alto custo (Aldurazyme, Fabrazyme e Myozyme) destinados ao atendimento de decisões judiciais; e (b) que a segunda ré, por não se adequar a exigências regulatórias, não reuniria condições jurídicas e materiais para adimplir sua obrigação. Pediu o MPF, em consequência, que a União fosse condenada (a) a rescindir o contrato administrativo; (b) a impor as penalidades cabíveis à segunda ré; (c) a providenciar a recuperação de valores já pagos à Global; (d) a convocar e contratar a segunda colocada no certame licitatório; (e) a abrir novo processo para aquisição urgente, por dispensa ou inexigibilidade de licitação, na hipótese de a segunda colocada na licitação não poder manter o preço vencedor; e (f) a adotar medidas que impeçam a futura contratação de empresas sem capacidade técnico-operacional. O MPF requereu, ainda, o deferimento de tutela de urgência de natureza antecipada e a cominação de multa diária pelo descumprimento de eventual decisão concessiva de tutela de urgência.

3. A ação foi distribuída em 16 de março de 2018 ao Juízo da 21ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

4. Liminarmente, sob o fundamento de que a ação civil pública teria a mesma causa de pedir – “o grave problema do desabastecimento nacional de medicamentos de alto custo” – de uma ação individual (Processo n.º 31713-27.2018.4.01.3400) proposta para condenar a União a fornecer medicamento de alto custo, o Juízo de primeiro grau reputou as causas conexas.

5. Decidiu, na ocasião, especificamente em relação à ação civil pública, que deixaria de recebê-la “em relação ao pedido de exclusão da empresa Global Gestão em Saúde S/A dos certames licitatórios”, pois a participação da empresa “nos referidos certames” já teria sido validada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), no Processo n.º 1003525-75.2018.4.01.0000, em que litigam a empresa Global e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

6. Decidiu também, *ex officio*, integrar a Anvisa no polo passivo da ação civil pública, “até porque [...] será destinatária da futura decisão final a ser tomada nos autos”.

7. Determinou *ex officio* à Anvisa dispensar “a exigência de declaração de pessoa jurídica detentora da regularização nas importações” dos fármacos de alto custo “a serem feitas pela empresa Global [...] para atender

1 “Art. 17 - Aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas compete: I - a sua representação judicial e extrajudicial”.

2 “Art. 4.º São atribuições dos titulares do cargo de Procurador do Banco Central do Brasil: I - a representação judicial e extrajudicial do Banco Central do Brasil”.

3 “Art. 182. Incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta”.

4 “Art. 119. Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la. Parágrafo único. A assistência será admitida em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontre”.

5 “Art. 121. O assistente simples atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido”.

às necessidades urgentes do Sistema único de Saúde (SUS) e que tenham como lastro procedimentos de contras internacionais deflagrados pelo Ministério da Saúde até o último mês de janeiro”.

8. Atribuiu *ex officio* à União “a responsabilidade civil por todo e qualquer efeito indesejado que o uso dos fármacos importados sob esta condição excepcional possa eventualmente provocar, na mesma extensão que seria atribuída à empresa detentora da declaração de exclusividade ora dispensada”.

9. Determinou *ex officio* à União que, “na hipótese da empresa Global [...] deixar de cumprir, por qualquer outro motivo que não seja o problema da declaração de exclusividade [...], as obrigações de fornecimento assumidas”, rescindisse imediatamente o contrato e aplicasse as penalidades legais.

10. Decidiu, ainda *de ofício*, que a União deveria exigir da Global “documentação hábil comprovando toda a cadeia dominial do fármaco desde a indústria” e que deveria obter, por amostragem, antes de efetivar a entrega dos fármacos, laudo técnico atestando seu padrão de qualidade.

11. Finalmente, ainda na decisão liminar, o Juízo de primeiro grau facultou ao MPF “promover a ampliação da demanda e o polo passivo da sua ação coletiva”, para “abarcas também todos os demais medicamentos órfãos que, no momento, a União deixou de fornecer em todo o País”, bem como para incluir a Anvisa. Consignou, por último, que na hipótese de o MPF não pedir a ampliação da demanda, a Defensoria Pública da União (DPU) deveria ser oficiada para promover “a defesa coletiva dos milhares de outros portadores de doenças raras”.

12. Intimado da decisão, o MPF peticionou ao Juízo, afirmando sua superveniente falta de interesse na promoção do feito, tendo em vista que “concomitantemente à propositura da presente ACP, os órgãos do Ministério da Saúde resolveram adotar providências para finalmente cumprir (ainda que parcialmente) a Recomendação nº 03/2018 [do] Parquet, havendo publicado, em 14/03/2018, nova dispensa de licitação em favor da segunda colocada no certame [...], que se dispôs a fornecer os medicamentos de alto custo pelo mesmo preço ofertado pela Global”. Ademais, “as medidas de desclassificação da empresa Global do certame licitatório já teriam sido determinadas [pelo Ministério da Saúde] e estariam em fase de cumprimento, o que deve dar azo à aplicação de penalidades, por inexecução contratual, com a consequente imposição de obrigação de devolução dos recursos públicos”. Por último, expressou o MPF não lhe parecer “conveniente nem oportuno acolher a sugestão de ampliação do objeto da presente demanda”, razão pela qual requereu expressamente homologação de sua desistência da ação civil pública, por perda de interesse processual, a extinção do feito sem resolução de mérito e a revogação expressa da decisão de antecipação da tutela.

13. Em 28 de março de 2018, foi certificado nos autos o cumprimento, pela Oficial de Justiça, do mandado de intimação da Anvisa e da União quanto ao teor da decisão liminar.

14. Em 26 de maio de 2018, a DPU peticionou no processo, requerendo substituir-se ao MPF no polo ativo da ação civil pública. Alegou ser notório o desabastecimento de medicamentos de alto custo no SUS e citou como exemplo os seguintes fármacos: Aldurazym, Soliris (Eculizumabe), Naglazyme (Galsulfase), Vimizim (Elosulfase), Translarna (Ataluren), Replagal (Alfagalsidase), Elapraxe (Idursulfase), Fabrazyme (Betagalsidade), Myozyme (Alfaglicosidase), Myalept (Mentreleptina), Juxtapid (Lomitapida), Laronidase (Aldurazyme) e Spinraza (Nusinersen). Aduziu haver descumprimento de decisões judiciais que determinam à União o fornecimento desses medicamentos e que a União alegaria, nesses casos, desabastecimento. O desabastecimento, segundo aquele órgão jurídico, derivaria de exigências impostas pela “burocracia administrativa” da Anvisa à importação de medicamentos não registrados naquele órgão de controle, reconhecidamente para definir a responsabilidade jurídica subjetiva no caso do produto importado apresentar algum vício ou risco ao usuário.

15. Sustentou a DPU que haveria verdadeira “guerra jurídica travada pela União (Ministério da Saúde) e Anvisa”, a primeira almejando cumprir as determinações judiciais com o menor custo financeiro possível, e a segunda impondo, com sua “burocracia administrativa”, a compra dos tais remédios por valor mais alto, do único fornecedor nacional autorizado.

16. A DPU, ademais, sob a justificativa de estar buscando a tutela do direito subjetivo à saúde dos

substituídos, teceu série de considerações sobre a responsabilidade solidária dos entes federados em efetivar aquele direito social; sobre a inaplicabilidade da reserva do possível, por não se poder “*importar preceitos de direito comparado sem se atentar para as peculiaridades jurídicas e sociológicas de cada País*”; a respeito da necessidade de o Estado garantir com seus recursos, prioritariamente, o mínimo existencial; sobre suposta necessidade de o Estado comprovar de modo objetivo sua “*incapacidade econômico financeira*”, sob pena de o Judiciário poder incluir políticas públicas nos planos orçamentários do ente político.

17. Com base nessas considerações, pediu que se determinasse à Anvisa, em caráter excepcional, a dispensa da “*exigência de declaração da pessoa jurídica detentora da regularização nas importações dos fármacos especiais*” mencionados no parágrafo 14, “*no tocante às importações feitas pela União para atender às necessidades urgentes do Sistema Único de saúde e que tenham como lastro procedimento de compras internacionais deflagrados pelo Ministério da Saúde até o mês de janeiro de 2018, sem prejuízo de futura extensão da tutela de urgência para os meses seguintes*” (**pedido nº 1**).

18. Aduziu ainda a DPU que a legislação permitiria a importação de fármacos de alto custo, diretamente pelo paciente, sem a necessidade da declaração antes referida. Nesses casos, afirmou o órgão, a responsabilidade por eventuais danos causados à saúde seria do próprio paciente. Com base nessa premissa, e na de que a União descumpriria sistematicamente “*decisões judiciais em matéria de tutela da saúde*”, pediu – sem muito apego à lógica, vale dizer – a responsabilização da União por eventuais danos causados aos enfermos que utilizarem esses remédios de alto custo, obtidos por decisão judicial (**pedido nº 2**); pediu também tutela mandamental para que se determinasse à União “*que, antes de efetivar a distribuição/entrega de tais fármacos, dever[ia] obter, por amostragem, em cada lote, laudo técnico (a ser elaborado por laboratório especializado) atestando que os medicamentos a serem entregues à população correspondem ao produto adquirido e atendem aos mesmos padrões de qualidade*” (**pedido nº 3**); e pediu que se determinasse à União exigir “*da empresa fornecedora documentação hábil comprovando toda a cadeia dominial do fármaco desde a indústria, cujos dados dever[iam] ser conferidos por servidor do setor de compras do Ministério da Saúde*” (**pedido nº 4**).

19. No que particularmente interessa ao Banco Central, alegou a DPU (a) ser “*absolutamente pacífica*” a jurisprudência pátria “*no sentido de possibilitar ao juízo o bloqueio de verba pública necessária à aquisição do medicamento/ insumo na iniciativa privada pelo próprio jurisdicionado*”; e (b) que a “*sistemática do BacenJud não tem viabilizado aos juízes federais a opção de bloqueio de verba pública da União*”. Pediu, em consequência, “*para viabilizar o sequestro/bloqueio de verba pública (via BacenJud)*”, a concessão de tutela mandamental para “*obrigar a União a criar uma conta bancária devidamente identificada, vinculada ao Ministério da Saúde, e que [fosse] a União compelida ao depósito da quantia [...] reputa[da] necessária para viabilizar o sequestro/bloqueio de verba pública do referido ente federal para assegurar o cumprimento das decisões judiciais em matéria de tutela de saúde em geral [...], fixando desde logo e com prudência lastro mínimo nessa conta, o qual uma vez atingido restará automaticamente obrigada a União ao depósito de valores complementares de sorte a recompor esse lastro, de modo a permitir que os juízes possam valer-se do sequestro de verba pública da União sempre que reputarem necessário, determinando, ainda, que a própria União oficie todos os juízes federais informando os dados da referida conta em cumprimento à essa decisão judicial*” (**pedido nº 5**).

20. Finalmente, requereu a DPU que se atribuíssem “*efeitos nacionais*” à sentença a ser proferida e que se antecipassem seus efeitos, em razão de suposta urgência.

21. É preciso, desde já, realçar que a concessão da tutela mandamental (pedido nº 5) referida no parágrafo 19 não importa no reconhecimento ou na satisfação de direito à saúde. Ela visa, em verdade, a supostamente garantir a efetividade de outros processos judiciais não determinados, presentes ou futuros. Caso o pedido objetivasse garantir tutela já concedida em processos presentes, em que o direito à efetividade processual houvesse sido lesado ou ameaçado pela demora da União em cumprir decisões judiciais, poder-se-ia, até mesmo, falar que a DPU pretende, com essa demanda, tutelar de modo específico direito individual homogêneo à tutela cautelar. Entretanto, como o pedido visa a assegurar também direitos que sequer existem concretamente, pode-se deduzir que a pretensão é de criação de norma geral e abstrata, com incidência

imediatamente aos processos em curso. As consequências jurídico-processuais desse fato serão analisadas adiante.

22. Após o pedido de ingresso da DPU, o juízo proferiu nova decisão, em 18 de maio de 2018, (a) excluindo o MPF do processo; (b) deferindo a sucessão processual requerida pela DPU; (c) determinando novamente a inclusão da Anvisa no polo passivo da ação, sem justificar o porquê de praticar o ato processual repetidamente; (d) ampliando o objeto da demanda, para incluir as questões deduzidas pela DPU e que o próprio juízo havia sugerido na decisão anterior; (e) proferindo tutela declaratória antecipada (!) para reconhecer, ainda antes da apresentação das contestações, “que há base legal para se aplicar o bloqueio eletrônico como medida adicional garantidora do cumprimento de decisões judiciais” e “que, nos termos das normas legais de regência, é errônea a afirmação de que o Princípio do Entesouramento (conta única no Bacen) impediria a sujeição da União àquela medida adicional de cumprimento das decisões judiciais”; e (f) concedendo tutela antecipada “para determinar que a União, no prazo de 60 dias úteis, [...] crie mecanismo administrativo capaz de permitir a efetivação do direito dos jurisdicionados (que contra ela movem ações inerentes aos programas de responsabilidade do SUS) de obter o bloqueio eletrônico de valores sempre que restar configurada situação de descumprimento de decisões judiciais”.

23. Na decisão, estabeleceu-se ainda que o tal mecanismo administrativo a ser criado pela União poderia ser a “simples inclusão do Banco Central do Brasil no rol das instituições financeiras” alcançadas pelo sistema BacenJud, ou “a criação e manutenção de ao menos uma conta bancária junto à Caixa Econômica Federal, vinculada ao Ministério da Saúde, para que, em situações de descumprimento injustificado de decisões judiciais na seara da execução dos programas do SUS, o respectivo juízo interessado possa, então, se valer do sistema do BacenJud para bloquear quantia financeira suficiente capaz de viabilizar o imediato adimplemento indireto da obrigação de fazer anteriormente por ele já reconhecida”.

24. Ademais, estabeleceu-se na decisão que ela teria eficácia nacional e que a União deveria manter “saldo permanente entre R\$ 30 e 50 milhões de reais” à disposição do Judiciário para garantir “que os usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) de todo o Brasil pass[em] a ter, definitivamente, respeitadas e cumpridas as ordens judiciais expedidas no bojo das suas respectivas ações propostas contra a União em qualquer parte do território nacional”, ao menos até que a Conta Única do Tesouro seja passível de bloqueios por meio do BacenJud.

25. Decidiu-se, de mais a mais, fixar multa diária de um milhão de reais para a hipótese de descumprimento das ordens pela União e advertiu-se que, se fosse frustrada qualquer determinação, seriam bloqueados depósitos judiciais e extrajudiciais efetivados em favor da União junto à Caixa Econômica Federal.

26. Em nenhuma passagem da decisão foi analisada a incidência ou aplicabilidade das normas constitucionais que vedam “a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais” (art. 167, II), “a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa” (art. 167, VI), “a concessão ou utilização de créditos ilimitados” (art. 167, VII), ou “a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa” (art. 167, IX). Menos ainda se analisou a conformação do direito constitucional à saúde ou a necessidade aventada pela doutrina especializada de que o conteúdo de sua prestação seja definida pelo legislador e por programas governamentais, sempre pressupondo seu caráter universalizável.

27. Em 18 de maio de 2018 foram intimados da decisão o MPF e a União. A Anvisa foi intimada em 22 de maio de 2018.

28. O Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos no Estado de São Paulo (Sindusfarma) requereu o ingresso no feito, na qualidade de litisconsorte passivo, para defender o interesse das empresas substituídas.

29. Em 27 de junho de 2018 as liminares deferidas pelo juízo tiveram seus efeitos suspensos pela Presidência do TRF1, ao fundamento de que causariam “grave lesão à economia e à ordem públicas, sob o viés da ordem administrativa”.

30. Em 29 de junho de 2018 a Anvisa apresentou contestação.

31. Em 3 de julho de 2018, foi a vez da União. Alegou a União, em síntese, (a) que a desistência fundada do Ministério Público deveria ter levado à extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 5º, § 3º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei que disciplina a ação civil pública – LACP); (b) que a Defensoria Pública não teria demonstrado ser a adequada representante dos interesses por ela defendidos; (c) que a

concessão liminar de tutela de urgência teria violado o art. 2º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992; (d) que não se deveria admitir o aditamento da inicial para se formular pedidos novos, sem conexão com os inicialmente feitos, por constituir burla à garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII, da Constituição); (e) que a maior parte dos remédios de alto custo demandados judicialmente da União não teriam eficácia cientificamente comprovada, nenhum teria efeito curativo, a maior parte não teria sido submetida a registro na Anvisa pelo laboratório fabricante, nem a possibilidade de serem incorporados ao SUS teria sido examinada pelo órgão legalmente competente (a CONITEC); (f) que a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, não atribuiria ao Ministério da Fazenda o dever de prestar diretamente ao cidadão nenhuma obrigação relacionada ao direito à saúde, incumbindo-lhe somente financiar programas e repassar recursos; (g) que eventual demora no cumprimento de decisões judiciais estaria mais ligada à incompreensão do Judiciário acerca da estrutura e das funções legais do Ministério; (h) que a União não poderia ser responsabilizada por óbitos que venham a ocorrer, tendo em vista que os medicamentos não teriam eficácia comprovada ou curativa; (i) que o deferimento do pedido de operacionalização de bloqueios na Conta Única do Tesouro feriria os princípios da unidade da tesouraria, da legalidade, da segurança orçamentária, da impenhorabilidade dos recursos públicos, da gestão fiscal planejada e responsável, da supremacia do interesse público sobre o particular e da separação dos poderes; (j) que seria inútil incluir-se o Banco Central como destinatário de ordens de bloqueio na Conta Única transmitidas pelo BacenJud; (l) que eventuais bloqueios gerariam descontrole contábil; (m) que as exceções legais ao princípio da unidade da tesouraria, aventadas pelo juízo, não dispensariam prévia previsão orçamentária; (n) que a constituição vedaria a criação de fundo sem autorização legislativa; (o) que a União não teria, nos termos da legislação aplicável, disponibilidade sobre os depósitos judiciais e extrajudiciais; (p) a desproporção da multa fixada para a eventualidade de descumprimento de decisão judicial e a necessidade de ela ser paga mediante precatório.

32. Finalmente, em 29 de julho de 2018, o Conselho Federal de Medicina solicitou seu ingresso no feito, na qualidade de *amicus curiae*.

## ii. Alegações do Banco Central

33. Deste ponto em diante, após (a) breves considerações sobre a natureza da “demanda” concernente à viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro, passa-se a sustentar as razões porque o Banco Central entende (b) ter interesse jurídico no processo, devendo ser admitido como assistente simples da União; (c) faltar competência absoluta ao juízo para processar a “demanda”; (d) ser inepta a petição inicial, por lhe faltar causa de pedir em relação ao pedido de viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro, ou seja, por faltar mínima descrição de direito concreto violado ou ameaçado – pressuposto básico para toda e qualquer atividade de natureza jurisdicional; (e) que a DPU não tem legitimidade ou interesse processual em relação ao pleito de viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro, pois a medida requerida não visa à tutela de direito concreto coletivo ou individual; (f) ser vedada a cumulação, no mesmo procedimento, dos pedidos formulados; (g) serem nulos todos os atos processuais posteriores à primeira decisão liminar, por descumprimento, pelo juízo, do princípio da ação ou da inércia; (h) não ser possível à DPU ampliar objetiva ou subjetivamente a demanda, por ela ter se estabilizado com a anterior ciência inequívoca que a União teve do processo, certificada nos autos em 28 de março de 2018; (i) ser improcedente o pedido em exame, em virtude de a norma abstrata pleiteada contrariar materialmente a Constituição.

34. Quanto a outras matérias que o Banco Central poderia alegar, deixará de fazê-lo, por já terem sido suscitadas pelo ente que a autarquia pretende assistir neste processo, a União, a cuja contestação se reporta como se seus fundamentos integrassem a presente petição.

35. Passa-se, portanto, a minudenciar cada uma das alegações referidas acima.

### ii.a. Breves considerações sobre a “demanda” concernente à viabilização de bloqueios na Conta

## Única do Tesouro

36. Muitas vezes, a complexidade e a variedade dos fatos e das pretensões deduzidos em juízo dificulta a tarefa de identificar o contorno de cada uma das demandas cumuladas num mesmo processo.

37. No caso dos autos, o MPF ajuizou ação civil pública, aduzindo que a União teria deixado de cumprir deveres impostos pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de licitações e contratos da Administração Pública), e pedindo, ao final, o cumprimento específico daqueles deveres. Os deveres imputados pelo MPF à União, em sua maioria, não se correlacionam com nenhum direito **individual** subjetivo; eles têm como contraface direitos titularizados pelo conjunto da sociedade e são chamados pela doutrina jurídica brasileira, ao menos desde o fim da década de 1970<sup>6</sup>, de interesses ou direitos *difusos*.

38. Os direitos difusos, por sua própria natureza, são titularizado por **coletividades**, não são divisíveis e são insusceptíveis de apropriação individual<sup>7</sup>. Segundo Barbosa Moreira, “a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, ipso facto, lesão da inteira coletividade”<sup>8</sup>. Todas essas características dos direitos difusos são, também, dos direitos coletivos *stricto sensu*, e a nota distintiva daqueles está na indeterminabilidade dos componentes do grupo que os titulariza, enquanto os direitos coletivos *stricto sensu* têm como titular coletividade com membros determináveis. Por não serem passíveis de apropriação individual, direitos difusos e coletivos *stricto sensu* são também chamados de direitos metaindividuais ou transindividuais.

39. Pois bem. O processo, que antes veiculava pretensões relacionadas a direitos difusos, após ter seu objeto alterado para se incluir o pedido, dirigido contra a União, de viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro, incorporou pretensão relacionada a direitos individuais homogêneos.

40. Explica-se. O pedido de viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro, feito em caráter principal, tem por alegado escopo **assegurar** a efetividade de determinações judiciais, dadas em outros processos, para que a União forneça medicamentos de alto custo a jurisdicionados. Os remédios, deduz-se do que já se expôs, só poderiam ser apropriados de forma individual por cada jurisdicionado e satisfariam, portanto, direito individual de cada um deles à saúde. No requerimento em análise, contudo, não se pede a satisfação do direito material à saúde; pede-se, isso sim, instrumento para **garantir** o resultado útil de outros processos em que aquele direito material é pleiteado; pede-se, noutras palavras, criação de mecanismo para viabilizar a concessão de tantas medidas cautelares quantos sejam os processos, **presentes e futuros**, em que se tenha concedido ou se venha a conceder tutela mandamental para que a União forneça remédios de alto custo. Eventual procedência do pedido significaria, pois, viabilizar a realização de supostos direitos individuais à concessão de medida cautelar – bloqueio de valores na Conta Única –, e não do direito material à saúde em si.

41. Como o direito à tutela cautelar deriva do direito de ação previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição, e de seu corolário direito à efetiva tutela jurisdicional<sup>9</sup>, ele não é – diferentemente de direitos processuais – titularizado pelo substituto processual, mas pelo próprio titular do direito material ameaçado ou violado<sup>10</sup>. Assim, a DPU, com seu pedido, pretende tutelar coletivamente supostos direitos individuais homogêneos a provimento jurisdicional cautelar.

42. De se lembrar, ademais, advertência feita por Teori Albino Zavascki no sentido de que a

6 É o que se extrai de levantamento feito por José Carlos Barbosa Moreira (A **proteção jurídica dos interesses difusos**. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43129>>. Acesso em 31/07/18).

7 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 38-46.

8 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A proteção jurídica dos interesses difusos**. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43129>>. Acesso em 31/07/18.

9 Segundo Fredie Didier Jr., “[o] direito à tutela jurisdicional, o direito a um procedimento adequado, direito a técnicas processuais adequadas para efetivar o direito afirmado, o direito à prova e o direito de recorrer são corolários do direito de ação” (O **direito de ação como complexo de situações jurídicas**. Disponível em <[https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/12/2012\\_12\\_7389\\_7407.pdf](https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/12/2012_12_7389_7407.pdf)>. Acesso em 31/07/18).

10 Também segundo Pontes de Miranda, “quando se propõe uma ação, qualquer que seja, exerce-se a pretensão **pré-processual**, que é a pretensão à tutela jurídica” (Tratado das Ações, tomo I. Campinas: Bookseller, 1998, p. 109 – destaque acrescido).

qualificação de homogêneos não altera nem pode desvirtuar a natureza dos direitos subjetivos individuais. A homogeneidade dos direitos individuais não os transforma em direito coletivo, em uma nova espécie de direito material. Segundo o citado jurista, “os direitos individuais homogêneos são aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art. 46 do CPC [de 1973] (nomeadamente em seus incisos II e IV), cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo”<sup>11</sup>.

43. Da inarredável conclusão de que a DPU, com seu pedido, pretende tutelar coletivamente supostos direitos individuais homogêneos a provimento jurisdicional cautelar, bem como de outras premissas fáticas e jurídicas expostas de maneira tópica, deduzem-se série de preliminares, suscitadas logo após a demonstração de interesse jurídico reflexo do Banco Central no feito.

### ii.b. O interesse jurídico reflexo do Banco Central na “demanda” concernente à viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro

44. Segundo o art. 164, § 3º, da Constituição, “[a]s disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central” (destaque acrescido). Destarte, por ser o Banco Central depositário dos valores que estão na Conta Única, eventual procedência do pedido de viabilização de bloqueios na referida conta atinge, sem margem para dúvidas, o dever-poder cometido à Autarquia de “ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acrescidos, quando o exija o depositante” (art. 629 do Código Civil).

45. O interesse jurídico da Autarquia em que a sentença seja favorável à União é, pois, manifesto, facultando o art. 119 do CPC que o Banco Central intervenha no processo para assisti-la, na qualidade de **assistente simples**.

46. É na qualidade de assistente da União, portanto, que se alegam as seguintes questões, até o momento não trazidas aos autos de forma minudente.

### ii.c. Incompetência absoluta do Juízo para processar a “demanda”

47. Como se deixou antever acima (parágrafo 21), ao pedir a viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro para acautelar processos pendentes e futuros, a DPU não pleiteia **ato jurisdicional**.

48. Costumava-se dizer, na trilha de Carnelutti, que a Jurisdição visa à solução de **lides**, ou seja, a compor conflitos de interesse qualificados por uma **pretensão resistida**. Nas palavras de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, seria

*“sempre uma insatisfação que motiva a instauração do processo. O titular de uma pretensão (penal, civil, trabalhista, tributária, administrativa, etc.) vem a juízo pedir a prolação de um provimento que, eliminando a resistência, satisfaça a sua pretensão e com isso elimine o estado de insatisfação”* (destaque acrescido)<sup>12</sup>.

49. Essa concepção inspirou a redação dos textos constitucionais anteriores<sup>13</sup>, mas não encontra mais respaldo na Carta em vigor. A Constituição de 1988, com efeito, em seu art. 5º, XXXV, garantiu aos cidadãos tutela jurisdicional contra “ameaça a direito”, autorizando que batassem à porta do Judiciário mesmo antes da violação do direito – e do conseqüente surgimento da pretensão à sua satisfação<sup>14</sup> –, para pleitear, por exemplo, como de certa forma já permitia a legislação infraconstitucional, tutela declaratória ou tutela preventiva (inibitória).

50. Apesar das mudanças verificadas, algo permaneceu intocado no que diz respeito à atividade jurisdicional:

<sup>11</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 39-40.

<sup>12</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 132.

<sup>13</sup> As Constituições de 1964 e de 1967, por exemplo, dispunham que “[a] lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (art. 141, § 4º, da Constituição de 1946 e art. 150, § 4º, da Constituição de 1967).

<sup>14</sup> Segundo o art. 189 do Código Civil, “violado o direito, nasce para o titular a pretensão [...]”.

ela pressupõe, sempre, **relação jurídica controvertida**<sup>15</sup>. O exercício da função jurisdicional requer, assim, alegação de ocorrência de fato previsto no suporte fático de determinada norma e, a partir da incidência desta norma, do conseqüente surgimento de direitos e deveres unido duas ou mais pessoas (relação jurídica); bem como alegação de controvérsia acerca da existência e do modo de ser dessa relação jurídica, perante o Poder Judiciário. Esse é o posicionamento de Teori Albino Zavascki, além dos por ele citados Carnelutti e Pontes de Miranda, *in verbis*:

*“A atividade jurisdicional exercida em qualquer processo de conhecimento visa a um objetivo específico: uma sentença de mérito. E em toda sentença de mérito há um componente essencial, de natureza declaratória: a declaração de certeza a respeito da existência ou da inexistência ou, ainda, do modo de ser de uma relação jurídica. Nela haverá, portanto, um juízo que contém ‘declaração imperativa de que ocorreu um fato ao qual a norma vincula um efeito jurídico’ [Carnelutti, Francesco. Instituciones del Proceso Civil, v. 1. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1986, p. 69]. Realmente, as relações jurídicas têm sua existência condicionada à ocorrência de uma situação de fato [...] que atrai e faz incidir a norma jurídica. Esse fenômeno de incidência produz efeitos de concretização do direito, formando normas jurídicas individualizadas, contendo as relações jurídicas e seus elementos formativos: os sujeitos, a prestação, o vínculo obrigacional. [...] Trabalhar sobre as normas, os fatos e as relações jurídicas correspondentes é trabalhar sobre o fenômeno jurídico da incidência, e daí a acertada conclusão de Pontes de Miranda: ‘Nas ações de cognição (...) há enunciado sobre incidência (toda aplicação da lei é enunciado sobre incidência)’. A exigência de que a petição inicial indique, necessariamente, ‘o fato e os fundamentos jurídicos do pedido’ (CPC [de 1973], art. 282, III) reflete o que acabou de ser dito: ao demandar, o autor deve descrever a sua versão sobre o fenômeno da incidência a ser apreciado pelo juiz.”<sup>16</sup>*

51. O pedido de viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro, contudo, não se adequa a essa premissa, pois não é acompanhado da indispensável alegação de relação jurídica controvertida. A DPU, em seu petitório, requer a atribuição de efeitos jurídicos – o reconhecimento do direito à medida cautelar de bloqueio – até mesmo para decisões judiciais que não existem, mas que, porventura, possam vir a existir.

52. Ao desvincular seu pedido de uma relação jurídica controvertida, a DPU intenta, na verdade, que o Judiciário discipline determinada questão de modo abstrato, invadindo competência típica dos Poderes Legislativo e Executivo. A Constituição, com efeito, só autoriza que o Judiciário crie normas abstratas em excepcionálíssimas situações, como, por exemplo, na elaboração dos regimentos internos dos tribunais e na aprovação de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, reservando a competência ordinária para a criação daquelas normas aos poderes majoritários, o Legislativo – que as cria, por exemplo, por meio de emendas à Constituição e leis – e o Executivo – que as faz por meio de medidas provisórias, decretos autônomos e no exercício do poder regulamentar. Segundo Teori Albino Zavascki, “a natureza do processo jurisdicional cognitivo, como atividade vinculada a relações jurídicas decorrentes de fatos específicos (acontecidos ou na iminência de acontecerem e que geram ou podem gerar fenômenos de incidência), distingue a atividade do juiz e a do legislador, a função jurisdicional e a função legislativa”<sup>17</sup>. Embora o eminente jurista refira-se a fatos “na iminência de acontecerem” como sujeitos à incidência normativa, ele explica na mesma obra, bem como em sua dissertação de mestrado<sup>18</sup>, que fatos iminentes só podem ser considerados pela atividade jurisdicional em situações excepcionálíssimas, quando a relação jurídica controvertida for permanente ou de trato sucessivo. Nesses casos excepcionais, o suporte fático é complexo e parte de seus elementos precisa, de qualquer forma, já ter ocorrido concretamente. No presente

15 Nesse sentido, LUCIANO, Pablo Bezerra. A relevância do conceito de relação jurídica para a compreensão da natureza do controle concentrado de constitucionalidade. *Revista da Procuradoria Geral do Banco Central*, vol. 9, n. 2, dez. 2015. Brasília: BCB, 2015, p. 77-104.

16 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 261-262.

17 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 263.

18 ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia da Sentença na Jurisdição Constitucional*. Disponível em <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/2521/000275909.pdf>>. Acesso em 6/8/2018.

caso, todavia, não se alega relação jurídica permanente ou de trato sucessivo.

53. Tendo em vista essa necessária vinculação da função jurisdicional a uma relação jurídica controvertida, mesmo nas sentenças dadas em ação civil pública ou em ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos a decisão tem de se ater a questão concreta, a fatos que aconteceram. Embora a legislação atribua àquelas sentenças eficácia *erga omnes*, apta a alcançar uma universalidade de sujeitos, não lhes permite o disciplinamento abstrato de fatos ainda não ocorridos. Não é outra a razão, aliás, de se proibir o ajuizamento daquelas ações para se questionar lei em tese, conforme esclarece Teori Albino Zavascki:

*“Também nas ações destinadas a tutelar direitos transindividuais (ações civis públicas, ações populares) o processo cognitivo guarda as características acima assinaladas. Nelas, como em qualquer outro caso, a atividade jurisdicional cognitiva consiste no exame de fatos e dos efeitos jurídicos decorrentes da incidência de normas, do que resultará uma sentença fazendo juízo de certeza sobre a existência ou não da norma concretizada e das obrigações e prestações que dela decorrem. [...]*

É igualmente incabível ação civil coletiva contra lei em tese. Há, aqui, todavia, uma peculiaridade que merece atenção. A atividade cognitiva, nas ações coletivas destinadas a tutelar direitos subjetivos individuais, tem a característica especial de resultar em sentença genérica, que não enfoca situação individual de cada um dos substituídos no processo. Mas **não se pode confundir sentença genérica com sentença sobre norma jurídica em abstrato**. Sentença genérica é a que faz juízo sobre apenas alguns dos elementos da relação jurídica concreta, e não sobre todos eles. Mesmo assim, todavia, esse juízo, ainda que parcial, sobre a norma concretizada, decorre – e, portanto, supõe a existência – de uma determinada situação de fato que produziu ou que ameaça produzir a lesão aos direitos subjetivos tutelados.

[...] Também as sentenças genéricas produzidas no âmbito das ações civis coletivas para tutelar direitos individuais homogêneos fazem juízo de certeza, ainda que parcial, sobre relações jurídicas concretas, nascidas de específicas situações de fato. A norma jurídica, portanto, é apenas fundamento para a decisão, nunca seu objeto. O exame de validade ou do conteúdo de preceito normativo serve como elemento para o juízo de declaração a respeito da existência ou inexistência da relação jurídica, ou seja, dos efeitos que a sua incidência, sobre o suporte fático, produziu no mundo jurídico.

Cumpra ao autor das ações coletivas, portanto, indicar na petição inicial, o fato concreto e atual que causou ou está em vias de causar a lesão aos direitos subjetivos individuais tutelados na demanda. **Mesmo quando dispensado de nomear e qualificar os titulares do direito à proteção ou à reparação pretendida, não está o autor autorizado a formular pretensões baseadas, simplesmente, em fatos hipotéticos ou fatos futuros, cuja ocorrência, ainda que provável, seja incerta**. Sobre tais fatos hipotéticos não se produziu, nem se pode assegurar que se produzirá, o fenômeno da incidência nem, conseqüentemente, o nascimento de qualquer relação jurídica. **Estabelecer disciplina sobre fatos futuros é papel do legislador, não do juiz**. Eventual sentença de procedência de pedido com tais características teria caráter eminentemente normativo, porque examinaria e interpretaria a lei em sua moldura abstrata. Seria, portanto, sentença com eficácia semelhante à de um preceito normativo, cujo trânsito em julgado acabaria por vincular inclusive os demais órgãos do Poder Judiciário, mesmo os de hierarquia superior, impedidos que ficariam, em casos futuros, de dar à norma interpretação diferente da determinada pela sentença proferida na sentença.”<sup>19</sup> (destaques acrescentados).

54. Extraí-se, portanto, que se o juízo atender ao pedido formulado e “viabilizar” o bloqueio na Conta Única para processos pendentes e futuros, ele ultrapassará os limites do poder jurisdicional que lhe foi atribuído e estará exercendo, sem competência legal nem constitucional, função legislativa ou regulamentar.

#### ii.d. Inépcia da petição inicial por lhe faltar causa de pedir em relação ao pedido de viabilização

<sup>19</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 264-268.

## de bloqueios na Conta Única do Tesouro

55. Como se explicou anteriormente, a DPU não pede a viabilização de bloqueios na Conta Única para proteger **direitos** já existentes de provável ameaça ou de violação.

56. Calha rememorar o pedido feito pela DPU: “*obrigar a União a criar uma conta bancária devidamente identificada, vinculada ao Ministério da Saúde, e que [fosse] a União compelida ao depósito da quantia [...] reputa[da] necessária para viabilizar o sequestro/bloqueio de verba pública do referido ente federal para assegurar o cumprimento das decisões judiciais em matéria de tutela de saúde em geral [...], fixando desde logo e com prudência lastro mínimo nessa conta, o qual uma vez atingido restará automaticamente obrigada a União ao depósito de valores complementares de sorte a recompor esse lastro, de modo a permitir que os juízes possam valer-se do sequestro de verba pública da União sempre que reputarem necessário, determinando, ainda, que a própria União oficie todos os juízes federais informando os dados da referida conta em cumprimento à essa decisão judicial*” (destaque acrescido).

57. Vê-se, pois, ratificando-se o que se disse acima, que a DPU não pede ao Judiciário que decida relação jurídica controvertida, mas que crie norma abstrata, inclusive para disciplinar fatos futuros.

58. O CPC, por outro lado, exige que o autor exponha na inicial “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido” (art. 319, III, do CPC), ou seja, o fato jurídico (causa de pedir remota) e a relação jurídica que dele nasce (causa de pedir próxima). A DPU, quanto ao pedido em comento de viabilização de bloqueios, não se desincumbiu do ônus de expor o fato jurídico, nem, por óbvio, de narrar eventual direito dele nascido, merecedor de proteção jurisdicional.

59. Para o exercício da jurisdição, todavia, é preciso que se requeira a tutela de direito **concreto**, já incorporado no patrimônio jurídico do autor ou do substituído, e que esteja sob ameaça ou tenha sido violado. Por não ter assim procedido a DPU, deve-se considerar inepta sua petição quanto ao ponto, nos termos do art. 330, § 1º, I do CPC (“[c]onsiderar-se-á inepta a petição inicial quando [...] lhe faltar pedido ou **causa de pedir**” – destaque acrescido), indeferindo-a, nos termos do art. 330, I, do CPC (“[a] petição inicial será indeferida quando [...] for inepta”).

### ii.e. Falta de legitimidade e de interesse da DPU em relação ao pleito de viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro, por ausência de alegação de direito violado ou ameaçado

60. Também por não alegar relação jurídica e pleitear, na verdade, o disciplinamento abstrato de medida contra o Poder Público, a DPU não satisfaz às condições da ação (legitimidade das partes e interesse processual).

61. Como já se explicou, mesmo em ação civil pública ou em demanda coletiva, o legitimado extraordinário só pode pleitear, em nome dos substituídos, tutela de **direito existente**. Vejam-se, uma vez mais, as precisas palavras de Zavascki: “*Mesmo quando dispensado de nomear e qualificar os titulares do direito à proteção ou à reparação pretendida, não está o autor autorizado a formular pretensões baseadas, simplesmente, em fatos hipotéticos ou fatos futuros, cuja ocorrência, ainda que provável, seja incerta. Sobre tais fatos hipotéticos não se produziu, nem se pode assegurar que se produzirá, o fenômeno da incidência nem, conseqüentemente, o nascimento de qualquer relação jurídica. Estabelecer disciplina sobre fatos futuros é papel do legislador, não do juiz*”<sup>20</sup>.

62. Por outro lado, como se deduz da petição da DPU, seu pleito é para que se assegurem, até mesmo, direitos eventuais e futuros (“*assegurar o cumprimento das decisões judiciais em matéria de tutela de saúde em geral*”). Para pedidos desse jaez, é ostensiva, portanto a ilegitimidade ativa daquele órgão, devendo-se extinguir a correspondente demanda sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC.

63. Não se extrai da inicial, ademais, a utilidade ou a necessidade do provimento requerido para a tutela de algum direito concreto que tenha sido alegado como causa de pedir, já que, como se expôs, não se alega fato jurídico concreto (decisões existentes que tenham sido descumpridas ou que estejam ameaçadas em seu

<sup>20</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 267.

cumprimento) nem relação jurídica que teria dele se originado (direito à cautela derivado daqueles fatos).

64. Assim, por não ter a DPU afirmado nenhuma relação jurídica controvertida em relação ao pedido de bloqueios na Conta Única, *ipso facto*, não demonstrou seu interesse processual na concessão da tutela, devendo-se, por mais essa razão, extinguir a “demanda” sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC.

#### ii.f. Vedação à cumulação, no mesmo procedimento, dos pedidos formulados

65. A DPU, em sua petição, cumulou pedidos de tutela satisfativa, como o de determinação à União para “*que, [...] obt[ivesse], por amostragem, em cada lote, laudo técnico (a ser elaborado por laboratório especializado) atestando que os medicamentos a serem entregues à população correspondem ao produto adquirido e atendem aos mesmos padrões de qualidade*”, com o de tutela cautelar para que se viabilizasse “*o sequestro/bloqueio de verba pública do referido ente federal para assegurar o cumprimento das decisões judiciais em matéria de tutela de saúde em geral*”.

66. A cautelar requerida, como já dito acima, guarda referibilidade com direitos individuais à saúde a serem tutelados **em outros processos**, pendentes ou futuros. Pode-se dizer, portanto, que a cautelar é **requerida em caráter antecedente** ao menos em relação aos processos futuros em que se fizer necessário assegurar “*decisões judiciais em matéria de tutela de saúde em geral*”.

67. Esclarecido o ponto, deve-se ainda observar que o art. 301 do CPC, que outorga ao juiz poder geral de cautela, deve ser lido conjuntamente com os demais dispositivos do capítulo legal em que foi inserido. Assim, por aquele artigo prever a possibilidade de o juiz conceder “*tutela de urgência de natureza cautelar [...] para asseguarção do direito*” (destaque acrescido) e em razão de o art. 300 do CPC autorizar a concessão de “*tutela de urgência*” quando houver “*risco ao resultado útil do processo* [leia-se: do **mesmo** processo]” (destaque acrescido), tem-se que a regra geral é a de o juiz só poder conceder medida cautelar, com fundamento em seu poder geral de cautela, no bojo do mesmo processo em que se pretende satisfazer o direito material.

68. Há, todavia, exceção expressa à regra geral. O CPC admite a possibilidade de a medida cautelar ser efetivada antes mesmo de ajuizada a ação satisfativa, desde que o interessado ingresse com “*procedimento de tutela cautelar requerida em caráter antecedente*”, previsto nos arts. 305 a 310 do CPC.

69. A pergunta que se deve formular, então, é a seguinte: há possibilidade de se cumular nesta ação civil pública pedido de tutela coletiva cautelar em caráter antecedente?

70. Segundo o art. 327, § 2º, do CPC, a cumulação de pedidos de procedimentos diferentes só é permitida “*se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum*”.

71. Ainda que se considere “comum” o procedimento da ação civil pública, não se afigura lícita a formulação, em seu bojo, de pedido de tutela cautelar em caráter antecedente. É que pelo procedimento previsto nos arts. 305 a 310 do CPC instituem-se mecanismos para preservar características essenciais da tutela cautelar – a **referibilidade** ao pedido de tutela satisfativa e a **temporiedade** de seus efeitos<sup>21</sup> – que são incompatíveis com o procedimento da ação civil pública. O legislador previu, por exemplo, no art. 308 do CPC, que “*efetivada a medida cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar*”.

72. Supondo-se, assim, que seja julgado procedente o pedido de viabilização de bloqueios e tendo em vista a pleiteada atribuição de eficácia nacional ao julgamento, todas as ações “*em matéria de tutela de saúde em geral*” teriam de ser apresentadas nos mesmos autos da ação civil pública e a medida cautelar só manteria sua eficácia para aquelas ajuizadas em até 30 dias após a efetivação da cautelar. Um completo *non sense* processual.

73. Tendo em vista, pois, a completa inadequação da ação civil pública para veicular pedido de tutela

21 Segundo Fredie Didier Jr., a tutela cautelar “é, necessariamente, uma tutela que se refere a outro direito, distinto do direito à própria cautela”. Além disso, ela só “*dura o tempo necessário para a preservação a que se propõe*” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2, 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 562-563).

coletiva cautelar em caráter antecedente, impõe-se a extinção da “demanda” em análise, sem apreciação do mérito, por ausência de requisito de constituição e desenvolvimento válido (compatibilidade procedimental), nos termos do art. 485, IV, do CPC.

### ii.g. Impossibilidade de a DPU ampliar objetiva ou subjetivamente a demanda após a União ter sido formalmente cientificada do processo

74. A tentativa da DPU de ampliar a demanda inicialmente proposta pelo MPF não poderia ter contado com a aquiescência do juízo, tendo em vista que a União foi efetivamente citada no momento em que teve ciência inequívoca do processo. Como relatado, em 28 de março de 2018 foi certificado nos autos o cumprimento, pela Oficial de Justiça, do mandado de intimação da Anvisa e da União quanto ao teor da decisão liminar.

75. Segundo Nelson Nery Jr., “a partir do momento em que o réu tem ciência inequívoca da ação ocorre a citação”. Não por outra razão, aliás, “o comparecimento espontâneo do réu ou do executado supre a falta ou a nulidade da citação, fluindo a partir desta data o prazo para apresentação da contestação ou embargos à execução” (art. 239, § 1º, do CPC).

76. Realizada a citação, portanto, era vedado à DPU, conforme deflui do art. 329 do CPC<sup>22</sup>, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento do réu.

77. Mesmo que não tivesse havido citação da União, seria vedado à DPU deduzir, no mesmo processo, novas demandas não conexas às anteriormente propostas pelo MPF.

78. Com efeito, a garantia constitucional do juiz natural, implícita nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição<sup>23</sup>, compreende, segundo Luigi Ferrajoli, “a necessidade de que o juiz seja pré-constituído pela lei e não constituído post factum”<sup>24</sup>.

79. Desse mandamento, tem-se que, após a propositura da ação, a alteração ou a adição do pedido ou da causa de pedir só é válida se não gerar nova demanda **ou se a demanda gerada for conexa à anterior**. Na hipótese de conexão, as próprias regras de competência interna determinam que o segundo processo seja reunido ao primeiro para julgamento conjunto pelo juízo prevento (arts. 57 e 58 do CPC). Havendo, contudo, demanda nova não conexa à anterior, os referidos arts. 57 e 58 não incidem, e a causa terá de ser distribuída segundo os critérios ordinários de distribuição, de maneira a evitar que o juízo seja estabelecido *post factum*.

80. A regra segundo a qual a alteração ou a adição do pedido ou da causa de pedir só é válida se não gerar nova demanda ou se a demanda gerada for conexa à anterior, **dedutível de princípios e normas positivadas no nosso ordenamento**, inspirou o legislador de 1973 a dispor, no art. 294 do CPC ab-rogado, que “quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só por ação distinta poderá formulá-lo”. O texto legal não teria sido compreendido pelos operadores do direito, que enxergaram nele contradição com que dispunha o então vigente art. 264 (“Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei”) e, em 1993, foi alterado para facultar-se ao autor, antes da citação, “aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa”. Contudo, nem a mencionada alteração promovida nem a ausência no CPC atual de dispositivo análogo ao antigo art. 294 do CPC de 1973 excluem de nosso ordenamento o princípio do juiz natural ou as regras que lhe são imanentes.

81. De volta ao exame da “demanda” concernente à viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro, vê-se, contudo, não ser ela conexa às que foram inicialmente formuladas. As demandas originais tinham como causa de pedir o descumprimento pela Global de obrigações previstas no contrato administrativo firmado com a União. O pedido de viabilização de bloqueios, por outro lado, não tem causa de pedir, como

22 “Art. 329. O autor poderá: I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu; II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.”

23 “Art. 5º [...] XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; [...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

24 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – teoria geral do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 472.

se apontou acima, e, mesmo que tivesse, ela estaria de alguma forma relacionada ao descumprimento, pela União, de decisões proferidas em processos judiciais que discutissem “*matéria de tutela de saúde em geral*”.

82. Esse novo pedido, portanto, se pudesse ser formulado, teria de sê-lo em processo novo, cuja distribuição obedecesse às regras de competência interna previstas na legislação processual.

83. Assim, como a União já havia sido citada antes de a DPU pleitear a ampliação da demanda, a ampliação encontra-se vedada pelo art. 329 do CPC, devendo-se extinguir o feito sem apreciação do mérito, por ausência de requisito de constituição e desenvolvimento válido, nos termos do art. 485, IV, do CPC. Ainda que a citação tivesse sido posterior ao pedido da DPU, a ampliação estaria vedada por mandamento contido no princípio do juiz natural, devendo-se, de qualquer forma, extinguir o feito sem apreciação do mérito, por ausência de requisito de constituição e desenvolvimento válido, nos termos do art. 485, IV, do CPC.

#### **ii.h. Nulidade de todos os atos processuais posteriores à primeira decisão liminar, por descumprimento, pelo juízo, do princípio da ação ou da inércia**

84. Como relatado, na primeira decisão que proferiu no processo, antes ainda do ingresso da DPU no feito, o juízo, *ex officio*, (a) decidiu integrar a Anvisa no polo passivo da ação civil pública, “*até porque [...] será destinatária da futura decisão final a ser tomada nos autos*”; (b) determinou à Anvisa dispensar “*a exigência de declaração de pessoa jurídica detentora da regularização nas importações*” dos fármacos de alto custo “*a serem feitas pela empresa Global [...] para atender às necessidades urgentes do Sistema Único de Saúde (SUS) e que tenham como lastro procedimentos de contras internacionais deflagrados pelo Ministério da Saúde até o último mês de janeiro*”; (c) atribuiu à União “*a responsabilidade civil por todo e qualquer efeito indesejado que o uso dos fármacos importados sob esta condição excepcional possa eventualmente provocar, na mesma extensão que seria atribuída à empresa detentora da declaração de exclusividade ora dispensada*”; (d) determinou à União que, “*na hipótese da empresa Global [...] deixar de cumprir, por qualquer outro motivo que não seja o problema da declaração de exclusividade [...], as obrigações de fornecimento assumidas*”, rescindisse imediatamente o contrato e aplicasse as penalidades legais; e (e) decidiu que a União deveria exigir da Global “*documentação hábil comprovando toda a cadeia dominial do fármaco desde a indústria*” e que deveria obter, por amostragem, antes de efetivar a entrega dos fármacos, laudo técnico atestando seu padrão de qualidade.

85. Ainda que eventual procedência dos pedidos formuladas pelo MPF de alguma forma interferissem na esfera jurídica da Anvisa, o que a decisão nem de longe demonstrou, ainda assim não caberia ao Juízo, de ofício, integrar aquela autarquia no processo ou fazer-lhe qualquer tipo de determinação. É regra basilar do processo civil brasileiro a que veda ao juiz “*conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte*” (art. 141 do CPC). O próprio CPC, por outro lado, estabelece no parágrafo único do art. 115 que “*nos casos de litisconsórcio passivo necessário, o juiz deteminará ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de extinção do processo*” (destaques acrescidos).

86. Da combinação desses dois dispositivos, portanto, tem-se que o juiz tinha somente uma conduta a seguir, se entendesse que a Anvisa deveria ser parte no processo: intimar o MPF para aditar a inicial, requerendo a citação daquela autarquia, **sob pena de extinção do processo**.

87. Deixando de ater-se à lei, o juízo acabou por ampliar de ofício a demanda, tanto subjetiva – impondo ao autor que litigasse contra quem ele não queria litigar – como objetivamente – determinando que a Anvisa deixasse de cumprir obrigação a ela imposta pela legislação. Desrespeitou também, por consequência, a regra insculpida no art. 492 do CPC, segundo a qual “*é vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado*”.

88. Nem se diga que as medidas adotadas pelo Juízo se justificariam por serem necessárias à efetivação de eventual tutela inibitória requerida pelo MPF contra a União. **Primeiro**, porque, de fato, a inclusão da Anvisa e a determinação contra ela dirigida não tinham relação direta com os pedidos feitos pelo MPF; **segundo**, porque, se tivessem, deveria o juízo tê-la demonstrado – justificando a necessidade das medidas

adotadas para a efetivação dos direitos difusos inicialmente pleiteados –, o que nem de longe tentou fazer; **terceiro**, porque, ainda que se admita a possibilidade de se provocar interferência na esfera jurídica de alguém para se conceder tutela inibitória ao autor, o alguém teria de ser, necessariamente, o réu, nunca um terceiro que não foi demandado. É essa a respeitável opinião de Marinoni, para quem “*a inibitória [...] deve ser imposta ao réu dentro dos limites necessários à prevenção do ilícito*” (destaque acrescido)<sup>25</sup>.

89. As medidas adotadas ilegalmente pelo Juízo, ademais, não podem ser convalidadas/aproveitadas somente por terem sido pleiteadas pela DPU em momento posterior, já que elas denotam completa quebra do dever de imparcialidade, imprescindível para se garantir um processo **justo**<sup>26</sup>.

90. Aliás, essa atuação voluntariosa do juízo, ampliando de maneira indevida a demanda, antecipando na decisão liminar que a Anvisa seria destinatária de determinada decisão final e sugerindo ao MPF e à DPU a formulação de pedidos para dar, *a posteriori*, respaldo à ampliação da demanda, encaixa-se numa das hipóteses estabelecidas pelo CPC para que o juiz declare-se suspeito – aí, sim, de ofício. Diz o art. 145 do CPC: “*há suspeição do juiz: [...] II – que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio*” (destaque acrescido).

91. Assim, apontadas nulidades insanáveis no primeiro momento em que foi dado ao Banco Central falar nos autos, impõe-se a imediata decretação dos atos já praticados e a extinção do processo sem resolução do mérito, por falta de requisitos de constituição e desenvolvimento válido.

### **ii.i. Improcedência do pedido, por não ter a DPU demonstrado violação ou ameaça a direito**

92. Foi amplamente demonstrada a completa inviabilidade do pedido concernente aos bloqueios na Conta Única do Tesouro.

93. Contudo, ainda que todas as preliminares fossem afastadas – o que só se admite em atenção ao princípio da eventualidade –, melhor sorte não teria a DPU no que tange ao mérito.

94. Com efeito, a criação da norma abstrata proposta pela DPU, além de não ser possível no exercício da função jurisdicional, contrariaria materialmente inúmeros princípios e regras constitucionais, como bem expôs a União em sua defesa. Reiteram-se, pois, nessa oportunidade, todos os argumentos de mérito aduzidos pelo ente assistido, para se concluir pela necessidade de, eventualmente, julgar-se improcedente a demanda de viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro.

### **iii. Pedidos**

95. Em razão do exposto, pede-se a admissão do Banco Central no processo, na qualidade de assistente simples da União.

96. Pede-se, ademais, a extinção da “demanda” concernente à viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro, por incompetência absoluta do juízo para disciplinar questão de maneira abstrata.

97. Subsidiariamente, pede-se o indeferimento da petição inicial, em relação àquela “demanda”, por inépcia, tendo em vista a ausência de causa de pedir.

98. Subsidiariamente, pede-se a extinção do processo, sem apreciação do mérito, por ausência de legitimidade e interesse processual da DPU.

99. Subsidiariamente, pede-se a extinção do processo, sem apreciação do mérito, por ausência de requisito de constituição e desenvolvimento válido do processo, tendo em vista a incompatibilidade do

<sup>25</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 432.

<sup>26</sup> Segundo Cândido Rangel Dinamarco, a imparcialidade “**é um dos mais significativos atributos do correto exercício da jurisdição**” (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 6ª ed. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 227).

procedimento da ação civil pública para veicular pedido de tutela coletiva cautelar em caráter antecedente.

100. Subsidiariamente, pede-se a extinção do processo, sem apreciação do mérito, por ausência de requisito de constituição e desenvolvimento válido do processo, tendo em vista a impossibilidade de ampliação da demanda pela DPU, seja porque a União fora citada anteriormente, seja porque a ampliação constitui burla ao princípio do juiz natural e às regras que lhe são iminentes.

101. Subsidiariamente, pede-se a decretação de nulidade dos atos processuais, desde a primeira decisão proferida nos autos, bem como a extinção do processo sem apreciação do mérito, por falta de requisitos de constituição e desenvolvimento válido do processo, em razão de se ter violado os princípios da demanda e da imparcialidade, bem como regras que lhes são iminentes.

102. Subsidiariamente, pleiteia-se julgamento pela improcedência do pedido concernente à viabilização de bloqueios na Conta Única do Tesouro, acolhendo-se as alegações da União, encampadas por este seu assistente.

**FLAVIO JOSÉ ROMAN**

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central  
Seção de Contencioso Judicial e Gestão Legal (PGA-2)  
OAB/DF 15.934

**ERASTO VILLA-VERDE FILHO**

Subprocurador- Geral  
Câmara de Contencioso Judicial e Dívida Ativa (CJiPG)  
OAB/DF 9.393

**LUCIANA LIMA ROCHA**

Procuradora-Chefe, substituta  
Procuradoria Especializada de Processos Judiciais Relevantes  
(PRJUD)  
OAB/DF 25.743 – Mat. 6.324.980-4

**FELIPE DE VASCONCELOS PEDROSA**

Procurador do Banco Central do Brasil  
Procuradoria Especializada de Processos Judiciais Relevantes  
(PRJUD)  
OAB/PE 22.759 - Mat. 3.191.021-1

## **Parecer 171/2019-BCB/PGBC**

Parecer que examina dúvidas, apresentadas pelo Comitê de Acordo Administrativo em Processo de Supervisão (Coaps), sobre o funcionamento do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão (APS), relacionadas especificamente a: i) possibilidade de exigência pelo referido Comitê de contribuições pecuniárias ou obrigações de natureza indenizatória, em analogia ao que ocorre no Termo de Compromisso (TC); e ii) interpretação a ser dada ao art. 87-A da Circular 3.857, 14 de novembro de 2017, que estabelece critérios para fixação de benefícios do APS.

**André Ubaldo Roldão**

Procurador do Banco Central

**Eliane Coelho Mendonça**

Procuradora-Chefe do Banco Central

**Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira**

Subprocuradora-Geral do Banco Central

Parecer Jurídico 171/2019-BCB/PGBC  
PE 143847

Belo Horizonte, 14 de março de 2019.

Ementa: Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP). Presidente do Comitê de Acordo Administrativo em Processo de Supervisão (Coaps). Dúvidas sobre o funcionamento do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão (APS). Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017. Análise de estudos e normativos sobre outros programas de leniência similares. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Possibilidade de estipulação de obrigação de natureza indenizatória no APS. Reconhecimento da participação no ato ilícito. Reparação integral do dano. Responsabilidade civil extracontratual. Arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Contraindicação de estabelecer obrigação de recolhimento de contribuição pecuniária. Possibilidade, em tese, de instituir cláusula penal moratória. Interpretação literal do art. 87-A, I, da Circular nº 3.857, de 14 de novembro de 2017. Ausência de interesse do Banco Central do Brasil (BCB), em uma análise preliminar, de celebrar APS quando a proponente é a única pessoa infratora, na hipótese de a Autarquia não possuir conhecimento prévio da infração. Pronunciamento ostensivo ou não sujeito a restrição de acesso (art. 3º, § 1º, da Portaria nº 100.620, de 13 de dezembro de 2018).

Senhora Procuradora-Chefe,

## ASSUNTO

Trata-se de consulta formulada pelo Presidente do Comitê de Acordo Administrativo em Processo de Supervisão (Coaps), por meio da Nota 888/2018-BCB/Deres, de 16 de outubro de 2018 (doc. 3), na qual são apresentadas duas questões a esta Procuradoria-Geral (PGBC) sobre o funcionamento do Acordo Administrativo em Processo de Supervisão (APS).

2. A primeira questão posta à apreciação da PGBC diz respeito à possibilidade de o Coaps exigir o recolhimento de contribuições pecuniárias ou obrigações de natureza indenizatória na negociação de APS, em analogia ao que ocorre no Termo de Compromisso (TC), que, nos termos do art. 11º da Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, e dos arts. 62 e 65º da Circular nº 3.857, de 14

<sup>1</sup> Art. 11. O Banco Central do Brasil, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, com vistas a atender ao interesse público, poderá deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada da decisão de primeira instância, o processo administrativo destinado à apuração de infração prevista neste Capítulo ou nas demais normas legais e regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar se o investigado assinar termo de compromisso no qual se obrigue a, cumulativamente:

I - cessar a prática sob investigação ou os seus efeitos lesivos;

II - corrigir as irregularidades apontadas e indenizar os prejuízos;

III - cumprir as demais condições que forem acordadas no caso concreto, com obrigatório recolhimento de contribuição pecuniária, observado o disposto no art. 10 desta Lei. (G.n).

[...].

<sup>2</sup> Art. 62. A proposta de termo de compromisso deverá ser apresentada pelo interessado por simples petição e conter obrigações objetivamente verificáveis e delimitadas no tempo, em especial:

I - a declaração de cessação da prática sob investigação e, sendo o caso, também dos seus efeitos lesivos;

II - as medidas que serão adotadas para a correção das irregularidades apontadas e o prazo previsto para tal;

III - a descrição e a quantificação dos prejuízos porventura causados e o modo e o prazo para a sua efetiva indenização; e

IV - o valor da contribuição pecuniária a ser recolhida. (G. n.).

de novembro de 2017, permite a estipulação de obrigações de natureza pecuniária no instrumento.

3. O segundo ponto objeto da consulta relaciona-se à interpretação do art. 87-A<sup>3</sup> da Circular nº 3.857, de 2017, que estabelece critérios para a fixação dos benefícios do APS. Conforme exposto na Nota 888/2018-BCB/Deres, o benefício em favor do signatário que primeiro se qualificar é a extinção da ação punitiva, na hipótese em que o Banco Central do Brasil (BCB) não tenha conhecimento prévio da infração noticiada. No caso das pessoas físicas que não se qualificarem em primeiro lugar, o benefício previsto na legislação é a redução de um terço a dois terços da pena aplicável. Diante disso, questiona o Presidente do Coaps se:

[...] numa situação hipotética de proposição de APS por pessoa jurídica que tenha praticado o ilícito sem a participação de qualquer outra pessoa jurídica e que não haja conhecimento prévio da infração pelo Banco Central, seria possível desconsiderar a existência de benefício da ordem, uma vez que não haverá possibilidade de existir um segundo proponente? E, ao desconsiderar o benefício da ordem por esse motivo, poderia o COAPS aplicar a redução da pena, e não a extinção da ação punitiva prevista para o primeiro a se qualificar?

4. É o relatório. A seguir, o exame jurídico.

## APRECIÇÃO

5. O art. 30<sup>4</sup> da Lei nº 13.506, de 2017, dispõe sobre a possibilidade de pessoas naturais ou jurídicas firmarem APS com o BCB, desde que confessem a prática de infração às normas legais ou

[...]

Art. 65. O termo de compromisso deverá conter:

I - cláusula que estipule a periodicidade com que o compromitente fornecerá, ao Banco Central do Brasil, informações acerca do cumprimento das obrigações por ele assumidas; e

II - cláusula penal para o caso de mora do proponente e de total ou parcial inadimplemento das obrigações compromissadas, sem prejuízo do estabelecimento de cláusula penal em segurança especial de determinada cláusula.

3 Art. 87-A. Os seguintes critérios devem ser observados para a fixação, no acordo administrativo em processo de supervisão, do benefício em favor do signatário que primeiro se qualificar:

I - a extinção da ação punitiva da administração pública, na hipótese em que a proposta do acordo administrativo em processo de supervisão tiver sido apresentada sem que o Banco Central do Brasil tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - a redução de um terço a dois terços das penas aplicáveis na esfera administrativa, na hipótese em que o Banco Central do Brasil tiver conhecimento prévio da infração noticiada.

§ 1º As pessoas físicas que não se qualificarem em primeiro lugar se beneficiarão exclusivamente com redução prevista no inciso II do caput.

§ 2º Nos casos em que o Banco Central do Brasil tiver conhecimento prévio da infração noticiada no acordo administrativo em processo de supervisão, e nos casos das pessoas físicas que não se qualificarem em primeiro lugar, os seguintes critérios serão observados para a fixação da fração de redução das penas aplicáveis no processo administrativo sancionador instaurado para a apuração da infração de que tratar o acordo:

I - importância das informações, documentos e provas apresentadas pelo signatário;

II - o momento em que apresentada a proposta; e

III - a boa-fé do signatário.

4 Art. 30. O Banco Central do Brasil poderá celebrar acordo administrativo em processo de supervisão com pessoas físicas ou jurídicas que confessarem a prática de infração às normas legais ou regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar, com extinção de sua ação punitiva ou redução de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, mediante efetiva, plena e permanente cooperação para a apuração dos fatos, da qual resulte utilidade para o processo, em especial:

I - a identificação dos demais envolvidos na prática da infração, quando couber;

II - a obtenção de informações e de documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º A proposta de acordo administrativo em processo de supervisão permanecerá sob sigilo até que o acordo seja celebrado.

§ 2º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se forem preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica for a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - o envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo cessar completamente;

III - o Banco Central do Brasil não dispuser de provas suficientes para assegurar a condenação administrativa das pessoas físicas ou jurídicas por ocasião da propositura do acordo; e

IV - a pessoa física ou jurídica confessar participação no ilícito, cooperar plena e permanentemente com as investigações e com o processo administrativo e comparecer, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

[...].

regulamentares cujo cumprimento caiba a esta Autarquia fiscalizar, comprometendo-se a cessar a conduta ilegal, a denunciar e confessar a sua participação no ilícito, bem como a cooperar efetiva, plena e permanentemente com a apuração dos fatos.

6. Caso dessa cooperação resulte utilidade para o processo administrativo, em especial com a identificação dos demais envolvidos na prática da infração e com a obtenção de informações e de documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação, o signatário do APS será beneficiado com a extinção de sua ação punitiva ou com a redução de um terço a dois terços da penalidade administrativa aplicável.

7. O art. 87 da Circular nº 3.857, de 2017, estabelece os elementos essenciais do APS, quais sejam:

Art. 87. O acordo administrativo em processo de supervisão, no qual serão fixadas as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração do proponente e a utilidade para o processo administrativo sancionador, deve conter:

I - qualificação completa dos signatários;

II - exposição sucinta dos fatos relativos à infração noticiada;

III - confissão expressa da participação do signatário do acordo administrativo em processo de supervisão no ilícito;

IV - declaração do signatário do acordo administrativo em processo de supervisão de que cessou seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação;

V - declaração do signatário do acordo administrativo em processo de supervisão de que as informações e os documentos constantes no histórico de conduta por ele fornecidos são verdadeiros;

VI - obrigações do signatário do acordo administrativo em processo de supervisão de:

a) apresentar ao Banco Central do Brasil todas e quaisquer informações, documentos ou outros materiais de que detenha a posse, custódia ou controle, capazes de comprovar a infração noticiada ou sob investigação, inclusive aquelas que vier a ter conhecimento no curso das investigações;

b) cooperar plena e permanentemente com as investigações e com o processo administrativo sancionador relacionado à infração relatada;

c) comparecer, quando solicitado, sob suas expensas, a todos os atos processuais até a decisão final sobre a infração noticiada; e

d) comunicar ao Banco Central do Brasil toda e qualquer alteração dos dados constantes no instrumento do acordo, inclusive os qualificadores;

VII - advertência de que o não cumprimento pelo signatário das obrigações previstas no acordo administrativo em processo de supervisão, inclusive no que diz respeito à veracidade das informações e dos documentos constantes no histórico de conduta, resultará em perda dos benefícios a ele inerentes, inclusive com relação à redução ou à extinção de penalidades; e

VIII - os benefícios concedidos ao signatário.

[...].

8. A introdução do APS na norma que dispõe sobre o processo administrativo sancionador no âmbito desta Autarquia teve como objetivo otimizar a eficiência e a efetividade da atividade investigatória de ilícitos praticados no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (SFN). O fim precípua do APS é o ganho informacional sobre infrações que dificilmente seriam detectadas ou comprovadas adequadamente sem a participação do colaborador, em troca de benefícios legais concedidos na esfera administrativa punitiva<sup>5</sup>. É por esse motivo que, entre os elementos essenciais ao APS, não há qualquer disposição acerca da imposição de obrigações pecuniárias como condição para a assinatura do instrumento negocial com o BCB.

9. Deve-se destacar, contudo, que, nos termos do § 4º do art. 87<sup>6</sup> da Circular nº 3.857, de 2017, a celebração de APS não exime a pessoa jurídica colaboradora do dever de reparar integralmente o dano porventura causado. De fato, a reparação integral do dano não constitui espécie de sanção, mas uma obrigação *ex lege* de restituição de uma situação ao estado anterior ao do dano causado a outrem. Na esfera civil, esse dever decorre do ato ilícito praticado, pois, nos termos do arts. 186, 187 e 927<sup>7</sup> do Código Civil, a responsabilidade civil extracontratual (ou aquiliana) deriva da violação ou abuso de direito, levando à obrigação de indenizar sempre que houver a ocorrência de dano.

10. Nesse contexto, considerando que na celebração do APS há a confissão de um ato ilícito praticado pelo colaborador, a pergunta que se faz é a seguinte: apesar de a obrigação de reparação dos danos não ser elemento essencial do APS, é possível a estipulação de cláusula nesse sentido no instrumento negocial?

11. Para responder a essa questão, recorro-me a normativos e estudos já consolidados sobre outros diplomas legais que preveem institutos semelhantes ao APS, em especial a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011<sup>8</sup>, e a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013<sup>9</sup>, no ponto em que tratam de seus programas de leniência<sup>10,11</sup>.

12. No que se refere ao acordo de leniência no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), verifica-se que o inciso XIII do art. 247<sup>12</sup> do Regimento Interno daquela entidade

5 Veja-se, a respeito, o que foi consignado na Exposição de Motivos Interministerial da Medida Provisória nº 784, de 7 de junho de 2017, antecedente da Lei nº 13.506, de 2017: “Um ponto que merece destaque é a possibilidade de o BC e a CVM passarem a celebrar acordo de leniência (arts. 30 a 33), comumente utilizado no direito econômico concorrencial para o combate à prática de cartel. Esse instituto consiste em obter a efetiva e plena colaboração de pessoas naturais ou jurídicas na investigação de infrações de que participem mediante o compromisso da autoridade reguladora de extinguir a punibilidade ou reduzir a pena no âmbito do processo administrativo. A aplicação desse instituto tem por objetivo contribuir com a obtenção, pelas autoridades reguladoras, de provas mais robustas para a adoção das medidas coercitivas no âmbito administrativo”.

6 Art. 87. [...] § 4º A assinatura do acordo administrativo em processo de supervisão não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano porventura causado.

7 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

8 Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.

9 Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

10 Vide arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529, de 2011, e arts. 16 e 17 da Lei nº 12.846, de 2013.

11 Registra-se que o instituto da “colaboração premiada”, que pode ser considerado uma espécie de leniência, consta em diversas outras normas do ordenamento jurídico brasileiro, tais como a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986 (art. 25, § 2º), a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (art. 8º, parágrafo único), a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (art. 16, parágrafo único), a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (art. 1º, §5º), a Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999 (art. 14), a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (art. 41), o Código Penal (art. 159, § 4º) e a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 (art. 4º).

12 Art. 247. Preenchidas as condições legais, o acordo de leniência será firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, em, pelo menos, 1 (uma) via, reservando-se aos autos respectivos tratamento de acesso restrito.

§1º O acordo estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo e constarão do documento as seguintes cláusulas e condições:

[...]

XIII. outras obrigações que, diante das circunstâncias do caso concreto, forem reputadas necessárias.

prevê a possibilidade de estabelecer no instrumento “*outras obrigações que, diante das circunstâncias do caso concreto, forem reputadas necessárias*”. No Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do Cade<sup>13</sup>, há a seguinte assertiva na resposta à pergunta sobre a possibilidade de o signatário de um Acordo de Leniência responder por ação de reparação de danos (pergunta nº 83):

**A Lei nº 12.529/2011 não impõe ao signatário do Acordo de Leniência a obrigação de ressarcir eventuais consumidores lesados como uma condição *sine qua non* para a celebração do Acordo de Leniência.** Todavia, a lei também não exige o beneficiário da leniência de responder por danos concorrenciais em eventual ação civil pública e/ou ação privada de ressarcimento de danos movida em face do beneficiário da leniência e demais coautores. (G. n.).

13. Em que pese não ser possível acessar o inteiro teor dos acordos de leniência já firmados pelo Cade<sup>14</sup>, ao dizer que a obrigação de ressarcir eventuais consumidores lesados não é uma condição “*sine qua non*” (indispensável, essencial) para a celebração do acordo, depreende-se que não há qualquer vedação à estipulação dessa condição, caso aquela autarquia entenda ser conveniente estabelecê-la em determinado caso específico.

14. Essa possibilidade de fixar cláusula de reparação de danos fica ainda mais evidente no instrumento de leniência previsto na Lei nº 12.846, de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. A exemplo do que ocorre no art. 87, § 4º, da Circular nº 3.857, de 2017, o art. 16, § 3º, da referida lei prescreve que o “*acordo de leniência não exige a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado*”. A Portaria Interministerial nº 2.278, de 15 de dezembro de 2016<sup>15</sup>, editada pela mais alta autoridade da Controladoria-Geral da União (CGU) e da Advocacia-Geral da União (AGU) – com o objetivo de definir os procedimentos para a celebração do acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.846, de 2016, no âmbito daquele órgão e dessa instituição –, prevê expressamente a possibilidade de proposição das seguintes cláusulas:

Art. 5º Compete à comissão responsável pela condução da negociação do acordo de leniência:

[...]

IV - propor cláusulas e obrigações para o acordo de leniência que, diante das circunstâncias do caso concreto, reputem-se necessárias para assegurar:

- a) a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo;
- b) o comprometimento da pessoa jurídica em promover alterações em sua governança que mitiguem o risco de ocorrência de novos atos lesivos;
- c) a obrigação da pessoa jurídica em adotar, aplicar ou aperfeiçoar programa de integridade;
- d) o monitoramento eficaz dos compromissos firmados no acordo de leniência; e
- e) a reparação do dano identificado ou a subsistência desta obrigação.

13 <[http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia\\_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf)>. Acesso em 31 de outubro de 2018.

14 “O Cade segue seus procedimentos de confidencialidade do Acordo de Leniência mesmo após o julgamento do processo administrativo pelo Plenário do Tribunal do Cade. O julgamento do processo administrativo torna pública a identidade da empresa e/ou das pessoas físicas beneficiárias do Acordo de Leniência, oportunidade em que também poderão ser divulgadas informações essenciais para a compreensão e deslinde do caso, por meio da divulgação do voto público do Conselheiro Relator. Via de regra, o voto é detalhado e pode incluir informações e imagens dos documentos necessários para a imputação da conduta anticompetitiva a todos os representados, sejam eles Signatários do Acordo de Leniência, Compromissários do TCC ou não. Mesmo após o julgamento pelo Tribunal, o Cade envidará seus melhores esforços para a manutenção da confidencialidade dos documentos e informações submetidos voluntariamente pelo beneficiário do Acordo de Leniência que configurarem segredo comercial das empresas”. (Pergunta nº 84 do Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do Cade). É possível contudo, ter acesso à versão pública do documento denominado Histórico de Conduta dos acordos já firmados.

15 <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=220&data=16/12/2016>>. Acesso em 31 de outubro de 2018.

V - negociar os valores a serem ressarcidos, com base em critérios de eficiência, preservando-se a obrigação da pessoa jurídica de reparar integralmente o dano causado; [...]. (G. n.).

15. Ainda sobre o acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846, de 2013, transcrevem-se trechos do percuciente Estudo Técnico nº 01/2017 – 5º CCR<sup>16</sup>, elaborado pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (MPF), em setembro de 2017:

No âmbito da consensualidade em matéria anticorrupção, o acordo de leniência, com ampliada incidência, sob a ótica objetiva e material do direito sancionador ou sob o alcance subjetivo das partes celebrantes, pode incluir, sempre e na medida do possível, para obter negociação plena e exauriente sobre os fatos apurados, a reparação do dano, especialmente no que diz com a restituição devida pelas infrações de que trata, lesivas ao erário e à moralidade administrativa. Sua celebração, porém, não exime a pessoa jurídica colaboradora nem os demais responsáveis solidários do dever de reparar integralmente o dano causado a todos os lesados, tampouco tem que disto necessariamente cuidar, quer parcial, quer integralmente, embora esta obrigação legal e o modo de seu cumprimento possam já ser considerados na negociação e vir a constar do acordo firmado entre as partes. Aliás, até segundo o texto da própria LAC [Lei Anticorrupção], o dano deve ser apurado em procedimento administrativo específico. Não obstante, inclusive como demonstração de boa-fé das partes, o valor incontroverso inicial da lesão pode ser adiantado pela empresa colaboradora e outros agentes responsáveis, sem que isto implique quitação integral, eis que não se pode dispensar aquilo cujo alcance completo eventualmente ainda seja desconhecido, talvez até pelo próprio infrator. (Pgs. 101 e 102).

16. A Orientação nº 07/2017<sup>17</sup>, de 24 de agosto de 2017, também formulada pelo mencionado órgão do MPF, estabeleceu que os acordos de leniência firmados pelo *parquet* federal devem necessariamente conter a obrigação da colaboradora de “*pagamento de valor relativo à antecipação de reparação de danos, ressalvado o direito de outros órgãos, instituições, entidades ou pessoas de buscarem o ressarcimento que entenderem lhes ser devido*”<sup>18</sup>.

17. Entendo que as considerações até aqui colocadas, em que pese relacionadas a programas de leniência distintos, podem muito bem ser aplicadas ao APS previsto na Lei nº 13.506, de 2017, de forma que não vejo empecilhos legais a que o instrumento de colaboração a cargo desta Autarquia possua cláusula específica de reparação de danos, sobretudo com o escopo de antecipar a restituição da parte incontroversa de danos eventualmente causados no âmbito do SFN.

18. Não posso deixar de anotar, contudo, que não devem ser “*exigidas*”<sup>19</sup> do proponente obrigações de natureza indenizatória na negociação APS, notadamente porque esse não é o fim precípuo do instituto premial e o art. 87, § 4º, da Circular nº 3.857, de 2017, garante que a assinatura do APS não

16 **Assunto:** Estudo sobre inovações da Lei nº 12.846/2013 - a Lei anticorrupção (LAC) -, e seus reflexos no denominado microsistema anticorrupção brasileiro, com destaque para a adoção de instituto negocial e da ótica da consensualidade no âmbito sancionador, consubstanciada na incorporação normativa do acordo de leniência. Análise do instituto, sob aspectos teóricos variados. Avaliação do papel do Ministério Público na celebração de acordos de leniência: legitimidade e alcance de sua atuação. Exame dos efeitos e impactos práticos causados pelo acordo de leniência em sua recente incidência concreta e na interação com as distintas esferas de responsabilização do ordenamento jurídico nacional. (Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>>. Acesso em 31 de outubro de 2018).

17 <[http://www.mpf.mp.br/pgt/documentos/ORIENTAO7\\_2017.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgt/documentos/ORIENTAO7_2017.pdf)>. Acesso em 31 de outubro de 2018.

18 7) O acordo de leniência deverá conter cláusulas que tratem, pelo menos, dos seguintes pontos:

[...]

7.5.- OBRIGAÇÕES DA COLABORADORA (mínimas):

[...]

pagamento de valor relativo à antecipação de reparação de danos, ressalvado o direito de outros órgãos, instituições, entidades ou pessoas de buscarem o ressarcimento que entenderem lhes ser devido (v. item 10); [...].

19 Conforme expressão utilizada na Nota 888/2018-BCB/Deres.

exime a pessoa jurídica<sup>20</sup> colaboradora da obrigação de reparar integralmente o dano porventura causado. Nesse sentido, o ressarcimento dos danos não é condição para celebração do APS, cabendo à área técnica avaliar, cuidadosamente, se, no caso concreto, é melhor firmar o APS, ainda que com postura mais flexível em relação ao dano, cuja reparação completa permanece ressaltada, do que, na opção contrária, deixar de celebrar o instrumento e abster-se de obter a cooperação ativa e plena do interessado para o deslinde de graves infrações no âmbito do sistema financeiro.

19. Por outro lado, com relação à possibilidade de fixação de contribuição pecuniária no APS, a exemplo do que ocorre com o TC (art. 11, III, da Lei nº 13.506, de 2017, e art. 63, IV, da Circular nº 3.857, de 2017), entendo que tal medida não é recomendável no instrumento que ora se analisa. Isso porque, com o cumprimento das condições do TC, nos termos do art. 15<sup>21</sup> da Lei nº 13.506, de 2017, eventual processo administrativo sancionador instaurado contra o interessado deve ser arquivado e, portanto, não há aplicação de qualquer sanção ao celebrante. Em contrapartida a essa abdicação do poder punitivo estatal – mesmo em casos em que o BCB potencialmente já possua elementos suficientes para a identificação da autoria e materialidade da conduta –, a legislação trouxe a obrigação de que fosse recolhida uma contribuição pecuniária a esta Autarquia, a qual, segundo o art. 11, III, da Lei nº 13.506, de 2017, deve ter seu valor fixado segundo os mesmos critérios legais estabelecidos para as penalidades previstas nesse diploma legal (art. 10<sup>22</sup>).

20. De outro giro, no caso do APS, a contrapartida da mitigação do poder sancionatório do BCB escolhida pelo legislador, nos termos do art. 30 da Lei nº 13.506, de 2017, consiste, especialmente, na identificação dos demais envolvidos na prática da infração e na obtenção de informações e de documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. A extinção da ação de natureza administrativa punitiva para o colaborador somente ocorre nos casos em que o BCB não tiver conhecimento prévio da infração noticiada e que o infrator se qualifique em primeiro lugar, nos termos do inciso I do art. 87-A da Circular nº 3.857, de 2017. Nos demais casos, mesmo que celebrado o acordo, o processo administrativo sancionador deve tramitar normalmente e, somente após aplicada a correspondente sanção, é que incidirá o fator redutor de um terço a dois terços da pena, decorrente da assinatura do APS.

21. Dito isso, entendo que, em tese, por ser um acordo firmado entre a Administração Pública e o particular, seria possível fixar outras cláusulas no APS, a depender do caso concreto e da negociação entre os participantes. No entanto, considerando o desenho feito pelo legislador e os objetivos do instituto, não seria juridicamente recomendável a inserção de cláusula de contribuição pecuniária em tal instrumento, por poder ser interpretado como desvio do enfoque dado pelo legislador.

22. Repise-se, aqui, que a situação da obrigação de recolhimento de contribuição pecuniária é distinta daquela de natureza indenizatória, uma vez que essa última, comumente estabelecida em cláusulas de instrumentos de leniência semelhantes ao APS, é cabível em qualquer hipótese de dano decorrente de ato ilícito, nos termos do já mencionado art. 927 do Código Civil.

20 Apesar de o regulamento restringir a obrigação de ressarcimento integral do dano à pessoa jurídica, é certo que, com base no art. 927 do Código Civil, também as pessoas físicas que porventura causem danos no âmbito do sistema financeiro nacional têm o dever legal de ressarcir-los.

21 Art. 15. Durante a vigência do termo de compromisso, os prazos de prescrição de que trata a Lei no 9.873, de 23 de novembro de 1999, ficarão suspensos, e o procedimento administrativo será arquivado se todas as condições nele estabelecidas forem atendidas.

§ 1º O cumprimento das condições do termo de compromisso gerará efeitos exclusivamente na esfera de atuação do Banco Central do Brasil.

§ 2º Na hipótese de descumprimento do compromisso, o Banco Central do Brasil adotará as medidas administrativas e judiciais necessárias para a execução das obrigações assumidas e determinará a instauração ou o prosseguimento do processo administrativo, a fim de dar continuidade à apuração das infrações e de aplicar as sanções cabíveis.

22 Art. 10. Na aplicação das penalidades estabelecidas neste Capítulo, serão considerados, na medida em que possam ser determinados:

I - a gravidade e a duração da infração;

II - o grau de lesão ou o perigo de lesão ao Sistema Financeiro Nacional, ao Sistema de Consórcios, ao Sistema de Pagamentos Brasileiro, à instituição ou a terceiros;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a capacidade econômica do infrator;

V - o valor da operação;

VI - a reincidência;

VII - a colaboração do infrator com o Banco Central do Brasil para a apuração da infração.

23. No que tange à possibilidade de estabelecer cláusula penal no APS – conforme previsto para o TC no art. 65, II, da Circular nº 3.857, de 2017 –, cumpre destacar que tal cláusula, disciplinada nos arts. 408 a 416 do Código Civil, segundo a doutrina de Flávio Tartuce<sup>23</sup>, “pode ser conceituada como sendo a penalidade, de natureza civil, imposta pela inexecução parcial ou total de um dever patrimonial assumido”. Ainda segundo o autor, a cláusula penal “*é pactuada pelas partes no caso de violação da obrigação, mantendo relação direta com o princípio da autonomia privada, motivo pelo qual é também denominada multa contratual ou pena convencional. Trata-se de uma obrigação acessória que visa garantir o cumprimento de obrigação principal, bem como fixar, antecipadamente, o valor das perdas e danos no caso de inadimplemento*”.

24. A respeito dos institutos, os especialistas na matéria assim se manifestam<sup>24</sup>:

[...] a cláusula penal não requer invariavelmente a previsão de uma pena pecuniária, podendo consistir em reforço de garantia de uma obrigação acessória de dar outro bem, fazer ou não fazer.

[...]

A cláusula penal moratória é aquela instituída com o fito de preservar cláusula específica do contrato ou em virtude de mora do devedor. Será a multa exigida conjuntamente à obrigação principal não adimplida, com feição de indenização complementar (art. 411 do CC).

[...]

A cláusula penal compensatória é aquela que estipula multa para a total inexecução contratual, ou seja, nas hipóteses de absoluto descumprimento da obrigação ao tempo de seu vencimento. No instante do inadimplemento, o credor exigirá a penal convencional previamente pactuada e, em caso de recusa ao pagamento da multa, na maioria das vezes disporá de uma ação de execução. [...] Aqui, a cláusula penal tem feição de indenização substitutiva (art. 410 do CC).

25. Em tese, não há impedimento jurídico no estabelecimento de cláusula penal no APS, porquanto se reconheça que as cláusulas constantes no acordo serão ajustadas conforme o princípio da liberdade contratual. Todavia, entendo que não condiz com o referido instrumento a cláusula penal compensatória, que se converte em alternativa ao devedor (art. 410<sup>25</sup> do Código Civil), já que as consequências do descumprimento do APS já foram expressamente estabelecidas na legislação, quais sejam: perda dos benefícios previstos no art. 30 da Lei nº 13.506, de 2017 (art. 92<sup>26</sup> da Circular nº 3.857, de 2017) e impedimento de celebrar novo APS com o BCB pelo prazo de três anos (§ 2º do art. 32<sup>27</sup> da Lei nº 13.506, de 2017). Desse modo, não poderia um acordo entre as partes afastar as consequências legais do descumprimento da avença.

26. Não obstante, teoricamente, seria possível instituir cláusula penal moratória para a segurança de determinada obrigação específica, a exemplo de cláusula em que o signatário se comprometa a antecipar os valores devidos a título de indenização. Nesse sentido, anota-se que a Orientação Conjunta nº 1/2018, firmada entre as 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção do MPF<sup>28</sup>, recomenda que seja estabelecida cláusula penal para a segurança das obrigações de natureza pecuniária previstas no Acordo de Colaboração Premiada de que trata

23 TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011. P. 38

24 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 598-600. Extraído do Parecer Jurídico 190/2014-BCB/PGBC, de 10 de junho de 2014 (de autoria da Procuradora Amanda Marcos Favre, com despacho da Procuradora-Chefe Eliane Coelho Mendonça).

25 Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

26 Art. 92. O descumprimento do acordo administrativo em processo de supervisão implica a perda dos benefícios previstos no art. 30 da Lei nº 13.506, de 2017.

27 Art. 32. [...] § 2º Na hipótese de descumprimento do acordo administrativo em processo de supervisão, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo administrativo em processo de supervisão pelo prazo de 3 (três) anos, contado a partir do conhecimento pelo Banco Central do Brasil do descumprimento.

28 Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/crc5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

o art. 4<sup>o</sup><sup>29</sup> da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 (item 30.1<sup>30</sup>). Vale aqui, novamente, ressaltar que obrigações de natureza pecuniária não são o escopo do APS e que tais espécies de obrigação não foram consideradas no desenho escolhido pelo legislador.

27. Ultrapassado o primeiro questionamento formulado pelo Presidente do Coaps, passo a enfrentar o segundo ponto da consulta.

28. O APS, da mesma forma como ocorre com os demais programas de leniência, possui natureza dúplice, pois correlaciona uma técnica especial de investigação e um meio de defesa. Sobre o tema, valho-me novamente do Estudo Técnico nº 01/2017 – 5<sup>o</sup> CCR:

Deriva disto que, em configuração bifronte, apresenta-se, de outro lado, também como um meio de defesa, uma estratégia à disposição do infrator na avaliação das probabilidades relacionadas a sua efetiva punição ou às possibilidades concretas de esquivar-se dela. Mas, ainda assim e por isto mesmo, uma vez inserido na ordem jurídica, trata-se de instrumento oferecido à defesa, cujo manejo não pode ser obstado ou dificultado injustamente, devendo, ao revés, ser autenticamente permitido ao agente colaborador a ele recorrer, e, através de juízo de proporcionalidade, que leve em conta a cooperação com o Estado no curso de investigações e para o maior proveito em relação às sanções que lhe podem ser impostas, dele beneficiar-se em várias vertentes, considerando-se especialmente sua sujeição ao sistema de múltipla incidência de responsabilização do ordenamento vigente. Esta sua natureza dúplice, seja quando tomado como técnica especial de investigação, seja quando utilizado como legítima estratégia de defesa, deve ser levada em conta em sua efetivação, de modo a que se lhe confira a necessária atratividade como opção disponível aos interessados e, ao mesmo tempo, a devida segurança jurídica, sobretudo após implementado em casos concretos, sem qualquer efeito reverso nem redução indevida das garantias afetas ao devido processo legal e à ampla defesa, com os meios a ela inerentes, que, obviamente, delineiam a tarefa de sua operacionalização prática tanto quanto, como não poderia deixar de ser, informam sua compreensão analítica e hermenêutica. (Pgs. 47 e 48).

29. Acrescenta o referido estudo, ainda, que, para que os instrumentos de negociação consensual possam alcançar melhores resultados, é necessário que sejam apresentados, de forma clara ao infrator que pretende colaborar, os elementos de risco a serem sopesados (em que concorrem as probabilidades de detecção pelas autoridades, a severidade das sanções previstas e o receio de punição efetiva) e aqueles de incentivo (afetos aos benefícios legais, o grau de imunidade passível de ser obtida, a transparência e objetividade das regras relativas aos acordos e a espaços limitados de discricionariedade estatal na efetivação de avenças)<sup>31</sup>.

29 Art. 4<sup>o</sup> O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

[...].

30 O acordo de colaboração deve, sempre que possível, prever cláusula de garantia real ou fidejussória para o seu cumprimento, com o devido registro na matrícula, em caso de imóvel, sem prejuízo da pena de ressarcimento.

30.1 Sem prejuízo das garantias, é recomendável a previsão de cláusula penal.

31 Estudo Técnico nº 01/2017 – 5<sup>o</sup> CCR. Pg. 51.

30. Para que a pessoa natural ou jurídica possa utilizar devidamente o APS como meio de defesa, é imprescindível que as regras atinentes a esse instituto sejam disciplinadas de forma clara, potencializando uma negociação segura, previsível e confiável. Nesse sentido, não vejo como empregar ao art. 87-A, I, da Circular nº 3.857, de 2017, uma interpretação diversa da sua literalidade, no sentido de que o benefício em favor do signatário que se qualificar em primeiro lugar, quando o BCB não possuir conhecimento prévio sobre a infração noticiada, é a extinção da ação punitiva da Administração Pública, e não a redução de um terço a dois terços em sua penalidade.

31. Com base nesse raciocínio, contudo, verifico que a situação hipotética retratada pela área técnica não seria, em uma análise preliminar, factível, já que nos parece que não haveria interesse desta Autarquia em celebrar APS na hipótese de a única pessoa infratora ser a proponente do acordo.

32. É certo que a redação do art. 30, I, da Lei nº 13.507, de 2017, permite a interpretação de que a identificação dos demais envolvidos na prática da infração não seria requisito indispensável para a celebração do APS, tendo em vista a expressão “*quando couber*” no final do dispositivo legal<sup>32-33</sup>. Nesse sentido, em tese, seria possível firmar o acordo quando o proponente apenas trouxesse a esta Autarquia informações ou documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação, conforme o inciso II do mencionado art. 30.

33. Todavia, o mesmo art. 30, interpretado em conjunto com o art. 79<sup>34</sup> da Circular nº 3.857, de 2017, indica que o acordo somente deve ser celebrado caso resulte utilidade para o processo administrativo sancionador. Considerando que o benefício para a pessoa que se qualificar em primeiro lugar, caso o BCB não possua conhecimento prévio da infração, é a extinção da respectiva ação punitiva, não haveria qualquer utilidade em se trazer mais provas e informações para esse processo, que, ao final, será extinto sem qualquer punição para a pessoa investigada.

34. Portanto, diante da construção da norma regulamentar, a interpretação jurídica mais conservadora aponta para a necessidade de se sustentar que não haverá interesse em firmar APS com pessoa física ou jurídica que tenha praticado o ilícito sem a participação de qualquer outra pessoa, quando o BCB não possua conhecimento prévio sobre a infração, já que não se visualiza, nessa hipótese, utilidade para o processo administrativo sancionador.

35. Cabe ressaltar, todavia, que a presente análise foi feita em tese e não é possível, de antemão, imaginar todas as situações fáticas e jurídicas que poderiam ser apresentadas em propostas de APS. Nesse contexto, esta manifestação não tem a intenção de inviabilizar a construção de entendimentos mais flexíveis que se justifiquem diante de cenários que apresentem, por exemplo, a necessidade de proteção da própria instituição supervisionada ou do SFN.

36. Não se afasta, portanto, a necessidade de análise jurídica em cada caso concreto, devendo a presente manifestação servir de fundamento apenas para as hipóteses em que não se esteja diante dos cenários indicados no item anterior.

---

32 A mesma expressão consta do art. 89, II, da Circular nº 3.857, de 2017, in verbis: Art. 89. O histórico de conduta, documento que tem o propósito de consubstanciar toda a colaboração por escrito, deve conter, no mínimo: [...] II - a identificação dos demais envolvidos na prática da infração e o detalhamento da participação de cada um, quando couber; [...]. Grifos acrescidos.

33 A expressão “*quando couber*” também consta no art. 16, I, da Lei nº 12.846, de 2013, mas inexistente no âmbito do Cade, ao que se vê do art. 86, I, da Lei nº 12.529, de 2011.

34 Art. 79. A qualquer momento antes da instauração do processo administrativo sancionador, é cabível a apresentação de proposta de acordo administrativo em processo de supervisão em relação a infrações às normas legais e regulamentares de regência do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios, do Sistema de Pagamentos Brasileiro e a outras normas legais cujo cumprimento seja fiscalizado pelo Banco Central do Brasil.

## CONCLUSÃO

37. Diante do exposto, com relação à primeira questão formulada pelo Presidente do Coaps, concluo que:

- a) é juridicamente possível a estipulação de obrigação de natureza indenizatória no APS, sobretudo com o escopo de antecipar a restituição da parte incontroversa de danos eventualmente causados no âmbito do SFN, a exemplo do que ocorre em instrumentos de leniência semelhantes ao APS;
- b) não é juridicamente recomendável o estabelecimento de obrigação de recolhimento de contribuição pecuniária; e
- c) em tese, seria possível estabelecer cláusula penal moratória no APS, notadamente para a segurança de eventual cláusula de antecipação da reparação de danos. A cláusula penal compensatória, contudo, não é compatível com o instituto.

38. Quanto ao segundo questionamento, concluo que o art. 87-A, I, da Circular nº 3.857, de 2017, deve ser interpretado literalmente, de forma que somente é cabível a extinção da ação punitiva da Administração Pública em favor do signatário que se qualificar em primeiro lugar, quando o BCB não possuir conhecimento prévio sobre a infração noticiada. Nessa situação, contudo, não haveria, em uma análise preliminar, interesse em firmar o acordo com a primeira pessoa a se qualificar que tenha praticado o ilícito sem a participação de qualquer outra pessoa, uma vez que não haveria utilidade para o respectivo processo administrativo sancionador.

À consideração de Vossa Senhoria.

**ANDRÉ UBALDO ROLDÃO**

Procurador do Banco Central  
Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP)  
OAB/MG 128.386

De acordo.

À Sra. Subprocuradora-Geral.

**ELIANE COELHO MENDONÇA**

Procuradora-Chefe do Banco Central  
Procuradoria Especializada de Consultoria em Supervisão do Sistema Financeiro (PRSUP)  
OAB/MG 78.456

De acordo.

Ao Presidente do Coaps.

**WALKYRIA DE PAULA RIBEIRO DE OLIVEIRA**

Subprocuradora-Geral do Banco Central  
Câmara de Consultoria em Regulação e Supervisão do Sistema Financeiro (CCrPG)  
OAB/DF 10.000

## **Parecer 579/2019-BCB/PGBC**

Parecer que analisa proposta de medida provisória sobre a transformação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) na Unidade de Inteligência Financeira (UIF), vinculada administrativamente ao Banco Central do Brasil.

**Chiarely Moura de Oliveira**

Procuradora-Chefe do Banco Central

**Cassiomar Garcia Silva**

Procurador do Banco Central

**Leonardo de Oliveira Gonçalves**

Subprocurador-Geral do Banco Central

**Nelson Alves de Aguiar Júnior**

Subprocurador-Geral do Banco Central

**Marcel Mascarenhas dos Santos**

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

**Cristiano Cozer**

Procurador-Geral do Banco Central

Parecer Jurídico 579/2019-BCB/PGBC  
S/Proc

Brasília, 14 de agosto de 2019.

Ementa: Câmaras de Consultoria Monetária, Internacional e Penal (CC2PG) e de Consultoria Administrativa (CC3PG). Núcleo Estratégico de Consultoria em Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro, ao Financiamento do Terrorismo e à Corrupção (NUPLA). Procuradoria Especializada de Consultoria Administrativa (PRADM) Consultorias penal e administrativa. Análise de minuta de medida provisória que transforma o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) na Unidade de Inteligência Financeira (UIF), vinculada administrativamente ao Banco Central do Brasil, e dá outras providências. Reestruturação do órgão responsável pela produção e gestão de informações de inteligência financeira em matéria de prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa. Proposta de medida legislativa que não encontra óbice constitucional, bem como se encontra aderente às recomendações emanadas do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (Gafi). Documento preparatório sujeito a restrição temporária de acesso (Portaria nº 100.620, de 13 de dezembro de 2018).

Senhores Subprocuradores-Gerais,

### ASSUNTO

Trata-se de análise de minuta de Medida Provisória (MP) que dispõe sobre a transformação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) na Unidade de Inteligência Financeira (UIF), vinculada administrativamente ao Banco Central do Brasil, e dá outras providências.

2. A proposta de normativo em apreço visa a transferir, para a estrutura do Banco Central do Brasil (BCB), o órgão atualmente responsável pela coleta, processamento e retransmissão às autoridades competentes das informações de inteligência financeira concernentes à prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa.

3. A proposta de MP ainda define a estrutura organizacional da UIF e as suas atribuições, prevê o Presidente do BCB como autoridade competente para indicar ao Presidente da República o Presidente da UIF, bem como designar os demais integrantes do Conselho Deliberativo do órgão, disciplina a alçada da Diretoria Colegiada desta Autarquia, dispõe sobre procedimentos, prevê a transferência para esta Autarquia dos cargos em comissão, funções comissionadas e servidores, militares e empregados que atualmente se encontram à disposição do Coaf, para a finalidade exclusiva de prover o cargo de Presidente da UIF e a estrutura do Quadro Técnico-Administrativo da UIF e revoga dispositivos da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.

4. É a síntese do necessário. Passamos à análise jurídica da questão.

## APRECIÇÃO

5. Cabe ressaltar, de início, que a análise jurídica é etapa prévia e necessária ao encaminhamento de propostas de atos normativos à Casa Civil da Presidência da República, consoante dispõe o art. 30 do Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017.

6. O objeto da análise jurídica, segundo consta do art. 31 do referido Decreto, é a seguir discriminado:

*“Art. 31. A análise contida no parecer jurídico abrangerá:*

*I - os dispositivos constitucionais ou legais nos quais está fundada a validade do ato normativo proposto;*

*II - as consequências jurídicas dos principais pontos da proposta de ato normativo;*

*III - as controvérsias jurídicas que envolvam a matéria; e*

*IV - a conclusão a respeito da constitucionalidade, da legalidade e do atendimento à técnica legislativa.”*

7. Ademais, destaque-se que não compete a esta Procuradoria-Geral se manifestar sobre o mérito do assunto, cabendo-lhe, tão-somente, examinar a juridicidade da proposta de medida provisória.

8. Feito esse intróito, é importante reconhecer que o objeto da proposição é formalmente constitucional, uma vez que não dispõe sobre matérias previstas no art. 62, § 1º, da Constituição Federal de 1988, *verbis*:

*“Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.*

*§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:*

*I – relativa a:*

*a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;*

*b) direito penal, processual penal e processual civil;*

*c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;*

*d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º*

*II – que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;*

*III – reservada a lei complementar;*

*IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.”*

9. Registre-se, por oportuno, que a proposição cuida de transformação de órgão da administração pública destinado à realização de inteligência financeira em qualquer ramo da atividade econômica, bem como de organização de cargos e funções no âmbito do Poder Executivo Federal. Portanto, não abrange a regulação do Sistema Financeiro Nacional, tampouco matérias que devem ser disciplinadas mediante Lei Complementar.

10. Ademais, observa-se que o assunto é de iniciativa privativa do Presidente da República, a teor do que dispõem o art. 61, § 1º, inciso II, alínea “e”, e o art. 84, inciso XXVI, da Carta Magna, *verbis*:

*“Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.*

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

(...)

*II - disponham sobre:*

(...)

*e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;*

(...)

*Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:*

(...)

*XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62;”*

11. Logo, é admissível a submissão da proposta de MP em apreço ao Presidente da República, na forma em que se apresenta.

12. Compulsando os termos da minuta de MP, depreende-se que não veicula disposição contrária a norma ou princípio constitucional. Com efeito, as consequências jurídicas decorrentes da proposta de MP não destoam do arcabouço jurídico geral, notadamente as normas que disciplinam órgãos, cargos e funções na administração direta e autárquica.

13. No tocante aos cargos em comissão e funções comissionadas que vierem a ser transferidos para o BCB, nos moldes do art. 7º da proposta de MP, ressalte-se que a indicação das pessoas que irão ocupá-los deve também observar o disposto no Decreto nº 9.916, de 18 de julho de 2019, e no Decreto nº 9.727, de 15 de março de 2019, segundo os quais:

**Decreto nº 9.916, de 2019:**

*“Art. 1º Os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão observar, para os atos de nomeação ou de designação de quaisquer cargos em comissão ou funções de confiança, a partir de 1º de agosto de 2019, os critérios gerais para ocupação de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS ou de Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE dispostos no art. 2º do Decreto nº 9.727, de 15 de março de 2019.*

*§ 1º Os ocupantes dos cargos em comissão e das funções de confiança a que se refere o caput deverão observar o disposto no parágrafo único do art. 2º do Decreto nº 9.727, de 2019.”*

**Decreto nº 9.727, de 2019:**

*“Art. 2º São critérios gerais para a ocupação de DAS ou de FCPE:*

*I - idoneidade moral e reputação ilibada;*

*II - perfil profissional ou formação acadêmica compatível com o cargo ou a função para o qual tenha sido indicado; e*

*III - não enquadramento nas hipóteses de inelegibilidade previstas no inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 .*

*Parágrafo único. Os ocupantes de DAS ou de FCPE deverão informar prontamente a superveniência da restrição de que trata o inciso III do caput à autoridade responsável por sua nomeação ou designação.”*

14. Não há, por fim, controvérsias jurídicas que envolvam a proposta de MP para transformar o Coaf na UIF, apresentando assim, compatibilidade vertical com a Constituição e horizontal com as demais normas do ordenamento nacional, e observando, ainda, adequada técnica legislativa, uma vez que contempla os parâmetros previstos na Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, e no Decreto nº 9.191, de 2017.

15. Deve-se registrar, também, que a medida proposta é aderente à Recomendação 29 emanada do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (Gafi), que dispõe o seguinte:

*“Os países deveriam estabelecer uma unidade de inteligência financeira (UIF) que sirva como um centro nacional de recebimento e análise de: (a) comunicações de operações suspeitas; e (b) outras informações relevantes sobre lavagem de dinheiro, crimes antecedentes e financiamento do terrorismo, e de disseminação dos resultados de tal análise. A UIF deveria ser capaz de obter informações adicionais das entidades comunicantes e ter acesso rápido a informações financeiras, administrativas e de investigação que necessite para desempenhar suas funções adequadamente.”*

16. Nos parágrafos 8 a 12 da nota interpretativa referente à aludida Recomendação 29, o Gafi deixa claro que:

#### E. INDEPENDÊNCIA OPERACIONAL

8. A UIF deverá ser operacionalmente independente e autônoma, o que significa que a UIF deverá ter autoridade e capacidade de desenvolver suas funções livremente, inclusive tomar por conta própria a decisão de analisar, solicitar e/ou disseminar informações específicas. Em todos os casos, isso significa que a UIF tem o direito independente de encaminhar ou disseminar informações para autoridades competentes.

9. As UIFs poderão ser estabelecidas como parte de uma autoridade competente já existente. Quando a UIF se localizar dentro da estrutura de outra autoridade, as funções centrais da UIF deveriam ser distintas daquelas da outra autoridade.

10. A UIF deverá receber recursos financeiros, humanos e técnicos adequados, de forma a assegurar sua autonomia e independência e permitir que a UIF possa cumprir de forma eficaz suas responsabilidades. Os países deveriam possuir processos para garantir que os funcionários da UIF tenham altos padrões profissionais, inclusive padrões de confidencialidade, além de serem idôneos e aptos.

11. A UIF também deverá ser capaz de fazer acordos ou se envolver de forma independente com outras autoridades competentes domésticas ou homólogas estrangeiras na troca de informações.

#### F. INFLUÊNCIA OU INTERFERÊNCIA INDEVIDA

12. A UIF deverá ser capaz de obter e empregar os recursos necessários para desenvolver suas funções, de forma individual ou rotineira, livre de qualquer influência ou interferência política, governamental ou industrial indevida, que possa comprometer sua independência operacional.”

17. Como se vê, o Gafi não estipula o modelo de unidade de inteligência financeira a ser adotado pelos países associados, qual seja, se administrativo, policial-judiciário, promotorial ou judicial, ou híbrido, não indicando, tampouco, a localização da unidade na estrutura estatal, de modo que não há empecilho a que se proceda à alteração pretendida na aludida proposta de medida provisória.

18. Registre-se que tal modelo de unidade de inteligência financeira vinculada a um banco central já é adotado em pelo menos quatorze países, conforme registro constante do Relatório de

Atividades do Coaf do ano de 2005, podendo ser citados, exemplificativamente, a Itália, a Armênia, a Malásia e o Sri Lanka.

19. Ademais, deve-se pontuar que a transferência ao BCB da unidade de inteligência financeira, que ora está localizada na estrutura do Ministério da Economia, não implicará mudança em sua atual competência prevista na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que ficam preservadas ainda que passe a ser vinculada a esta autarquia, conforme expresso no art. 3º, parágrafo único, do texto da minuta de MP.

20. Sobre esse ponto, agregue-se, inclusive, que apesar de passar a ser vinculada ao BCB, a unidade de inteligência financeira continuará com estrutura organizacional própria, de modo que suas atribuições não poderão ser exercidas diretamente pela autarquia, valendo isso dizer que contará com independência de atuação no seu âmbito de competência, o que reforça ainda mais o entendimento de que a mudança proposta é perfeitamente aderente à recomendação do Gafi antes citada.

21. Por fim, ressalte-se que a minuta de exposição de motivos bem evidencia o cumprimento dos requisitos de relevância e urgência de que trata o art. 62 da Constituição, de modo a autorizar a veiculação da proposta sob a forma de medida provisória, cabendo ressaltar, de todo modo, que a avaliação final quanto ao instrumento normativo mais adequado é do Presidente da República.

## CONCLUSÃO

22. À vista do exposto, conclui-se pela constitucionalidade e respeito à técnica legislativa da proposta de MP ora examinada, razão pela qual opinamos pela sua aprovação.

23. Por fim, por se tratar de matéria afeta não somente ao BCB, mas também ao Ministério da Economia, estrutura à qual está hoje vinculado o COAF, a exposição de motivos deverá ser assinada em conjunto pelo Presidente do BCB e pelo Ministro de Estado da Economia. Além disso, de acordo com o art. 30 do Decreto nº 9.191, de 2017, deverão acompanhar a medida os pareceres de mérito e jurídicos desta autarquia e do Ministério da Economia. Encontram-se presentes os documentos do BCB que devem acompanhar o ato, os quais atendem aos critérios estabelecidos no referido Decreto.

24. Em virtude da provisoriedade do assunto, que pende de decisões no Poder Executivo e, em última instância, do Presidente da República, esta manifestação fica sujeita a restrição de acesso por se tratar de documento preparatório, cujo acesso pode ser assegurado com a divulgação do projeto ora examinado (art. 7º, § 3º, da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e art. 20 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012). Obviamente, essa restrição de acesso não se aplica às instâncias governamentais responsáveis pelas etapas remanescentes do processo de discussão e encaminhamento da proposição legislativa.

À consideração de Vossa Senhoria.

**CHIARELLY MOURA DE OLIVEIRA**

Procuradora-Chefe do Banco Central  
Procuradoria Especializada de Consultoria Administrativa (PRADM)  
OAB/DF 60.743

**CASSIOMAR GARCIA SILVA**

Procurador do Banco Central  
Núcleo Estratégico de Consultoria em Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro, ao Financiamento do Terrorismo e à  
Corrupção (NUPLA)  
OAB/DF 10.027

Aprovamos.  
Ao Procurador-Geral Adjunto.

**LEONARDO DE OLIVEIRA GONÇALVES**

Subprocurador-Geral do Banco Central  
Câmara de Consultoria Administrativa (CC3PG)  
OAB/DF 60.750

**NELSON ALVES DE AGUIAR JÚNIOR**

Subprocurador-Geral do Banco Central  
Câmara de Consultoria Monetária, Internacional e Penal (CC2PG)  
OAB/DF 15.946

Aprovo.

Ao senhor Procurador-Geral, tendo em vista o disposto no art. 9º, inciso I, da Ordem de Serviço nº 4.747, de 19 de abril de 2012.

**MARCEL MASCARENHAS DOS SANTOS**

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central  
Seção de Consultoria e Representação Extrajudicial (PGA-1)  
OAB/DF 31.580

(Segue despacho.)

Aprovo.

Ao senhor Presidente.

**CRISTIANO COZER**

Procurador-Geral do Banco Central  
OAB/DF 16.400

