

Volume 7 – Número 2  
Dezembro 2013

Revista da Procuradoria-Geral  
do Banco Central



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

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do Banco Central do Brasil

---

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. / Banco Central do Brasil.  
Procuradoria-Geral. Vol. 1, n. 1, dez. 2007. Brasília: BCB, 2013.

Semestral (junho e dezembro)  
ISSN 1982-9965

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

CDU 346.1(05)

---

**Centro de Estudos Jurídicos**  
Procuradoria-Geral do Banco Central  
Banco Central do Brasil  
SBS, Quadra 3, Bloco B, Edifício-Sede, 11º andar  
Caixa Postal 8.670  
70074-900 Brasília – DF  
Telefone: (61) 3414-1220 – Fax: (61) 3414-2957  
*E-mail:* revista.pgbc@bcb.gov.br



**BANCO CENTRAL DO BRASIL**

# **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**

Volume 7 • Número 2 • Dezembro 2013

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central  
Volume 7 • Número 2 • Dezembro 2013

© Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral – Cejur

**Diretora da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**

Adriana Teixeira de Toledo – Banco Central, DF

**Editora-Chefe da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**

Rosely Palaro Di Pietro – Banco Central, DF

**EditorAdjunto da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**

Ricardo Ferreira Balota – Banco Central, DF

**EditorAdjunto da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**

João Marcelo Rego Magalhães – Banco Central, DF

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

**Conselheiros**

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy – Advocacia-Geral da União, DF

Edil Batista Júnior – Banco Central, PE

Fabiano Jantalia Barbosa – Banco Central, DF

Jefferson Siqueira de Brito Alvares – Banco Central, DF

José Eduardo Ribeiro de Assis – Banco Central, RJ

Lademir Gomes da Rocha – Banco Central, RS

Liliane Maria Busato Batista – Banco Central, PR

Luiz Regis Prado – Ministério Público do Paraná, PR

Marcelo Dias Varella – Centro Universitário de Brasília, DF

Marcelo Labanca Correa de Araújo – Banco Central, PE

Tânia Nigri – Banco Central, SP

Vincenzo Demetrio Florenzano – Banco Central, MG

**Consultores**

Cassiomar Garcia Silva – Banco Central, DF

Guilherme Centenaro Hellwig – Banco Central, DF

Marcelo Madureira Prates – Banco Central, PR

Bruno Meyerhof Salama – Fundação Getúlio Vargas, SP

Camila Villard Duran – Universidade de São Paulo

Ellis Jussara Barbosa de Souza – Banco Central, RJ

Fabício Bertini Pasquot Polido – Universidade Federal de Minas Gerais

Fabício Torres Nogueira – Banco Central, DF

Felipe Chiarello de Souza Pinto – Universidade Presbiteriana Mackenzie

Flavio José Roman – Banco Central, DF

James Ferrer – George Washington University, EUA

João Alves Silva – Banco do Brasil

Leandro Novais e Silva – Banco Central, MG

Luciane Moessa de Souza – Banco Central, RJ

Marcelo Andrade Féres – Procuradoria-Geral Federal

Márcia Maria Neves Correa – Banco Central, RJ

Marcos Antônio Rios da Nóbrega – Universidade Federal de Pernambuco  
Marcos Aurélio Pereira Valadão – Universidade Católica de Brasília  
Marcus Faro de Castro – Universidade de Brasília  
Ney Faeyt Júnior – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
Otávio Luiz Rodrigues Júnior – Advocacia-Geral da União  
Paulo Sérgio Rocha – Ministério Público Federal  
Raul Anibal Etcheverry – Universidad de Buenos Aires, Argentina  
Rubens Beçak – Universidade de São Paulo  
Vicente Bagnoli – Universidade Presbiteriana Mackenzie  
Wagner Tenório Fontes – Banco Central, PE  
Yuri Restano Machado – Banco Central, RS

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 e de conteúdo.

# Procuradoria-Geral do Banco Central

## Procurador-Geral

Isaac Sidney Menezes Ferreira

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

Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos

#### Subchefe de Gabinete do Procurador-Geral

Felipe de Vasconcelos Pedrosa

### Procurador-Geral Adjunto

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer

### Subprocuradora-Geral da Câmara de Consultoria Geral

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

#### Procuradora-Chefe da Coordenação-Geral de Consultoria em Organização do Sistema Financeiro

Eliane Coelho Mendonça

#### Procurador-Chefe da Coordenação-Geral de Processos de Consultoria Internacional, Monetária e em Regimes Especiais

Igor Arruda Aragão

#### Procurador-Chefe da Coordenação-Geral de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro

Danilo Takasaki Carvalho

### Subprocurador-Geral da Câmara de Contencioso Judicial e Execução Fiscal

Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho

#### Procuradora-Chefe da Coordenação-Geral de Processos da Dívida Ativa e Execução Fiscal

Viviane Neves Caetano

#### Procurador-Chefe da Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes

Flavio José Roman

### Subprocurador-Geral da Câmara de Consultoria Administrativa e Assuntos Penais

Arício José Menezes Fortes

#### Procurador-Chefe da Coordenação-Geral de Processos de Consultoria Administrativa

Leonardo de Oliveira Gonçalves

#### Procurador-Chefe da Coordenação-Geral de Consultoria e Representação Penal

Cassiomar Garcia Silva

**Subprocuradora-Geral da Câmara de Gestão Legal**  
Adriana Teixeira de Toledo

**Procurador-Chefe do Centro de Estudos Jurídicos**  
Ricardo Ferreira Balota

**Procurador-Chefe do Banco Central no Distrito Federal**  
Milton Zanina Schelb

**Procuradora-Chefe do Banco Central no Rio de Janeiro**  
Fátima Regina Máximo Martins Gurgel

**Procurador-Chefe do Banco Central em São Paulo**  
César Cardoso

**Procurador-Chefe do Banco Central no Rio Grande do Sul**  
Lademir Gomes da Rocha

**Procurador-Chefe do Banco Central em Pernambuco**  
Marcelo Labanca Corrêa de Araújo

**Procuradora-Chefe do Banco Central no Estado da Bahia**  
Conceição Maria Leite Campos Silva

**Procurador-Chefe do Banco Central no Estado do Ceará**  
Jader Amaral Brilhante

**Procurador-Chefe do Banco Central no Estado de Minas Gerais**  
Leandro Novais e Silva

**Procuradora-Chefe do Banco Central no Estado do Pará**  
Ana Leuda Tavares de Moura Brasil

**Procuradora-Chefe do Banco Central no Estado do Paraná**  
Liliane Maria Busato Batista

# Sumário

## Editorial

Apresentação	
<i>Lademir Gomes da Rocha</i>	13
Nota da Edição	
<i>Ricardo Ferreira Balota</i>	15

## Artigos

Evolução da Regulação Bancária e a Crise Financeira de 2008/2009: o Banco Central do Brasil e as novas medidas pós-crise	
<i>Leandro Novais e Silva</i>	19
Mecanismos de Intervenção do Estado no Mercado de Saúde Suplementar: análise comparativa com os institutos do Direito italiano	
<i>Lucila Carvalho Medeiros da Rocha</i>	49
Ordem Econômica: análise do bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico	
<i>Juliana de Souza Macedo</i>	75
A Opção e o Interesse Processual do Credor no Ajuizamento de Ação de Conhecimento quando já Portador de Título Executivo Extrajudicial Idôneo a Embasar a Execução	
<i>Rosalina Freitas Martins de Sousa</i>	93

A Formação da Estratégia Nacional de Educação Financeira do Governo Brasileiro <i>Ana Quitéria Nunes Martins</i> _____	117
O Controle dos Custos nos Processos Licitatórios para Aquisição de Bens e Contratação de Obras e Serviços <i>Lucival Lage Lobato Neto</i> _____	167
O Combate ao Financiamento do Terrorismo no Brasil e a Teoria Econômica: riscos e medidas prudenciais <i>Mauro Salvo</i> _____	191

### **Pronunciamentos da Procuradoria-Geral do Banco Central**

Parecer Jurídico 222/2013-BCB/PGBC Parecer que analisa a natureza jurídica dos comitês de auditoria e suas semelhanças com os conselhos de administração e fiscal das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. <i>Igor Arruda Aragão, Danilo Takasaki Carvalho, Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira e Cristiano de Oliveira Lopes Cozer</i> _____	219
---	-----

Parecer Jurídico 263/2013-BCB/PGBC Parecer que analisa o abono de permanência previsto no § 19 do art. 40 da Constituição Federal de 1988, em razão de estarem satisfeitos os requisitos para aposentadoria previstos no art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005. <i>João Marcelo Rego Magalhães, Leonardo de Oliveira Gonçalves, Cristiano de Oliveira Lopes Cozer e Isaac Sidney Menezes Ferreira</i> ____	239
--	-----

Petição 1.467/2013-BCB/PGBC

Manifestação jurídica nas Arguições por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 77 e nº 165, nas quais se discutem a constitucionalidade e a legitimidade dos planos econômicos de estabilização monetária editados nas décadas de oitenta e noventa do século XX.

*Isaac Sidney Menezes Ferreira* \_\_\_\_\_ 273

Petição 6.520/2013-BCB/PGBC

Manifestação jurídica apresentada pelo Banco Central, visando a integrar a lide como assistente do impetrante, pleiteando a anulação de decisão de Vara do Trabalho que determinou bloqueio de recursos do Fundo Garantidor de Crédito (FGC) para garantir o pagamento de verbas trabalhistas devidas a empregados de sociedade empresária credora de instituição financeira submetida a regime especial.

*Marcio Vidal de Campos Valadares, Tania Nigri, Flavio José Roman, e Erasto Villa-Verde Filho* \_\_\_\_\_ 293

**Normas de submissão de trabalhos à Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central** \_\_\_\_\_ 317

## Apresentação

A filosofia kantiana tem a crítica não como mero inventário dos atributos positivos e negativos de um objeto, mas como compreensão das razões que tornaram possível a existência e o conhecimento do objeto criticado. Inspirada por essa ideia, a Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central alcança o segundo número de seu sétimo volume e ano de publicação. Seu sucesso é alicerçado na crítica que faz, no sentido kantiano, ao objeto cujo significado e importância ela se propõe a indagar: o Direito Econômico aplicável à execução da política econômica monetária e cambial e à regulação do sistema financeiro.

Essa indagação, implícita nas páginas desta Revista, e nas das que lhe precederam, ultrapassa o caráter especulativo-científico, tornando-se o conteúdo prático-concreto. Desde sua edição inicial, a Revista apresenta o duplo enfoque que caracteriza sua estrutura: em sua primeira parte, publica trabalhos acadêmicos que versam sobre temas afins à área de atuação do Banco Central do Brasil e da Advocacia Pública Federal; em sua segunda parte, pronunciamentos jurídicos produzidos pela Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) nos campos de consultoria e de contencioso judicial, oportunizando, aos especialistas e ao público, conhecer o entendimento da PGBC acerca de temas de relevo jurídico, econômico e regulatório.

Seguindo essa recente, porém profícua “tradição”, a edição que lhes apresento publica sete artigos doutrinários, que tratam de temas jurídicos e econômicos atuais, quais sejam a evolução da regulação bancária e das novas medidas adotadas pelo Banco Central do Brasil no cenário posterior à crise financeira de 2008 e 2009, os mecanismos de intervenção do Estado no mercado de saúde suplementar, a análise do bem jurídico protegido pelo Direito Penal Econômico, a opção do credor no ajuizamento de ação de conhecimento quando portador de título extrajudicial idôneo para embasar a execução, a formação da Estratégia Nacional de Educação Financeira do governo brasileiro, o controle dos custos nos processos licitatórios e a análise econômica do combate ao financiamento do terrorismo no Brasil.

No tocante aos pronunciamentos jurídicos da PGBC, oferece duas manifestações formuladas no exercício do procuratório judicial. Uma, digna de menção especial, são os memoriais apresentados pelo Banco Central do Brasil em seis processos em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal, que abrangem duas arguições de descumprimento de preceito fundamental e quatro recursos extraordinários, os quais versam sobre a aplicação das normas instituidoras dos planos de estabilização econômica conhecidos como planos Cruzado, Bresser, Verão, Collor I, Collor II e Real. Na manifestação, o Banco Central do Brasil discorre sobre o significado jurídico da moeda, da inflação e da indexação e defende a higidez jurídico-constitucional das referidas normas. A outra trata da manifestação do Banco Central do Brasil no mandado de segurança impetrado pelo Fundo Garantidor de Créditos contra ato do MM. Juiz Auxiliar em Execução da 14ª Vara do Trabalho de São Paulo, que havia determinado o bloqueio de valores relativos a contribuições do Banco Rural para o Fundo, na qual a autarquia defende, em síntese, seu interesse e sua legitimidade para intervir na causa e a impossibilidade de a execução trabalhista alcançar o patrimônio do Fundo Garantidor de Créditos.

Além disso, são publicadas duas manifestações produzidas pelas áreas de consultoria da PGBC. O primeiro parecer trata de tema relativo à regulação do sistema financeiro, analisando a natureza jurídica dos comitês de auditoria e destacando sua similitude com o Conselho de Administração e com o Conselho Fiscal das instituições financeiras e das demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. O outro parecer enfrenta tema afeto à relação entre o servidor público e a Administração, analisando o cabimento da concessão de abono de permanência ao servidor que permanece em serviço após satisfazer as condições para aposentadoria, com base na regra do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005, rejeitando a aplicação da norma como base na analogia.

Aos leitores desta publicação, deixo a sábia sugestão de Pontes de Miranda acerca do papel do intérprete ante a norma interpretada, conselho que cabe como uma luva a quem se propõe a interpretar, acadêmica e praticamente, as normas do direito regulatório aplicável à economia monetária: “Com a antipatia não se interpreta – ataca-se; porque interpretar é pôr-se do lado do que se interpreta”.

Desejo-lhes, pois, proffícuo – e simpática – leitura.

**Lademir Gomes da Rocha**

## Nota da Edição

A Procuradoria-Geral do Banco Central tem a satisfação de lançar o número 2 do volume 7 da sua Revista, que, com esta nova edição, entra em seu sétimo ano de existência, sempre fiel ao compromisso de contribuir para o desenvolvimento das letras jurídicas, por meio da difusão de novas ideias, estudos e reflexões críticas na seara do Direito Econômico e da Regulação Financeira.

Graças à capacidade criativa dos autores, esta edição traz artigos sobre uma gama bastante diversificada de assuntos, discutindo temas de relevância e interesse da comunidade jurídica. Temos a possibilidade de ler tanto sobre a questão da real eficácia da regulação, como sobre a importância da definição do bem jurídico que é tutelado pelo Direito Penal Econômico. Também são enfrentados temas como a avaliação da eficiência dos instrumentos de combate ao financiamento ao terrorismo, as qualidades e as deficiências das políticas públicas de educação financeira, o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle dos gastos públicos, a regulação financeira das operadoras de saúde suplementar e, ainda, as alternativas trazidas para o credor buscar a melhor forma de satisfação de seu crédito com o advento do “processo sincrético”.

Nesta edição, o artigo inicial, intitulado *Evolução da Regulação Bancária e a Crise Financeira de 2008/2009: o Banco Central do Brasil e as novas medidas pós-crise*, de autoria do Procurador do Banco Central Leandro Novais e Silva, discute a complexa questão da eficiência da regulação, argumentando no sentido de que a revolução regulatória havida nos últimos vinte anos tornou possível reduzir os impactos da crise financeira de 2008/2009 sobre a economia brasileira. Além disso, o artigo aborda o debate sobre a opção entre o reforço regulatório resolutivo (escolha de política pública) e a regulação prudencial, levando em consideração a eficiência na alocação de recursos escassos, a inevitabilidade das crises financeiras e uma proposta de tratamento de suas consequências negativas.

O segundo artigo, de autoria da Procuradora-Geral da Procuradoria Federal na Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) Lucila Carvalho Medeiros da Rocha, compara o regime regulatório brasileiro com a legislação italiana, destacando, em especial, as normas de liquidação extrajudicial de instituições financeiras italianas com as brasileiras aplicáveis às operadoras de saúde, sob o pano de fundo da questão dos limites constitucionais à intervenção do Estado no domínio econômico.

De autoria da Procuradora do Banco Central Juliana de Souza Macedo, o terceiro artigo, Ordem Econômica: análise do bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico, apresenta novo conceito de Direito Econômico, elaborado a partir de um exame minucioso do conceito de “ordem econômica”, que é de central importância para esse novo ramo do Direito, uma vez que corporifica o próprio bem jurídico tutelado pelas normas penais econômicas.

O artigo seguinte, A Opção e o Interesse Processual do Credor no Ajuizamento de Ação de Conhecimento quando já Portador de Título Executivo Extrajudicial Idôneo a Embasar a Execução, de autoria de Rosalina Freitas Martins de Sousa, defende a tese da existência do direito de o credor detentor de um título executivo extrajudicial propor, de acordo com seu interesse, uma ação de conhecimento ou uma ação de execução. Segundo o entendimento esposado pelo artigo, as modificações legislativas que introduziram no ordenamento brasileiro o chamado “sincretismo processual” trouxeram, em seu bojo, a superação da eventual falta de interesse processual do credor para propor a ação de conhecimento, que haveria no sistema anterior, uma vez que o procedimento de cumprimento de sentença pode lhe ser mais favorável.

Por seu turno, o próximo artigo, A Formação da Estratégia Nacional de Educação Financeira do Governo Brasileiro, da autora Ana Quitéria Nunes Martins, analisa criticamente as políticas públicas de educação financeira do governo brasileiro, consubstanciadas na Estratégia Nacional de Educação Financeira (Enef). Partindo da constatação de que organismos internacionais, como o Banco Mundial e a Organização para o Desenvolvimento Econômico (OCDE) teriam sido os responsáveis pela disseminação da agenda da educação financeira, o artigo analisa as políticas brasileiras à luz do cenário internacional relativo a estratégias de governos para a educação financeira.

Esta edição da Revista tem a satisfação de contar com a contribuição de dois analistas do Banco Central. Um desses artigos, O Controle dos Custos nos Processos Licitatórios para Aquisição de Bens e Contratação de Obras e Serviços, da autoria de Lucival Lage Lobato Neto, propõe a adoção de nova sistemática de controle dos custos totais existentes nos processos licitatórios. Dessa forma, seria possível à Administração obter resultados melhores nos processos licitatórios, reduzir custos e, além disso, aprimorar a qualidade dos gastos públicos.

O tema do outro trabalho é a avaliação da luta no Brasil contra o financiamento ao terrorismo. De autoria do analista Mauro Salvo, o artigo O Combate ao Financiamento do Terrorismo no Brasil e a Teoria Econômica: riscos e medidas prudenciais faz uma avaliação dos riscos de organizações criminosas internacionais utilizarem os mercados brasileiros para financiamento de ações terroristas e, além disso, propõe a adoção de mecanismos de monitoramento de fluxos de recursos estrangeiros que apresentem indícios de financiamento a grupos terroristas.

A seção de pronunciamentos da Procuradoria-Geral do Banco Central, conta as seguintes manifestações jurídicas da PGBC: um parecer sobre a natureza jurídica dos comitês de auditoria e suas semelhanças com o Conselho de Administração e com o Conselho Fiscal de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central; um parecer que analisa a natureza jurídica do abono de permanência instituído pela Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003; o memorial apresentado pela Procuradoria-Geral do Banco Central, que atua como *Amicus Curiae* nas Arguições por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 77 e nº 165, nas quais se discutem a constitucionalidade e a legitimidade dos planos econômicos de estabilização monetária editados nas décadas de 80 e 90 do século XX; por fim, a petição apresentada pelo Banco Central, que visa a integrar a lide como assistente do impetrante, pleiteando a anulação de decisão de Vara do Trabalho que determinou bloqueio de recursos do Fundo Garantidor de Crédito (FGC) para garantir o pagamento de verbas trabalhistas devidas a empregados de sociedade empresária credora de instituição financeira submetida a regime especial.

Brasília, 30 de dezembro de 2013.

**Ricardo Ferreira Balota**

Editor-Adjunto da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

# **Evolução da Regulação Bancária e a Crise Financeira de 2008/2009: o Banco Central do Brasil e as novas medidas pós-crise**

*“Numa natureza onde não existe regulação, não pode existir o bem.”*

Tim Maia

**Leandro Novais e Silva\***

*Introdução. 1 Estabilidade econômica: regulando em tempos de estabilidade. 1.1 Efeitos da estabilidade econômica e regulatória. 2 Voltando a regular em tempos de crise. 2.1 Medidas adotadas pelo Banco Central durante a crise financeira de 2008/2009. 3 Pós-crise: novas propostas regulatórias para o sistema financeiro. 3.1 Regulação prudencial versus regulação resolutiva. 4 Conclusão.*

## **Resumo**

A regulação bancária, a crise financeira de 2008/2009 e as medidas adotadas pelo Banco Central do Brasil são assuntos recorrentes nos meios especializados, multiplicando-se recentemente a literatura sobre tais temas. O artigo se propõe a estabelecer conexão entre os temas, de forma cronológica. Discute a evolução da regulação bancária recente, dos últimos vinte anos, ajustando-a com a estabilidade econômica alcançada pelo país desde 1994, além do tripé macroeconômico que se esboçou para o Estado brasileiro. Conecta, à crise financeira, o cenário regulatório e econômico já consolidado e formatado nos últimos vinte anos.

---

\* Leandro Novais e Silva é mestre e doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), instituição em que é Professor Adjunto da disciplina; pesquisador associado do Núcleo de Economia dos Transportes, Antitruste e Regulação (NECTAR-ITA); e Procurador do Banco Central do Brasil.

Ressalta que esse cenário possibilitou que se enfrentasse, de forma consistente, a crise financeira de 2008/2009. Relata as principais medidas adotadas pelo Banco Central no ápice da crise financeira de 2008/2009. Na última seção, pós-crise, debate a eficiência da regulação. O jogo regulatório aqui se estabelece – não em contraposição, mas em eficiência regulatória – entre regulação prudencial e regulação resolutiva.

**Palavras-chave:** Crise financeira. Regulação bancária. Estabilidade macroeconômica. Eficiência regulatória.

***Evolution of Banking Regulation and the Financial Crisis of 2008/2009:  
the Central Bank of Brazil and new post-crisis measures***

***Abstract***

*The banking regulation, the financial crisis of 2008/2009 and the measures adopted by the Central Bank of Brazil are recurrent issues in specialist circles, multiplying recently the literature on such topics. The paper proposes to establish a connection between the themes, chronologically. Discusses the recent evolution of banking regulation, in the last fifteen years, adjusting it to the economic stability achieved by the country since 1994, and the formation of macroeconomic tripod that was designed for the Brazilian State. Connects the economic and regulatory environment has consolidated and formatted in the last fifteen years to the financial crisis. We emphasize that this scenario allowed us to address more consistently the financial crisis of 2008/2009. Reports the main measures adopted by the Central Bank at the apex of the financial crisis of 2008/2009. In the last section, post-crisis, debate the effectiveness of regulation. The regulatory game down here – not in opposition but on regulatory efficiency – between prudential regulation and solving regulation.*

**Keywords:** *Financial crisis. Banking regulation. Macroeconomic stability. Regulatory efficiency.*

**JEL Classification:** G01; G28; K23; E58

## Introdução

A regulação bancária, a crise financeira de 2008/2009 e as medidas adotadas pelo Banco Central do Brasil são assuntos recorrentes nos meios especializados, multiplicando-se recentemente a literatura sobre tais temas<sup>1</sup>. Cuidar continuamente da crise financeira de 2008/2009 atrai especial atenção do público especializado, também a do leigo, porque a crise faz realçar sentimentos básicos do ser humano, de perplexidade, de curiosidade, afetado pelo momento crítico ou decisivo da economia.

A acepção dicionarizada do vocábulo crise, do grego *krísis*, traz, em primeiro lugar, sua acepção médica, como “momento decisivo em uma doença, quando toma o rumo da melhora ou do desenlace fatal” ou “alteração súbita, comumente para melhora, no curso de uma doença aguda”<sup>2</sup>. O doente crítico representa para a medicina o que a crise representa para a economia<sup>3</sup>, o estágio mais avançado de aprendizagem das disciplinas. Infelizmente, no cenário econômico, o ser humano recorrentemente se esquece das lições do passado<sup>4</sup>.

Este artigo se propõe, então, a estabelecer conexão entre regulação bancária e crise financeira, de forma cronológica. Em primeiro plano, na seção 1, discute-se a evolução da regulação bancária recente, dos últimos vinte anos, ajustando-a com a estabilidade econômica alcançada pelo país desde 1994, além da formação do tripé macroeconômico, proposta que se esboçou para o Estado brasileiro num jogo de múltiplas influências, de efeitos benéficos.

Em segundo plano, na seção 2, almeja-se conectar, à crise financeira, o cenário regulatório e econômico já consolidado e formatado nos últimos vinte anos. O ponto de peso aqui é que esse cenário propiciou o enfrentamento da crise financeira de 2008/2009 de forma consistente.

Além disso, do ponto de vista descritivo, realçam-se as principais medidas adotadas pelo Banco Central no ápice da crise financeira de 2008/2009.

---

1 Para abordagem elaborada pelos organismos internacionais de regulação, cf. *World Bank* (2012). Também *Bank for International Settlement* (2012).

2 Cf. Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa (2004).

3 Cf. Saddi (2001).

4 Significativa esta passagem sobre o que se convencionou chamar de espírito animal do ser humano: “*To understand how economies work and how we can manage them and prosper, we must pay attention to the thought patterns that animate people’s ideas and feelings, their animal spirits. We will never really understand important economic events unless we confront the fact that their causes are largely mental in nature*” (AKERLOF e SHILLER, 2009, p. 1). Cf. igualmente o clássico trabalho de Kindleberger (2005) e o trabalho de Chancellor (2001).

Representou uma espécie de “eterno retorno” regulatório, conjuntural, para os tempos de crise<sup>5</sup>.

Na seção 3, pós-crise, há o retorno regulatório não conjuntural, mais constante e perene, cujas lições da crise parecem refletir as novas propostas regulatórias. Salvo o doente crítico, é tempo de saber se as lições da crise irão resultar em boa regulação, em doses adequadas do remédio a serem administradas ao paciente no futuro.

O debate aqui, já menos descritivo, relaciona-se com a eficiência da regulação. Para alguns, as crises financeiras, por serem incontornáveis, irão acontecer invariavelmente, obedecendo ou não a ciclos econômicos<sup>6</sup>. Seria mais eficiente atuar de forma muito mais efetiva em regulação resolutive. Não se abandona a regulação preventiva, essência do sistema regulatório financeiro, mas os esforços deveriam se voltar para a regulação resolutive<sup>7</sup>. É a provocação final em uma linha da análise econômica da regulação.

Dois observações são necessárias. A primeira: este artigo explora nitidamente a interação entre direito e economia. No entanto, embora os elementos econômicos sejam essenciais, não há discussão aprofundada sobre os caracteres econômicos. O que se enfatiza é a relação entre direito e economia, que se realça na leitura jurídico-econômica da regulação financeira. A segunda: para os principais argumentos do artigo aproveitou-se, em grande parte, a linha de palestra recorrentemente feita pelo Procurador-Geral do Banco Central em inúmeros eventos, nacionais e internacionais. Em particular quanto aos elementos factuais, os dados constantes da palestra foram extensivamente aproveitados. No entanto, o artigo não veicula a visão oficial da instituição, expressando exclusivamente a opinião do autor, até mesmo no que diz respeito aos eventuais equívocos.

---

5 Para as implicações da crise para o ambiente institucional e a democracia, cf. Posner (2009 e 2010).

6 O início do debate sobre esse ponto pode ser visto em Rogoff e Reinhart (2010). Com análise estatística muito bem documentada dos episódios de crise financeira, os autores assinalam: “Esperamos que o peso das evidências aqui fornecidas ofereça aos futuros políticos e investidores um pouco mais de material para reflexão, antes de mais uma vez declararem: ‘Esta vez é diferente’. Quase nunca é”.

7 Cf. Prates (2013).

## 1 Estabilidade econômica: regulando em tempos de estabilidade

A tentativa de originalidade no que concerne a regulação econômica e estabilidade reside no argumento de múltipla influência da política econômica (macroeconomia) com a regulação do sistema financeiro (como microeconomia).

Para realçar o argumento de que boas políticas econômicas, contínuas e perenes, influenciam positivamente o cenário regulatório, garantindo previsibilidade e segurança ao ambiente jurídico, que se volta para a política econômica, fortalecendo-a, é indispensável traçar algumas características da estrutura do sistema financeiro bem como salientar o processo de estabilidade econômica inaugurado pelo Plano Real (1994), aclarando o cenário para a reestruturação do sistema financeiro interno (1995/1996) e possibilitando ao Banco Central aprimorar a regulação em tempos de estabilidade.

A estrutura do Sistema Financeiro Nacional é composta de três conselhos: (i) Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPIC); (ii) Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP); e (iii) Conselho Monetário Nacional (CMN). Duas instituições – Banco Central do Brasil e Comissão de Valores Mobiliários (CVM) – fazem parte do órgão normativo do CMN, regulando a moeda e o crédito. Este artigo não cuida, por óbvio, do mercado de capitais, pois a regulação da Bolsa de Valores e da Bolsa de Mercadorias e Futuros é papel da CVM.

No que se refere aos mercados organizados para a atividade econômica, o artigo se concentra na atividade regulatória desempenhada pelo Banco Central. Paralelamente a cuidar da regulação das instituições financeiras, bancos de câmbio e outros intermediários, como consórcios e cooperativas, o Banco Central desempenha importantes atribuições no que se refere à política monetária e cambial (art. 164 da Constituição da República e Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964). É partícipe da política econômica.

Em linhas gerais, centrada na atividade nitidamente regulatória, a autarquia cuida da entrada, da permanência e da saída das instituições do sistema financeiro<sup>8</sup>. Nesse âmbito, regula todos os requisitos de entrada no sistema, como capital necessário para funcionamento, reputação ilibada dos administradores (o que vem

---

8 Para conhecer o histórico das razões pelas quais o Estado regula determinados setores mais intensamente e saber quais são as variáveis reguladas, cf. Viscusi, Vernon e Júnior Harrington (2001) e Goodhart (2010, Chapter 5, p. 165-186).

sendo chamado de ficha limpa do sistema financeiro), regras de permanência no sistema, conflitos – no limite das suas atribuições – consumeristas e concorrenciais, além de aplicar sanções administrativas, nos termos da supervisão do sistema. A regulação prudencial compreende entrada e permanência das instituições no sistema. Por fim, cuida da saída das instituições do sistema, o que compreende a regulação resolutiva, cujo efeito mais visível é a solução por meio de liquidação extrajudicial (Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974).

O que é significativo aqui – apontado como solução exitosa para o caso brasileiro – é a conjugação de atribuições tanto de política macroeconômica (políticas monetária e cambial), que resulta no controle da inflação, como de atuação regulatória, de funcionamento do sistema financeiro, em única instituição<sup>9</sup>. O modelo brasileiro, ao concentrar atribuições em única instituição, propicia efetiva interação entre estabilidade econômica e previsibilidade regulatória<sup>10</sup>.

A convivência por longas décadas, em particular nos anos 80, com inflação elevada, desorganizou o sistema, gerando descrédito internacional e dificultando o crescimento do país. Do ponto de vista regulatório, as regras tinham pouca eficiência, atuando o Banco Central seguidamente de forma conjuntural (“apagando incêndios”), sem previsibilidade e sem cálculo da atividade financeira.

O Plano Real (1994), diferentemente dos planos anteriores<sup>11</sup>, não adotou um regime abrupto de congelamento de preços ou de confisco como no caso dos Planos Cruzado e Collor, respectivamente.

Ao captar de forma mais inteligente a formação da expectativa inflacionária pelos agentes econômicos, e não somente a inércia inflacionária, o Plano Real formulou uma regra de transição, traduzida na Unidade Real de Valor (URV), permitindo operar, gradativamente, a desindexação da economia<sup>12</sup>. O sistema de

9 “Existem argumentos favoráveis à centralização destas funções em uma única agência (não necessariamente no Banco Central) ou a sua separação em agências especializadas. No caso brasileiro, a convivência destas duas funções dentro de uma única agência reguladora, o Banco Central, foi um arranjo institucional eficaz, sobretudo no período de preparação e de implementação do Plano Real. De fato, naquele momento, o primado da estabilização macroeconômica dominava qualquer outro objetivo governamental, exigindo a centralização das decisões de política monetária e de supervisão em uma única agência, responsável tanto pela política anti-inflacionária como pela estabilidade do sistema financeiro” (BOLLE e CARNEIRO (org.), 2010, p. 124).

10 Para discussão sobre outros modelos de bancos centrais e de regulação bancária fragmentada, cf. Lastra (2000).

11 Para compreensão do ambiente político em que o Plano Real foi elaborado, cf. Prado (2005).

12 “A indexação precisaria ter caráter contemporâneo. Em outras palavras, deveriam ser evitadas as defasagens habitualmente presentes nos mecanismos usuais de correção monetária, segundo os quais a inflação apurada para determinado período servia de base para atualizar preços e contratos somente mais adiante. Só assim haveria neutralidade e a noção de correção monetária estaria integralmente vinculada à Unidade Real de Valor” (SENNA, 2010).

preços se acomodou de forma gradativa ao novo padrão monetário, realçando o verdadeiro trabalho por seus idealizadores da compreensão do comportamento dos agentes econômicos. O Plano Real é um legítimo trabalho de aplicação de elementos da economia comportamental para correta leitura e elaboração de regras jurídicas<sup>13</sup>.

**Amostragem de evolução mensal da inflação antes e depois da implementação do Plano Real, calculados sobre valores divulgados pelo Banco Central**

Out 1993 35,14%	Nov 1993 36,96%	Dez 1993 36,22%	Jan 1994 42,19%	Fev 1994 42,41%	Mar 1994 44,83%	Abr 1994 42,46%
Mai 1994 40,95%	Jun 1994 46,58%	Jul 1994 6,08%	Ago 1994 5,46%	Set 1994 1,51%	Out 1994 1,86%	Nov 1994 3,27%

Ao vencer o crônico processo inflacionário<sup>14</sup>, depois de sucessivos planos econômicos frustrados, o Brasil pavimentou o sistema financeiro para dupla função: reestruturação interna dos agentes e evolução regulatória.

O primeiro aspecto visível da estabilidade econômica, antes mesmo do aprimoramento mais consistente da regulação prudencial e resolutiva, foi a reestruturação interna do sistema financeiro. O sistema financeiro nacional era, então, caracterizado por significativa participação de bancos estatais, ganhos inflacionários expressivos e ausência de diversidade de instrumentos bancários. Tal cenário dificultava sobremaneira o gerenciamento de riscos – os balanços e os controles não eram confiáveis, além de expor a limitada competitividade entre as instituições.

O fim do cativo ganho inflacionário evidenciou os problemas contábeis e de liquidez das instituições financeiras. O cenário de transparência contábil demonstrou que as instituições, sem efetiva concorrência e sem eficiência, sustentavam-se por conta do *floating* inflacionário. Problemas significativos de liquidez foram identificados entre 1995 e 1996, caracterizando verdadeira crise bancária interna. Três das sete maiores instituições do país à época sucumbiram (Bancos Econômico, Nacional e Bamerindus).

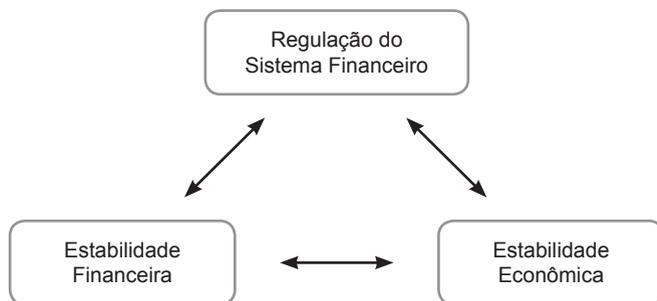
13 Cf. também Franco (1995), em particular o capítulo 2, O Plano Real e a URV: fundamentos da reforma monetária brasileira de 1993-94.

14 “O principal objetivo do Plano Real fora cumprido, para o que contribuiu uma série de fatores. Primeiro, a ideia de desindexação pela indexação plena mostrou-se altamente eficaz. Segundo, a comunicação com o público funcionou adequadamente. Terceiro, a apreciação da moeda nacional nos meses iniciais do plano deu grande impulso à formação de expectativas inflacionárias favoráveis – o real nasceu forte, como já dissemos. Quarto, a política monetária foi fortemente restritiva” (SENNA, 2010, p. 492).

Os primeiros marcos de modificação do ambiente regulatório estiveram relacionados à reestruturação bancária interna. Em 1995, o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (Proer) propiciou a reorganização de instituições financeiras em estado crítico e a transferência do controle. Em 1996, semelhante programa foi executado em âmbito estadual. O Programa de Incentivo à Redução da Participação do Setor Público Estadual na Atividade Bancária (Proes) possibilitou profundo saneamento das instituições financeiras estaduais por meio de amplo processo de privatização, incorporação e liquidação. Associou-se aos programas, já em índole de aprimoramento da regulação resolutiva, a constituição do Fundo Garantidor de Créditos (FGC) entre 1995 e 1996, como um seguro de depósitos com recursos das próprias instituições financeiras<sup>15</sup>.

De forma que se consolidasse definitivamente o ambiente de estabilidade, o tripé macroeconômico restou formalizado, com incorporação do *standard* internacional ao regime de metas de inflação, ao câmbio flutuante, e à Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000), estabelecendo padrões rígidos de controle para disciplina das finanças estatais.

O ambiente macroeconômico – com inflação sob controle – estável, além da brutal reestruturação dos agentes do sistema financeiro, definitivamente possibilitou ao Banco Central explorar intensamente a interação entre a estabilidade econômica e financeira e a regulação do sistema financeiro, tal como visto no esquema a seguir.



15 Vale destacar igualmente, no âmbito da reestruturação, a instituição de instrumentos resolutivos, em razão da MP nº 1.182/1995, convertida na Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997: (i) capitalização de instituições financeiras (aporte de recursos); (ii) transferência de controle; (iii) reorganização societária, com possibilidade ainda, em meio a regime especiais, de (iv) transferência de bens, direitos e obrigações para outra sociedade; e (v) constituição ou reorganização de sociedade para continuar a atividade bancária (*good bank* versus *bad bank*).

Os eixos de aprimoramento da regulação bancária tiveram como primeiro aspecto, e talvez o mais essencial nessa fase, a convergência a padrões internacionais, em particular no que se refere às normas prudenciais. Houve, nesse sentido, nítido esforço para implementação das recomendações de Basileia I, gradativamente entre 1994 e 2001, com ênfase na adequação entre o patrimônio e o grau de risco das operações bancárias, relacionando o nível de capital com o volume de ativos. Antes da efetiva estabilidade econômica, era improvável pensar utilizar o grau de exposição a risco das operações bancárias como critério de adequação.

Outra linha de aprimoramento esteve relacionada com a reestruturação do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), possibilitando a liquidação de transferências interbancárias em tempo real, em caráter irrevogável e incondicional, incorporando os *core principles* do *Committee on Payment and Settlement Systems* (CPSS).

Outro eixo relacionou-se com a estrutura de monitoramento, que foi complemente aperfeiçoada, na linha das recomendações de Basileia II, quanto ao gerenciamento de riscos (Resolução nº 3.380, de junho de 2006, quanto ao risco operacional; Resolução nº 3.464, de 26 de fevereiro de 2007, quanto ao risco de mercado; e Resolução nº 3.721, de 30 de abril de 2009, quanto ao risco de crédito). Ainda no que se refere à estrutura de monitoramento, houve constituição do Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS) (2005), importante instrumento de supervisão na área de prevenção e combate a ilícitos financeiros. Também o Sistema de Informações de Créditos (SCR) (2008), abrangendo todas as operações de crédito superiores a R\$1.000,00, que possibilitou ao Banco Central monitorar o risco de crédito e o grau de exposição das instituições financeiras. O sistema igualmente instituiu incentivos para o processo de inclusão financeira.

No ambiente jurídico externo ao Banco Central, três alterações legais foram importantes. A primeira, da própria Constituição da República, por meio da EC nº 40, em 2003, flexibilizou o formato para regulação do Sistema Financeiro, permitindo sua veiculação em diversas leis. A segunda, a nova lei de falências (Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005), promovendo estímulo ao crédito, com proteção dos créditos das instituições financeiras contra agentes econômicos

sob regime falimentar (trava bancária)<sup>16</sup>, em linha com as recomendações da *United Nations Commission on International Trade Law* (Uncitral). Por último, novos instrumentos para securitização do crédito bancário e imobiliário (Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004) e relativo ao agronegócio (Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004).

Para fechar esse histórico recente do aperfeiçoamento regulatório, em nítida conexão com o ambiente de estabilidade econômica e financeira, volta-se ao argumento institucional. O Banco Central viveu duas gestões visivelmente estáveis e contínuas, de 1999 a 2010<sup>17</sup>, sem independência funcional formal (mas existente na prática – independência *de facto*), o que garantiu e reforçou a coordenação e a previsibilidade das alterações regulatórias. O ambiente institucional estável, diferentemente do que se viu na maior parte das demais agências reguladoras instituídas na década de 1990 no Brasil, contribui para êxito do aprimoramento no campo regulatório.

## 1.1 Efeitos da estabilidade econômica e regulatória

Não é possível superdimensionar os efeitos da estabilidade econômica e regulatória, mas os ganhos sociais foram inegáveis<sup>18</sup>. Há também forte componente político, em particular pelos programas sociais – bolsa família, como exemplo – como catalisadores dos efeitos positivos. Há uma literatura que cuida de separar e mensurar o impacto particular das iniciativas de política econômica e de política social. Visivelmente os elementos estão tão intimamente conectados, que o verdadeiro retrato dos ganhos sociais dos últimos dez anos só é alcançado quando se enxerga o quadro completo.

---

16 Art. 49, §§ 3º, 4º e 5º da Lei nº 11.101, de 2005.

17 Refiro-me às gestões do presidente Armínio Fraga (1999-2002) e do presidente Henrique Meirelles (2003-2010).

18 No que se refere tão somente aos efeitos positivos do Plano Real e da estabilização monetária, veja esta passagem: “Por tudo isso, a regeneração da moeda no Brasil representava um profundo reordenamento social. O impacto do Plano Real sobre o processo eleitoral, o mais visível desses efeitos, talvez tenha sido apenas a superfície. A nova moeda recomporia as trocas sociais e permitiria que as pessoas percebessem ‘o valor das coisas’, com isso estendendo a teia de seus efeitos para todo o espectro de simbolismos associados ao dinheiro, sugerindo a identificação entre inflação e imoralidade e, assim, confundindo-se com os imperativos éticos que vinham assoberbando a população brasileira há tempos. Como observaria um psicanalista, como decorrência da inflação brutal, ‘o sujeito é arrancado do espaço de trocas inter-humanas e deslocado para as fronteiras da ordem social ... o espaço se desloca da posição de lugar de trocas intersubjetivas para uma posição de lugar de guerra de quase todos contra todos ... é nesse registro psíquico que podemos sublinhar alguns dos efeitos mais perversos da crise brasileira sobre a subjetividade, dentre as quais a moral cética que permeia o tecido social [a lei do Gerson!!!] é sua versão mais sublimada. Não é à toa que a estabilidade de preços teve tamanha ressonância no corpo social” (FRANCO, 1995, p. 90).

No que toca diretamente à estabilidade econômica e financeira, é possível destacar o seguinte: (i) redução da desigualdade social e do nível de desemprego; (ii) aumento da renda média e do acesso ao crédito; (iii) melhora significativa na distribuição de renda e da mobilidade social; (iv) desenvolvimento dos mercados de crédito e de capital; (v) crescimento do investimento. No que envolve também a estabilidade regulatória, saliente-se: (i) inclusão financeira e (ii) ambiente mais sólido diante de crises e choques internos e externos.

Justifica-se com dados quantitativos e qualitativos que, embora o crescimento econômico tenha sido instável, a análise comparativa com a década de 1980 é visivelmente positiva. Segundo dados das duas últimas décadas, o Produto Interno Bruto (PIB) evoluiu de pouco mais de 2 trilhões de reais em 1990 para quase 4,5 trilhões de reais em 2012, já incorporando os efeitos da inflação<sup>19</sup>.

Uma análise da taxa de desemprego no intervalo dos últimos dez anos evidencia recuo prolongado e consistente, deixando patamares de 11% da população economicamente ativa em 2002 para um índice abaixo de 6% no início de 2013, o que resulta em mínimas históricas na avaliação. Um dado relevante na série histórica é a criação de 8,8 milhões de empregos formais de 2007 até o início de 2013<sup>20</sup>.

Outro dado significativo está relacionado com a expansão de crédito, ainda que tal efeito esteja vinculado igualmente a uma política mais expansionista (e conjuntural) nos últimos cinco anos. De qualquer forma, é expressivo que, entre 2001 e 2005, a concessão do crédito girava em torno de 25% do PIB. A partir de 2006, a expansão é visível e gradual, atingindo, em 2012, 50% do PIB. Houve crescimento médio do saldo nominal de 2005-2008 de 25,2% e de 2009-2011 de 18,3%<sup>21</sup>.

É passível de debate se a expansão se deu de forma plenamente sustentável. De qualquer forma, não se registraram níveis desproporcionais de inadimplência nos últimos cinco anos. Além disso, a expansão do crédito foi uma das válvulas de escape para enfrentamento interno da crise financeira de 2008/2009. Os efeitos positivos – continuidade da expansão – certamente estão no fim, em razão da capacidade de endividamento e pagamento da população (já no seu

---

19 Fonte: Banco Central do Brasil e Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

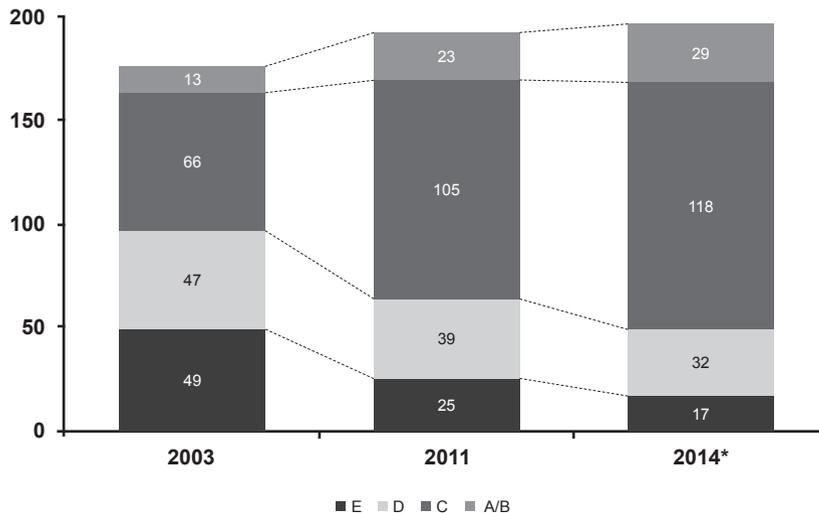
20 Fonte: Banco Central do Brasil, IBGE e Ministério do Trabalho e Emprego (MTE).

21 Fonte: Banco Central do Brasil.

limite), além dos visíveis gargalos de infraestrutura (como obstáculo ao aumento da oferta produtiva).

Ainda assim, houve efeito significativo de inclusão financeira, resultado direto da atuação no âmbito da regulação direcionada. Em 2000, inúmeros pontos do território brasileiro apresentavam municípios completamente desatendidos de estabelecimento bancário. Em 2010, todos os municípios brasileiros tinham, pelo menos, uma agência bancária, um posto de atendimento ou um correspondente bancário<sup>22</sup>. Inegavelmente a ampliação da cobertura financeira é uma marca da estabilidade regulatória e de incentivos à expansão.

Obteve-se resultado amplamente combinado do cenário de estabilidade econômica e financeira (crescimento econômico, baixo desemprego, acesso ao crédito), da evolução regulatória, além de programas sociais focalizados. Decorreu daí comprovada mobilidade social, com formação de relevante classe C no país, que vem sendo chamada de “nova classe média”, como se vê na ilustração seguinte, projetando para 2014 a consolidação de 118 milhões de brasileiros nesse estrato<sup>23</sup>.



22 Fonte: Banco Central do Brasil e IBGE.

23 Fonte: FGV.

A “nova classe média”, na definição econômica, estaria situada em uma renda domiciliar (de todas as fontes), por mês, entre R\$1.200,00 a R\$5.174,00. Na classe E, o limite seria R\$751,00. A classe D estaria situada no intervalo de R\$751,00 a R\$1.200,00. A classe AB estaria no estrato superior a R\$5.174,00<sup>24</sup>.

A literatura sobre esse tema é vasta, controversa, com objeções à definição de nova classe média em casos mais radicais. Sob o prisma nitidamente sociológico, compreende-se que essa nova classe média não compartilharia o mesmo ambiente social da tradicional classe média brasileira. É vista ainda, por esse prisma, como uma classe visivelmente precarizada e instável, capaz de retroceder tão facilmente como ascendeu socialmente, bastando a interrupção das políticas públicas conjunturais<sup>25</sup>.

Tal compreensão é acertada. Contudo, o efeito de mobilidade social é inegável, ainda que calcada em critérios nitidamente econômicos. Do ponto de vista metodológico, é possível vincular as consequências positivas da mobilidade ao ambiente de estabilidade econômica e financeira, além da evolução regulatória no que diz respeito à inclusão financeira.

Repensar daqui – além da correção de erros – boas políticas para consolidação e consistência da mobilidade social coloca-se como um desafio<sup>26</sup>. Mas o fato é que, fora dos limites deste artigo<sup>27</sup>, é possível estabelecer conexão entre eficientes políticas públicas (macro e microeconômicas) e efetivas repercussões sociais.

O foco sobre efeitos positivos do recente cenário de estabilidade e de evolução regulatória para enfretamento da crise financeira de 2008/2009 será analisado no próximo tópico.

---

24 Cf. Neri (2012, p. 82).

25 Sobre a continuidade de políticas públicas que, no médio prazo, provocaram os efeitos positivos da mobilidade social, é interessante acompanhar a abordagem de Singer (2012). Ainda que a análise seja crítica, a atuação do Governo Lula, preservando o pacto conservador (as bases econômicas da estabilidade) e introduzindo uma reforma gradual (programas sociais mais amplos) como alternativa política, sustentou visivelmente a ascensão social.

26 Não é objetivo do artigo abrir tal discussão, mas “revoltas de junho”, como se têm chamado as recentes mobilizações sociais no Brasil, podem traduzir uma leitura sobre a ineficiência do Estado para consolidação de políticas públicas que permitiram a ascensão social, ineficiência potencializada pela crise de representatividade. Só a título informativo, cf. Resende (2013).

27 Sobre o debate redistributivo das políticas públicas, com a ênfase em atualizada ideia do *rent-seeking*, veja a interessante discussão promovida pelo trabalho de Lisboa e Latif (2013).

## 2 Voltando a regular em tempos de crise

Um dos efeitos mais positivos do cenário de estabilidade macroeconômica e do aprimoramento regulatório, do ponto de vista interno da atuação do Banco Central do Brasil, foi a melhor e a mais segura situação brasileira para enfrentamento da crise financeira de 2008/2009<sup>28</sup>.

Pode-se afirmar, por um lado, que o epicentro da crise se deu nos Estados Unidos, e que sua origem não foi necessariamente bancária, mas nitidamente vinculada a novos instrumentos financeiros de empacotamento e comercialização de dívidas (derivativos), cujo setor mais associado foi o mercado imobiliário (e sua irresistível bolha de crescimento). Isso significa que o Brasil foi simplesmente vítima da crise financeira e sofreu “apenas” os efeitos secundários, consubstanciados – na sua maior parte – na generalizada insuficiência de liquidez<sup>29</sup>.

Por outro lado, pode-se afirmar igualmente que os países emergentes (ou periféricos) vivem constante necessidade de demonstrar segurança e confiabilidade ao mercado internacional em particular, aos investidores internacionais<sup>30</sup>. Sem hesitação, os fundamentos macroeconômicos ou de regulação podem ser testados em uma crise de tal proporção. E o Brasil estava preparado, resultado de boa política conjunta nos últimos quinze anos.

Para justificar esse ambiente mais sólido e consistente, três significativos momentos regulatórios podem ser salientados.

O processo de saneamento da indústria bancária brasileira – por problemas internos de gestão e nefasta convivência do público e privado – ocorreu no país há mais de dezoito anos, antecipando-se à crise financeira em mais de quinze anos. É obvio que a necessidade do saneamento bancário internacional – com ênfase nos Estados Unidos e na Europa – resultou da excessiva utilização e da exposição tóxica aos instrumentos financeiros, cuja alavancagem foi superdimensionada. No entanto, por razões internas próprias, o Banco Central foi capaz de fazer o “dever de casa” com consistência, antecipando nosso

---

28 Veja, a propósito, Giambiagi e Garcia (2010), em particular os capítulos 12 – A experiência brasileira de regulação: um caso de sucesso? e 13 – Gestão do Banco Central no pânico de 2008.

29 Cf. os excelentes ensaios do economista Resende (2013, com ênfase nos capítulos 9 a 14).

30 Nunca é demais lembrar as recorrentes crises vividas pelo México em 1994/1995, pelos asiáticos em 1997, pelos russos em 1998 e pela Argentina em 2000/2001, que, aparentemente, nunca mais se recuperou.

saneamento bancário. Há ainda esqueletos de liquidação, que só agora estão sendo equacionados<sup>31</sup>, além de problemas pontuais recentes<sup>32</sup>. De qualquer forma, no que concerne ao sistema financeiro nacional, a percepção de solidez e credibilidade se consolidou. Isso foi significativo para suportar efeitos de uma crise financeira. O que se destaca aqui, portanto, é a eficácia da regulação resolutiva, até mesmo como efeito de combate ao risco moral (*moral hazard*)<sup>33</sup>.

Antes do momento vinculado estritamente à regulação prudencial, houve reformulação do SPB, uma alteração estrutural – mencionada antes – indispensável para bom controle do sistema. A reformulação do SPB representou mais eficiência nos instrumentos de pagamento, possibilitando liquidação de transferências bancárias em tempo econômico. Além disso, o sistema de compensação tornou-se não comunicável à incidência dos regimes de insolvência civil, recuperação judicial, falência ou liquidação extrajudicial a que fosse submetido qualquer participante. A adoção de novos instrumentos de pagamento, a certeza da compensação e a eficácia da liquidação em tempo econômico incrementaram substancialmente a estrutura na qual se podia gerenciar riscos no sistema.

Aqui, portanto, o terceiro momento regulatório: toda a sorte de gestão de riscos, que venha a se configurar o núcleo da regulação prudencial de permanência das instituições financeiras. Gerenciar riscos operacionais, de mercado e de crédito, incorporando as diretrizes de Basileia I e II, possibilitou, dentro do possível, garantir um sistema financeiro consistente, com capitalização de salvaguarda e com ativos adequadamente ponderados pelo risco.

Dos efeitos da crise financeira no Brasil, suportado pelo ambiente regulatório mais consistente, com alterações estruturais, de regulação prudencial e de regulação resolutiva, os itens mais relevantes foram: (i) insuficiência generalizada de liquidez; (ii) dificuldades de financiamento para bancos pequenos e médios;

---

31 No âmbito da Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, o Banco Central do Brasil recebeu, de janeiro a junho de 2013, valores de R\$13,060 bilhões de instituições que foram submetidas a liquidação extrajudicial na década de 1990 – Bamerindus, Banorte, Econômico e Nacional –, encerrando litígios que duravam mais de dez anos.

32 O caso do Banco Panamericano, além das liquidações de bancos médios e pequenos, como o Banco Cruzeiro do Sul, em 2012, e o Banco BVA, em 2013.

33 Os instrumentos de resolução bancária, em particular os introduzidos pela Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, além da ideia da responsabilidade ilimitada das instituições financeiras quebram a forte “percepção de que é mais fácil para a autoridade monetária socorrer as instituições bancárias em momentos de crise do que obrigá-las a serem mais cautelosas em momentos de euforia”, de maneira que os agentes são obrigados a internalizar os custos impostos à sociedade por seus erros de julgamento. Cf. Bolle e Carneiro (org.) (2010, p. 135).

(iii) problemas na rolagem de dívidas de bancos com o exterior; e (iv) dificuldades na obtenção de financiamento para o comércio exterior.

Sensivelmente, a maior parte dos efeitos da crise financeira no Brasil esteve relacionada com os problemas de liquidez para as instituições financeiras, razão clara do fechamento, no ápice da crise, dos canais de financiamento no exterior. Nem mesmo os países mais sólidos, nos quais os sistemas financeiros refletem e exalam confiança, deixaram de sentir consequências negativas da brutal redução da liquidez internacional.

O fato é que não decorreu daí a crise bancária no Brasil. A maior parte das medidas adotadas, como se verá a seguir, estava relacionada aos canais de financiamento. Nem por isso, todavia, as medidas pós-crise irão deixar de debater, no âmbito interno, novo aperfeiçoamento das regulações prudencial e resolutiva.

## 2.1 Medidas adotadas pelo Banco Central durante a crise financeira de 2008/2009

Ante a constrição de liquidez, as medidas emergenciais adotadas foram: (i) condições especiais para redesconto; (ii) empréstimos em moeda estrangeira; (iii) redução do valor do recolhimento compulsório; (iv) ampliação da garantia de depósitos; (v) acordos de troca (*swap*) de moedas; e (vi) aquisição de instituições financeiras por bancos públicos federais.

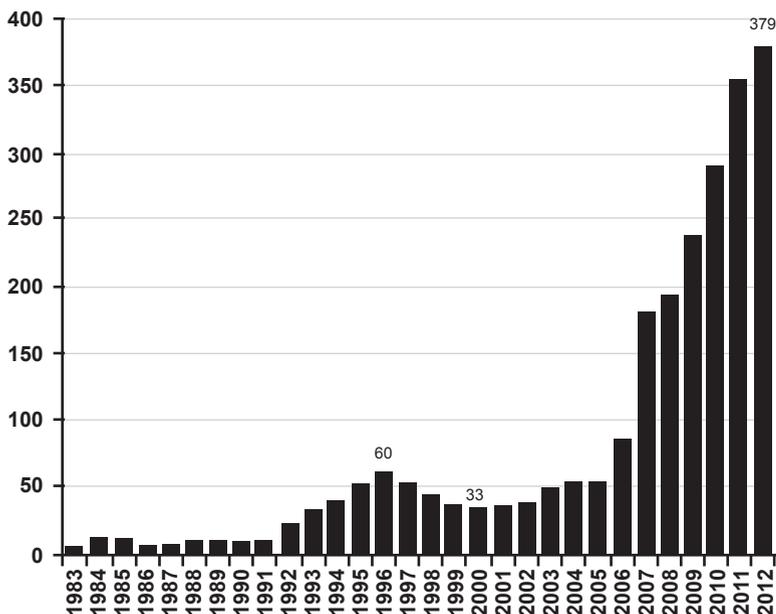
Antes de debater, com mais profundidade, algumas das medidas emergenciais, é significativo enfatizar três pontos: (i) o nível das reservas internacionais, levando-se em consideração os anos de 2005 a 2012, saíram de um patamar em torno de US\$50 bilhões para atingir valor superior a US\$350 bilhões. Entre 2008 e 2009, a barreira de US\$220 bilhões foi ultrapassada, como mecanismo indispensável para assegurar a credibilidade do sistema financeiro, consoante se vê no gráfico a seguir<sup>34</sup>. Todas as medidas pontuais e emergenciais seriam mais custosas, ou até não exitosas, se a estrutura de confiança do sistema, cujo nível de reservas internacionais é sintoma, não formasse esse colchão de liquidez; (ii) quanto ao recolhimento compulsório, o patamar da ação regulatória do Banco Central era ascendente, de forma que se potencializasse a estrutura de liquidez

---

<sup>34</sup> Fonte: Banco Central do Brasil.

e de solidez do sistema, nos quais os valores nos últimos três anos (de 2010 a 2012) fossem próximos ou superiores a R\$400 bilhões. Somente no ápice da crise, entre setembro e dezembro de 2008, houve liberação de recursos para o sistema, de forma que se garantisse liquidez de curto prazo ou imediata<sup>35</sup>; (iii) em razão da estrutura de confiabilidade já mencionada com o nível de reservas internacionais, além do enfretamento por meio de recolhimento compulsório, o sistema financeiro nacional registrou elevado nível de liquidez, atingindo, em uma ponderação entre ativos líquidos e passivos de curto prazo, um dos percentuais mais elevados de liquidez em quase vinte países pesquisados pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), entre desenvolvidos e emergentes<sup>36</sup>.

#### Reservas internacionais (US\$ bi)



35 Os valores de recolhimento compulsório recuaram de R\$253 bilhões em setembro de 2008 para R\$172 bilhões em dezembro de 2008. Logo, em dezembro de 2009, já voltaram a se recuperar para o patamar de R\$194 bilhões. Fonte: Banco Central do Brasil.

36 O Brasil estava ao lado da Coreia do Sul, com índice elevado de liquidez, superando Estados Unidos, China, Reino Unido, por exemplo. Fonte: FMI (2011).

Segundo a análise de diretores do Banco Central (opinião que não reflete necessariamente a da instituição), o enfrentamento da crise obedeceu a alguns princípios básicos. O primeiro foi evitar que a crise comprometesse o regime da política monetária e cambial vigente no país. O segundo foi resguardar o setor público de decisões equivocadas operadas pelo setor privado<sup>37</sup>. O terceiro foi não permitir a exposição exagerada a riscos pelo setor privado, o que aumentaria o risco moral do sistema. Além disso, o Banco Central se preparou para uma crise prolongada, ainda que o cenário fosse tão só transitório<sup>38</sup>.

Na observância desses princípios, destaquem-se os leilões de moedas estrangeiras, de forma que se provesse liquidez no mercado cambial, sem comprometimento das reservas internacionais, como já se salientou. No ápice da crise, o Banco Central venderia US\$14,5 bilhões (7% do total de reservas no final de agosto de 2008). Já no início de 2009, os leilões de venda foram descontinuados. A maior inovação do período foram os empréstimos de reservas, levando-se em conta a possibilidade de crise mais prolongada. A Lei nº 11.882, de 23 de dezembro de 2008, permitiu ao Banco Central realizar tais operações e estabeleceu as garantias a serem recebidas pela autarquia<sup>39</sup>.

Outra linha, salientando os bons fundamentos da política macroeconômica brasileira e o cenário de estabilidade, foram os *swaps* de moedas estrangeiras, em particular a operação com *Federal Reserve*, ainda em 2008<sup>40</sup>. A troca de moedas, mais do que a efetiva utilização de recursos estrangeiros (embora não houvesse restrição à sua utilização), serviu para sinalizar ao mercado externo a credibilidade do nosso sistema e a nossa participação no cenário mundial, realçando a importância de conter os efeitos negativos de crise financeira no Brasil<sup>41</sup>.

Retorna-se ainda à provisão de liquidez também em reais, debatida antes. Além do recolhimento compulsório, fizeram parte das medidas operações com o FGC e

---

37 “Entre os casos mais badalados no Brasil estão o de duas tradicionais companhias, a Sadia e a Aracruz, ambas com ADRs negociados na bolsa de NovaYork e toda a estrutura de governança corporativa conforme as melhores práticas, com participação no conselho de administração de conselheiros independentes de reputação, existência de um comitê de auditoria além do conselho fiscal e de um comitê financeiro para avaliar o risco das operações. Como explicar, então, as perdas bilionárias que essas companhias tiveram no final de 2008? Como foi possível que tais empresas corressem risco desse quilate?” (GIAMBIAGI e GARCIA, 2010, p. 240). A resposta à indagação acima está no Capítulo 18 – Derivativos e Governança Corporativa: o caso Sadia – Corrigindo o que não funcionou, de Ana Novaes.

38 Mesquita e Torós (2010, pág. 9 a 10).

39 Mesquita e Torós (2010, p. 11).

40 A base legal foi a MP 443, de 21 de outubro de 2008, convertida na Lei nº 11.908, de 3 de março de 2009.

41 Mesquita e Torós (2010, p. 11).

o redesconto<sup>42</sup>. No caso do redesconto, houve aprimoramento da regulação, com prazos maiores para as operações, mas, ao mesmo tempo, com critérios rígidos para aceitação de ativos pela autarquia, além da possibilidade de o Banco Central impor medidas restritivas de caráter prudencial às instituições financeiras<sup>43</sup>.

Por fim, a maior participação do FGC na compra de carteira dos bancos (auxiliando na reorganização societária)<sup>44</sup>, além da atuação dos bancos públicos, que ganharam fatia de mercado durante a crise, realçou ações emergenciais no enfrentamento da crise.

Pode-se argumentar dois problemas resultantes das medidas emergenciais, ainda que os benefícios superem os custos: (i) os problemas de liquidez afetaram sobremaneira bancos pequenos e médios, o que provocou concentração no setor bancário, prejudicando ações relativas à competição entre as instituições; e (ii) o crescimento da participação do Estado no sistema financeiro, ente que nem sempre atua de forma eficiente.

### 3 Pós-crise: novas propostas regulatórias para o sistema financeiro

As novas propostas de regulação do sistema financeiro – pensadas para o caso brasileiro, mas que servem igualmente, em determinadas situações, para a regulação global – concentram-se em dois pontos principais: (i) monitoramento e prevenção; e (ii) resolução de entidades reguladas. Pode-se repensar, como lições da crise, os fatores relacionados ao (iii) suprimento de liquidez; e ao (iv) nível de reservas. Pode-se também debater o próprio (v) papel de Banco Central<sup>45</sup>.

---

42 “(...) o BC e o Conselho Monetário Nacional (CMN) adotaram uma série de medidas de gestão de liquidez em resposta à natureza cambiante dos problemas no sistema. Em especial, com o tempo, quando ficou mais intensa a segmentação do mercado entre instituições de pequeno porte e grande porte, as medidas foram adquirindo um caráter mais focado. As iniciativas do BC contemplaram três áreas: recolhimento compulsório, operações com o Fundo Garantidor de Crédito (FGC) e redesconto” (MESQUITA e TORÓS, 2010, p. 13).

43 A base legal é a Lei nº 11.882, de 2008, e a Resolução nº 3.622, de 9 de outubro de 2009, do CMN.

44 A atuação do FGC – além de garantidor de créditos – também nas operações de assistência e suporte financeiro resulta evidentemente muito polêmica. Na defesa desta posição, veja Ferreira (2012). Nos casos de resolução bancária, soluções de mercado são obviamente preferíveis. A grande dificuldade resulta no esboço de modelos eficazes para solução do setor privado, na linha do art. 47 da nova Lei de Falências (Lei nº 11.101, de 2005). Assim, duas questões no uso do FGC são relevantes: (i) se a atuação de suporte financeiro pode comprometer a função de garantidor de crédito (até mesmo alterando o risco moral); e (ii) se há efetiva compreensão de que os recursos do FGC, provenientes das próprias instituições financeiras, têm o seu custo privado repassado aos clientes do sistema. A solução do FGC, ainda assim, é inteligente, mas o custo não é essencialmente privado.

45 Mesquita e Torós (2010, pág. 15 a 24).

Uma das principais ideias associadas à modificação regulatória pós-crise reside no incremento do monitoramento e da prevenção (ou seja, da regulação prudencial). Justifica-se como forma de aumento de capacidade para absorção de choques no setor financeiro e fora dele, para fortalecimento de políticas de gestão de risco<sup>46</sup> e governança<sup>47</sup>, além de conferir mais transparência ao sistema<sup>48</sup>.

Boa parte do incremento da regulação e da prevenção diz respeito à robustez da capitalização das instituições financeiras, além de equivaler a remédios legais para readequação patrimonial e reestruturação de capital. Essa é uma das linhas desenvolvidas pelo Comitê de Basileia (aqui conhecido como Basileia III)<sup>49</sup>. Uma das inovações quanto à readequação de capital foi introduzida pela MP 608, de 28 de fevereiro de 2013, estabelecendo, no direito brasileiro, a figura dos *Contingent Convertible Capital* (CoCo), com apoio em alteração nas regras das Letras Financeiras (possibilidade de sua extinção ou de sua conversão em ações, até mesmo por determinação do regulador)<sup>50</sup>.

Ideias ainda mais avançadas debatem a possibilidade de modulação do requerimento de capital que levariam em consideração o ciclo de crédito. Assim, ao invés do requerimento de capital ser constante ao longo do ciclo, ele seria modulado. Quando houvesse expansão do ciclo de crédito, os requerimentos seriam maiores. Quando houvesse retração, os requerimentos de capital seriam menores. Funcionaria como estabilizador interno do sistema, modulado pelos ciclos de expansão e retração do crédito. O caso aqui é que a reestruturação de capital seria constante e não necessariamente pela conversão de títulos<sup>51</sup>.

46 Complementar às medidas de gerenciamento de risco, a Resolução nº 4.019, de 29 de setembro de 2011 (Basileia II), disciplina soluções prudenciais relativas a: (i) recomposição de capital e liquidez; (ii) retenção de lucros; (iii) desfazimento de carteiras e posições e (iv) suspensão de aumentos de remuneração de administradores.

47 Resoluções CMN nº 4.192, nº 4.193 e nº 4.194, todas de 1º de março de 2013, que contém novas regras sobre a metodologia do Patrimônio de Referência (capital principal, capital complementar e nível II).

48 Resolução CMN nº 4.195, de 1º de março de 2013, que implementou transparência na situação patrimonial das instituições financeiras, com o novo regramento sobre o Balancete Patrimonial Analítico.

49 Veja o documento “Perguntas e Respostas sobre a Implantação de Basileia III no Brasil”, em <[http://www.bcb.gov.br/fis/supervisoa/docs/perguntas\\_e\\_respostas\\_basileia\\_III.pdf](http://www.bcb.gov.br/fis/supervisoa/docs/perguntas_e_respostas_basileia_III.pdf)>. Acesso em: 2.8.2013.

50 Vale tão somente reforçar, como argumento a respeito da solidez do sistema brasileiro, que o índice de capitalização das instituições financeiras brasileiras tem girado em um percentual médio superior a 16%. O índice de capital mínimo de Basileia é 8%, e o nosso mínimo regulatório é 11%.

51 “Diversas propostas têm sido oferecidas. Algumas, com as regras de provisionamento dinâmico, já vêm sendo implementadas com sucesso, como no caso espanhol, embora tenham se mostrado difíceis de replicar em outras jurisdições. Uma sugestão interessante, que vai na mesma linha de moderar o ciclo de crédito, é uma espécie de ‘Regra de Taylor’ para os requerimentos de capital, que em vez de serem constantes ao longo do ciclo seriam maiores quando o crédito total do sistema está crescendo acima de sua tendência histórica, e menores quando a situação é inversa. Sob esta proposta, o requerimento de capital atuaria como estabilizador endógeno, contribuindo para mitigar o ciclo de crédito” (MESQUITA e TORÓS, 2010, pág. 17 e 18).

Ainda quanto à regulação de permanência das instituições no sistema financeiro, o Banco Central vem estudando a constituição de novo marco legal punitivo, que vem a ser o esboço de novo Sistema Legal Coercitivo (SLC). É frequentemente debatido que, do amplo cenário regulatório da autarquia, seu ponto mais débil é mesmo a parte sancionadora, em razão do deficiente arcabouço normativo. Ainda que o tema não seja necessariamente vinculado ao núcleo de reforma pós-crise, a deficiência na repressão de irregularidades administrativas é sintomática.

Quanto à resolução de entidades reguladas (ii), a proposta de reforma da legislação, nos termos da Lei nº 6.024, de 1974, tem como parâmetro efetivo implementar os *12 Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*<sup>52</sup>, publicados pelo *Financial Stability Board* (FSB), do G20, em novembro de 2011. Além da convergência ao padrão internacional, aproveitando-se a *expertise* brasileira, algumas linhas diretrizes podem ser realçadas: (a) foco na estabilidade financeira e continuidade dos serviços financeiros mais significativos; (b) celeridade na decretação e na condução dos regimes, o que importa no uso prudente de recursos públicos na gestão da resolução; e (c) a admissão de uso de recursos públicos diretos somente após esgotadas as outras fontes.

Em uma linha de atuação de continuidade dos serviços financeiros, a ser chamada de Regime Especial de Administração (READ), a solução mais interessante – a ser incorporada ao sistema – é a possibilidade de absorção dos prejuízos e recapitalização compulsórias pelos próprios acionistas, o chamado *bail-in*<sup>53</sup>. A alternativa mitiga a utilização de recursos públicos<sup>54</sup>. De qualquer forma, só seria utilizada em instituições sistematicamente importantes, reconhecidas pela CMN. O argumento interessante do *bail-in* é funcionar como redutor do *moral hazard* (risco moral) de instituições sistematicamente importantes (*too big to fail*), uma vez que as incentiva a redobrar a prudência,

52 Os doze atributos são: (i) escopo; (ii) autoridade de resolução; (iii) poderes de resolução; (iv) respeito aos acordos de colateralização (garantias) e transparência nas regras sobre segregação dos ativos de clientes; (v) salvaguardas; (vi) provimento de recursos (até mesmo públicos) às instituições em resolução; (vii) condições legais para cooperação internacional; (viii) constituição de grupos de administração de crises; (ix) existência de acordos de cooperação entre autoridades em cujas jurisdições esteja estabelecida uma G-SIFI; (x) análise de resolubilidade de G-SIFIs; (xi) planos de recuperação e resolução; e (xii) acesso e intercâmbio de informações.

53 Cf. Zhou, Rutledge, Bossu, Dabler, Jassaud, Morre (2012).

54 De qualquer forma, como última instância, a utilização de recursos públicos estaria a depender, na melhor das hipóteses, de lei específica, tal como prevê o art. 28 da Lei Complementar nº 101, de 2000 (LRF).

podendo ser acionado o próprio patrimônio coletivo (da sociedade), ou mesmo privado (dos acionistas), para absorver prejuízos e recapitalizar a instituição<sup>55</sup>.

Quanto ao suprimento de liquidez (iii), dois pontos essenciais são destacados como lições da crise: (a) discussão sobre a possibilidade de leilões de liquidez também em moeda nacional, que funcionem como janela de redesconto por iniciativa da autoridade monetária; e (b) ampliação do escopo de instituições financeiras passíveis de receber empréstimos do Banco Central em situações de estresse financeiro, o que recai na discussão de regulação resolutiva já antecipada acima.

No que se refere ao nível de reservas (iv), o debate mais interessante diz respeito ao volume de reservas que deve ser mantido. Visivelmente, a constituição e a manutenção de um colchão de reservas traz custo fiscal significativo, mas oferece amplos benefícios sociais<sup>56</sup>. Há aqui uma tradicional troca intertemporal. De qualquer forma, os cenários de crise – até mesmo de estrangulamento financeiro duplo, em moeda estrangeira e doméstica – reforçam a necessidade de patamar substancial de reservas, conferindo margem de manobra e segurança aos reguladores.

No debate sobre o próprio papel dos bancos centrais<sup>57</sup> (v) – com ênfase no caso brasileiro –, a crise evidencia que o modelo institucional centralizado – com regulação e supervisão associados à política monetária – tende a ser mais ágil e eficiente nas ações decisórias, em particular por reduzir as assimetrias de informação. Além disso, revela-se mais estável um modelo concentrado de atribuições que, ao mesmo tempo, faz prospecção de política monetária e controle da inflação (ou seja, manutenção do equilíbrio macroeconômico) e leva em consideração os eventuais impactos dessa política na regulação e na supervisão bancária.

No entanto, do ponto de vista exclusivamente regulatório, pontuando-se eventuais novas propostas para o sistema em razão da crise, sabemos que o caso brasileiro é sintomático, de uma verdadeira (r)evolução da atuação regulatória, e que devemos, sob qualquer análise, partir desta constatação: *antes* a regulação

---

55 Certamente aqui haverá alguma discussão sobre a juridicidade do *bail-in*, nos termos do art. 5º, incisos XXII e XXIV, da Constituição da República. Do ponto de vista exclusivamente econômico, a solução traz importantes incentivos regulatórios de prudência na gestão das instituições.

56 Mesquita e Torós (2010, pág. 22).

57 Cf. *Committe* (2011).

financeira brasileira era altamente intervencionista, calcada em medidas conjunturais e na solução de problemas específicos (a regulação era nitidamente reativa); agora a regulação financeira no Brasil é crescentemente voltada para a estabilidade financeira, calcada em medidas estruturais, e proativa, com foco em monitoramento, controle e mitigação de riscos<sup>58</sup>.

### 3.1 Regulação prudencial *versus* regulação resolutiva

Esta última seção – mais provocativa – tenta endereçar<sup>59</sup> um debate centrado na evidência empírica<sup>60</sup> de que novas crises financeiras irão ocorrer, observando algum padrão cíclico. Assim, sem abandono da regulação prudencial, por óbvio, que investe nas causas e nas origens da crise, reforçando o aparato preventivo, mais eficiente seria, até mesmo na alocação de recursos públicos, o implemento da regulação resolutiva, que visa a combater, de certa forma, as consequências das crises financeiras.

Portanto, o debate está centrado em dois elementos conexos: (i) os recursos públicos para regulação do sistema são limitados, ou seja, é necessário fazer escolhas de políticas públicas<sup>61</sup>; (ii) além disso, se novas crises são inevitáveis, mais eficiente seria desenvolver significativo aparato resolutivo, que lidasse com as consequências do evento, distribuindo adequados incentivos de responsabilização.

Para isso, três linhas de atuação regulatória resolutiva ganham destaque: (i) como organizar o fundo de depósito e as regras de resolução bancária para serem utilizados como primeiras alternativas de resposta às crises financeiras; (ii) como moldar o sistema, reforçando a primeira linha regulatória, para utilizar soluções privadas em vez de recursos públicos nas situações de resolução bancária; e

---

58 Recente avaliação do FMI registrou melhora da adequação da regulação brasileira aos princípios de Basileia. O arquivo pode ser consultado em <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2012/cr12206.pdf>>. Acesso em: 28.8.2013.

59 O debate proposto nessa seção tem como argumento principal o trabalho de Prates (2013). Alguns pontos são retrabalhados com base nos argumentos utilizados nas seções anteriores deste artigo.

60 Cf. Rogoff e Reinhart (2010, em particular, os capítulos 1 e 17).

61 Ainda que se levassem em consideração recursos públicos amplos para a regulação financeira, a complexidade do sistema demandaria brutal aparato regulatório. O excesso de normas regulatórias, além de ser nocivo por si mesmo, inviabilizaria o sistema financeiro tal como ele funciona, com descasamento na intermediação e na alavancagem. A solução seria a completa transformação do sistema financeiro.

(iii) como reforçar a responsabilidade pessoal dos administradores em razão das perdas de uma resolução bancária<sup>62</sup>.

Nas duas primeiras linhas de atuação, a recente alteração estatutária – no caso brasileiro – do FGC pode sinalizar o caminho, ainda que casos mais recentes tenham suscitado dúvidas e gerado controvérsias<sup>63</sup>. Há efetiva busca por uma solução para a entidade privada, razão pela qual o estatuto atual<sup>64</sup> permite ao FGC, além de atuar como garantidor de créditos em casos de insolvência (*paybox*), agir com aporte de recursos financeiros em instituição que esteja em situação de liquidação (contratando operações de liquidez), de forma que se negocie uma resolução para a entidade privada.

O debate aqui – de certa forma, disciplinado pela Resolução nº 4.222, de 23 de maio de 2013 –, retornando aos pontos já assinalados na nota de rodapé 44, centra-se na profissionalização da entidade privada, para efetiva compatibilidade da atuação como garantidor de depósitos e de ação de suporte financeiro<sup>65</sup>. A busca por solução para a entidade privada não pode comprometer a gestão do FGC no papel essencial de proteção do sistema (na regular administração do risco moral). Além disso, os custos do FGC, embora se destinem ao setor privado, não são neutros para o sistema. O importante aqui é a transparência de quem paga a conta. De qualquer forma, o esquema para o setor privado (quem paga a conta são os participantes do sistema bancário) é preferível ao uso de recursos públicos (quem paga a conta é toda a coletividade).

Nas duas últimas linhas de atuação, a reforma da Lei nº 6.024, de 1974, com introdução do *bail-in*, além da redefinição do alcance dos seus atuais artigos 36 e 39 – sobre a indisponibilidade automática dos bens e a extensão da responsabilidade dos administradores – são as chaves da regulação resolutiva.

A ideia de poder contar com o patrimônio societário – no que diz respeito às reservas de capital – como forma de absorção de eventuais prejuízos, além do próprio patrimônio dos acionistas, em exigências adicionais de

---

62 É esta a proposta elaborada por Prates: “We firmly believe that more important than organizing the Best possible prudential regulation is having a solid and well-developed financial safety net. This should be done by answering at least three main questions: (a) how to organize a deposit insurance and resolution fund to be used as the first response to a problem in the financial system; (b) how to find a private solution instead of a public one when it comes to deal with failure in the financial system; and, very important, in order to reduce the moral hazard that may follow the safety net; (c) how to hold executives personally liable for the losses caused by failed financial institutions” (2013).

63 O caso recente do Banco Cruzeiro do Sul é exemplificativo.

64 Veja o texto de consolidação da Resolução CMN nº 4.222, de 23 de maio de 2013.

65 A hipótese de suporte financeiro estaria vocacionada para os bancos pequenos e médios.

recapitalização da instituição, incrementam os instrumentos para solução de crises, provocando significativo efeito prudencial e de organizador do risco moral. O próprio sistema tem de encontrar a resposta para a crise, internalizando e assumindo suas consequências. A transparência da ideia de quem é responsável pela crise da instituição e deve assumir os prejuízos redistribui os incentivos de gestão e prudência. Não é solução sem custo para o sistema, mas direciona a responsabilidade para quem mais tem condições de solucionar, de forma eficiente e ágil, o estado de insolvência, em especial nos casos das instituições sistematicamente importantes (o mecanismo atua como regulador do risco sistêmico).

Como elemento final das etapas de regulação resolutiva, a redefinição do alcance da responsabilidade (i)limitada<sup>66</sup> dos administradores e membros do conselho fiscal, nos casos de liquidação das instituições, reforçando-a, potencializa o efeito prudencial e a clareza das regras de responsabilidade na condução dos negócios. Reforça a ideia de que os acionistas e os administradores podem ser permanentemente convocados para fazer frente a eventuais prejuízos da instituição, seja para solução de permanência no mercado ou de efetiva resolução bancária.

O reforço da regulação resolutiva – pelo menos eleita como prioritária – desafia uma ampla agenda de pesquisa sobre os eventuais efeitos comportamentais das medidas nos agentes econômicos<sup>67</sup>. No entanto, revela ser um sugestivo caminho a trilhar.

---

66 Cf. Giambiagi e Garcia (2010, em particular o Capítulo 11 e a interessante análise comparativa elaborada por Gustavo Franco e Luiz Alberto Colonna sobre a responsabilidade dos administradores americanos ante a crise financeira de 2008/2009 e o esquema normativo de responsabilidade dos administradores no caso brasileiro. Veja a análise: “A legislação brasileira possui ao menos duas singularidades relativamente à americana: (i) interfere *ex-ante* nos incentivos a correr risco por parte de diretores estatutários, membros de conselhos de administração e do grupo de acionistas controladores, pois todos teriam, potencialmente, *responsabilidade ilimitada*, ainda que com mecanismos mitigadores, por prejuízos causados a credores em eventos de liquidação ou intervenção; e (ii) *ex-post facto*, além de fazer a indisponibilidade de bens dos responsáveis pelo problema, atendendo aos clamores da opinião pública pela identificação dos responsáveis, para não falar em *fairness*, proporciona à figura do interventor, ou liquidante, poderes para vender ativos e negociar passivos, mediante autorização do BCB de tal sorte a ‘resolver’ a instituição problemática e ‘removê-la’ do fluxo normal de atividades do sistema bancário.”

67 O recente trabalho de Alan Greenspan (2013) reflete, em parte, essa agenda de pesquisa.

## 4 Conclusão

Com base no teor deste artigo, pôde-se mapear a evolução regulatória e fazer três constatações: (i) nos últimos vinte anos houve uma verdadeira (r)evolução da atividade regulatória do sistema bancário no Brasil, capitaneado pelo Banco Central do Brasil, com a adoção de práticas internacionais e adequadas soluções internas (não mais reativa, mas proativa); (ii) esse novo cenário regulatório, até mesmo o ambiente macroeconômico, sustentou, em grande parte, exitosas políticas de crescimento econômico nos últimos dez anos, ainda que tais políticas sejam controvertidas e polêmicas; e (iii) o novo padrão regulatório contribuiu significativamente para que o Brasil reduzisse os custos ao enfrentar a crise financeira de 2008/2009, cujo elemento mais significativo foi a antecipação interna, por razões locais, do processo de saneamento bancário (1995/1996).

Além disso, este artigo – que endereça uma discussão elaborada por outros especialistas –, traz sugestivo debate sobre a opção de reforço regulatório resolutivo (escolha de política pública) ante a regulação prudencial, levando em consideração a eficiência na alocação de recursos escassos, a inevitabilidade das crises financeiras e uma proposta de tratamento das consequências negativas do evento (com redistribuição de incentivos). Nessa parte final, este artigo propõe relevante agenda de pesquisa.

## Referências

AKERLOF, George A. e SHILLER, Robert J. **Animal Spirits: how human psychology drives the economy, and why it matters for global capitalism**. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS. Basel Committee on Banking Supervision. Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors on Basel III Implementation. Basel: BIS, October 2012. Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/bcbs234.pdf>>. Acesso em: 28.8.2013.

BOLLE, Monica Baumgarten de e CARNEIRO, Dionisio Dias (org.) **A Reforma do Sistema Financeiro Americano: nova arquitetura internacional e o contexto regulatório brasileiro**. Rio de Janeiro: LTC, 2010.

CHANCELLOR, Edward. **Salve-se quem Puder: uma história da especulação financeira**. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.

COMMITTEE on International Economic Policy and Reform. **Rethinking Central Banking**. September, 2011.

DICIONÁRIO Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa. São Paulo: Objetiva, 2004.

FERREIRA, Isaac Sidney Menezes. **Estabilidade Financeira: lei determina atuação complementar entre BC e FGC**. Consultor Jurídico, 11 jun. 2012.

FRANCO, Gustavo H. B. **O Plano Real e Outros Ensaio**s. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1995.

GIAMBIAGI, Fabio e GARCIA, Márcio. **Risco e Regulação: por que o Brasil enfrentou bem a crise financeira e como ela afetou a economia mundial**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GOODHART, Charles. How Should We Regulate the Financial Sector *in* Turner, Adair, et al. *The Future of Finance: the LSE Report*, London: London School of Economics and Political Science, 2010. Chapter 5, pp. 165-186. Disponível em: <<http://harr123et.files.wordpress.com/2010/07/futureoffinance-chapter51.pdf>>. Acesso em: 28.8.2013.

GRENNSPAN, Alan. **O Mapa e o Território: Risco, Natureza Humana e o Futuro das Previsões**. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2013.

KINDLEBERGER, Charles P. **Manias, Panics and Crashes: a history of financial crises**. New Jersey: John Wiley & Sons, 2005.

LASTRA, Rosa María. **Banco Central e Regulamentação Bancária**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2000.

LISBOA, Marcos de Barros e LATIF, Zeina Abdel. **Democracy and Growth in Brazil. Revised Version. Inspire Working Paper**, 2013.

MESQUITA, Mário e TORÓS, Mario. Considerações sobre a Atuação do Banco Central na Crise de 2008. **Trabalhos para Discussão**, 202. Março, 2010.

NERI, Marcelo. **A Nova Classe Média: o lado brilhante da base da pirâmide**. São Paulo: Saraiva, 2012.

POSNER, Richard A. **The Crisis of Capitalism Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

POSNER, Richard A. **A Failure of Capitalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

PRADO, Maria Clara R. M. do. **A Real História do Real: uma radiografia da moeda que mudou o Brasil**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

PRATES, Marcelo Madureira. **Why Prudential Regulation will Fail to Prevent Financial Crises**. A legal approach. Draft, 2013.

RESENDE, André Lara. **Os Limites do Possível: a economia além da conjuntura**. São Paulo: Cia. das Letras, 2013.

RESENDE, André Lara. O Mal-Estar Contemporâneo. **Valor Econômico**, 5.7.2013.

ROGOFF, Kenneth S. e REINHART, Carmen M. **Oito Séculos de Delírios Financeiros: desta vez é diferente**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SADDI, Jairo. **Crise e Regulação Bancária**. São Paulo: Textonovo, 2001.

SENNÁ, Júlio José. **Política Monetária: ideias, experiências e evolução**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

SINGER, André. **Os Sentidos do Lulismo: reforma gradual e pacto conservador**. São Paulo: Cia. das Letras, 2012.

VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; e HARRINGTON JÚNIOR, Joseph E. **Economics of Regulation and Antitrust**. Cambridge: MIT Press, 2001.

ZHOU, Jianping; RUTLEDGE, Virginia; BOSSU, Wouter; DOBLER, Marc; JASSAUD, Nadege; e MORRE, Michael. **From Bail-out to Bail-in: mandatory debt restructuring of Systemic Financial Institutions**. IMF Staff Discussion Note. April, 2012.

WORLD BANK. **Global Financial Development Report 2013: rethinking the role of the state in finance**. Washington, DC: World Bank, 2012. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/financialdevelopment>>. Acesso em: 28.8.2013.

# Mecanismos de Intervenção do Estado no Mercado de Saúde Suplementar: análise comparativa com os institutos do Direito italiano

Lucila Carvalho Medeiros da Rocha\*

*Introdução. 1 Intervenção do Estado na ordem econômica. 1.1 Regulação da saúde suplementar. 1.2 Regulação econômico-financeira do mercado de saúde suplementar. 1.3 Regulação bancária no Direito italiano. 2 Os regimes especiais de mercado. 2.1 A presença do interesse público. 2.2 O regime especial de direção fiscal. 2.3 Administração extraordinária das instituições bancárias italianas. 2.4 Liquidação extrajudicial no direito brasileiro. 2.5 Liquidação coacta no direito bancário italiano.*

## Resumo

Análise das características gerais da regulação brasileira de planos de saúde *vis-à-vis* a regulação do sistema bancário italiano. Desenvolvimento de análise sobre a trajetória da regulação em saúde no Brasil até a instituição da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) em 2000. Discussão sobre as formas e o regime de intervenção do estado na ordem econômica. A regulação econômica como ponto de partida para a trajetória da regulação do setor de planos de saúde realizada pela ANS. Similaridades do regime regulatório brasileiro com a legislação italiana, especialmente aquela voltada para a regulação econômica do setor bancário, sob a égide da disciplina normativa da *Banca d'Italia*. Análise do instituto da direção fiscal como instrumento que tem como objetivo a

---

\* Procuradora Federal. Procuradora-Geral da Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

manutenção da higidez econômico-financeira dos entes que operam no mercado de saúde suplementar. Análise da liquidação extrajudicial, no caso brasileiro, e do sistema bancário, na perspectiva da regulação italiana.

**Palavras-chave:** Regulação econômica. Saúde suplementar. Direção fiscal. Liquidação extrajudicial. Agência Nacional de Saúde Suplementar.

***Private Health Insurance Market 's Mechanisms of State Intervention: a comparative analysis with the Italian law institutions***

***Abstract***

*Analysis of general characteristics of the Brazilian regulation on health insurance plans. Comparison with the regulation of the Italian banking system. Discussion of the trajectory of health care regulation in Brazil, arriving to the creation of the ANS in 2000. Discussion about the ways and the rules of state intervention, especially in the economic regulation. Presentation about the history of the regulation of the health plans sector, captained by ANS. Similarities with Italian law, especially dedicated to the economic regulation of the banking rules drawn up by Banca d'Italia. Sinergies between the Brazilian health system regulation and Italian institutions of banking and financial regulation.*

**Keywords:** *Economic regulation. Health plans sector. Regulation of Health Insurance plans. Administrative extrajudicial liquidation. Brazilian National Health Insurance Plans Agency (ANS).*

## **Introdução**

De acordo com a Constituição Federal de 1988, saúde é direito de todos e dever do Estado, orientada pelos princípios da universalidade de acesso e da integralidade assistencial, prestada mediante ações e serviços públicos que constituem o Sistema Único de Saúde (SUS).

Posto que a Constituição tenha estabelecido para o poder público o dever de garantir assistência universal e integral, dispôs ser livre à iniciativa privada a prestação dos serviços de saúde. Para tanto, estabeleceu que tais ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.

Assim é que, no texto constitucional, no que tange à prestação de serviços de saúde, coexistem o sistema público de saúde e a prestação privada de assistência à saúde. Nesse contexto, este trabalho se propõe a tratar da atividade privada voltada à operação de planos de saúde, o denominado mercado de saúde suplementar.

Após breve histórico do desenvolvimento da saúde suplementar no Brasil, que passa pela instituição da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) como entidade competente para exercer a regulação do mercado de saúde suplementar, será desenvolvido o tema da regulação econômico-financeira das operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como as formas de intervenção do Estado nessas empresas.

O objetivo do trabalho é verificar as semelhanças entre os instrumentos de intervenção previstos no ordenamento jurídico brasileiro – particularmente aqueles utilizados na regulação das operadoras dos planos de saúde – e as medidas aplicadas às instituições componentes do sistema bancário italiano, tendo como pano de fundo as lições do professor Enrico Gabrielli, proferidas no curso *Diritto Europeo e Finanza Globale*, na Universidade de Roma – *Tor Vergata*.

Em breve digressão histórica, temos que o início da saúde suplementar no Brasil remonta a 1923, com a edição da Lei Eloy Chaves – Decreto Legislativo nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923 – que instituiu as Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAP). Inicialmente destinado aos empregados das empresas ferroviárias, a partir de 1926 o direito passou a ser estendido aos estivadores e marítimos. A lógica da extensão restrita de direitos se manifestaria novamente ao serem fundados os Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAP), que sucederam as CAP e eram vinculados às categorias profissionais e comandados por presidentes nomeados pelo presidente da República.

No regime militar, na década de 1960, ocorreram intervenções sistemáticas nos IAP, culminando na unificação, que se consolidaria com a Reforma da Previdência de 1966, com a constituição do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), em que se reuniram os IAP, o Serviço de Assistência Médica

e Domiciliar de Urgência (Samdu) e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Essa reforma não agradou aos beneficiários que já dispunham dos serviços, especialmente àqueles representantes de categorias com maior poder econômico, que alegaram haver dificuldades de acesso aos serviços médicos, decorrentes da expansão da cobertura e da uniformização de benefícios. Com a precarização proveniente do aumento da universalização da oferta sem a correspondente ampliação, a opção foi estimular a participação da iniciativa privada no setor.

Na década de 1990, os planos de saúde atingiram a marca de 38,7 milhões de brasileiros cobertos por, pelo menos, um plano de saúde, o que corresponde a 24,5% da população do país (BRASIL, ANS TabNet, 2010), e hoje essa participação é de cerca da quarta parte da população.

Atualmente, o contingente de beneficiários atinge em torno de 66,5 milhões (cerca da terça parte da população brasileira). Desse total, 46 milhões de beneficiários estão vinculados a planos hospitalares (com ou sem assistência ambulatorial e odontológica), e o restante (18,6 milhões), a planos exclusivamente odontológicos.

Esse quadro geral, pontuado por diversas denúncias de negativas de cobertura e de abusos contumazes contra os beneficiários e os prestadores de serviços, despertou a atenção de órgãos de defesa do consumidor, que passaram a defender regulação mais intensa da matéria. Tal necessidade de regulação mais intensa passou a ser defendida também pelos setores mais organizados da sociedade e pelo governo, não obstante o próprio objeto ou a intensidade da regulação não fossem temas pacificados no âmbito do governo (BAHIA *apud* MATOS, 2011, p. 156).

A arquitetura de uma regulamentação específica do setor significou permanente tensão e disputa que envolveram pelo menos cinco grandes atores: indústria, operadoras de planos de saúde, prestadores de serviços de assistência à saúde e beneficiários e suas instâncias representativas (MATOS, 2011, p. 235, Fig. 45).

Dessa maneira, a ampliação do mercado privado de assistência à saúde, caracterizado como mercado de relevante interesse para a coletividade pela Constituição Federal, impôs a necessidade de regulação mais intensa por parte do Poder Público.

A Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, constitui o marco legal da regulação da saúde suplementar, disciplinando a atividade de todas as entidades organizadas sob a forma de cooperativas, medicinas de grupo, administradoras, seguradoras, entidades filantrópicas, que tenham por finalidade a operação de planos privados de assistência à saúde.

A mesma lei estabeleceu as formas de intervenção do Poder Público sobre tais entidades, inaugurando a disciplina legal da regulação estatal sobre essa atividade econômica.

Inicialmente, o exercício da regulação estatal se deu de forma bipartida: ao Ministério da Saúde, cabia a regulação voltada para os aspectos assistenciais da produção dos serviços de saúde; e à Superintendência de Seguros Privados (Susep), autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, a regulação com foco nos aspectos econômico-financeiros das denominadas operadoras de planos privados de saúde.

Posteriormente, a regulação foi unificada com a instituição da ANS pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

A natureza dessa autarquia especial é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, além de haver autonomia para decisões técnicas e mandatos fixos de seus dirigentes. Vale destacar que a finalidade institucional da ANS é promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, até mesmo quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para desenvolvimento das ações de saúde no país.

Nesse sentido, vale destacar o caráter peculiar da ação da ANS, uma vez que regula relações privadas, ou seja, a exploração por entes da iniciativa privada de atividade econômica, tendo, porém, como diretriz a relevância pública assegurada constitucionalmente em razão de seu objeto: a saúde, reflexo que é do princípio da dignidade da pessoa humana.

## 1 Intervenção do Estado na ordem econômica

No sistema constitucional brasileiro, a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, cabendo ao Estado o papel de agente normativo e regulador, responsável pelas funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Para Silva (2003, p. 762), a ordem econômica consubstanciada na Constituição não é senão uma forma econômica capitalista, porque se apoia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (art. 170). Segue o autor:

A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) (SILVA, 2003, p. 764).

Para Aragão (2005, p. 123), os princípios da ordem econômica fixados no art. 170 da Constituição devem inspirar a exploração de todas as atividades econômicas, sejam elas serviços públicos, sejam atividades econômicas *stricto sensu*. Em relação a estas, a Constituição estabelece o monopólio em favor da União de vários bens, com destaque para os minerais, até mesmo o petróleo. A exploração pelo Estado de outras atividades econômicas *stricto sensu*, isto é, além daquelas que são objeto de monopólio, é permitida apenas em regime de concorrência com a iniciativa privada, desde que seja necessária aos imperativos da segurança nacional ou ao atendimento de relevante interesse coletivo (art. 173). Para as atividades *stricto sensu*, vigora o princípio da liberdade de iniciativa, observados os princípios setoriais da ordem econômica, exigida, quando for o caso, autorização prévia para seu exercício.

Silva (2003, p. 780) distingue, por sua vez, dois modos de atuação do Estado na economia: participação e intervenção. **Participação** ocorre quando o Estado atua como agente econômico e explora diretamente determinada atividade, de acordo com o permissivo constitucional; **intervenção**, quando o Estado atua como agente disciplinador, ou seja, como agente normativo e regulador da atividade econômica.

A doutrina utiliza os termos “atividades privadas de interesse público” ou “atividades privadas de interesse geral” (termo adotado na União Europeia) para designar as atividades que, por se relacionarem com o bem-estar da coletividade, ou por gerarem assimetria de informação com os usuários, requerem autorização legal prévia para serem exercidas (ARAGÃO, 2005, p. 162-163).

Não será sempre que o Estado irá intervir, mas tão somente quando se mostrar necessário para garantir a observância dos princípios que orientam a ordem econômica na Constituição.

A regulação constitui, portanto, forma indireta de intervenção na atividade econômica, para assegurar o regime constitucionalmente estabelecido, sendo necessário, para tanto, impor condicionamentos a essa atividade.

## 1.1 Regulação da saúde suplementar

A Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, constitui o marco legal da regulação dos planos privados de assistência à saúde, conceituando institutos e identificando os instrumentos de que pode se valer o Estado na regulação do mercado de saúde suplementar.

Importa destacar o conceito de Plano Privado de Assistência à Saúde positivado na mencionada lei, pois, após o enquadramento de determinada atividade à descrição legal é que se alcança o conceito de Operadora de Planos de Assistência à Saúde.

Em síntese, a lei conceitua plano privado de assistência à saúde como prestação continuada de serviços, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, mediante preço pré ou pós-estabelecido; em consequência, operadora de plano de assistência à saúde é a pessoa jurídica de direito privado que exerce tal atividade.

O critério adotado pelo legislador para identificação de operadora tem, claramente, caráter subjetivo, ou seja, toda pessoa jurídica de direito privado que opere produto ou serviço de que trata o art. 1º, inciso I, da referida lei estará subordinada à regulação estatal.

A caracterização do exercício dessa atividade, portanto, é que irá determinar a sujeição de determinada pessoa jurídica de direito privado às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), independentemente de sua forma de constituição e de estar ou não devidamente autorizada pelo poder público para tanto.

Quanto ao objeto da regulação, é possível identificar dois grandes blocos de bens jurídicos tutelados, quais sejam: a assistência à saúde do beneficiário propriamente dita e o equilíbrio econômico-financeiro das operadoras.

Constituem objeto da regulação da assistência à saúde dos beneficiários o rol de procedimentos e eventos em saúde que constitui a cobertura mínima obrigatória a ser prestada aos beneficiários, as ações de promoção e prevenção da saúde, os prazos máximos de atendimento aos beneficiários, a caracterização das situações de urgência e emergência, os prazos máximos de carência que podem ser imputados para utilização de determinados serviços, as regras referentes às doenças e às lesões preexistentes.

Vale destacar que a trajetória da regulação da saúde suplementar evoluiu marcada por três fases principais: regulação econômico-financeira das operadoras e dos produtos; regulação técnico-assistencial e de fomento à produção de saúde; e regulação voltada para o estímulo à transparência e à competição no mercado (MATOS, 2011). Essa trajetória foi marcada por aprimoramento contínuo das fases: na fase inicial, a busca do equilíbrio econômico-financeiro do mercado, com incorporação de boas práticas de governança pelo setor e obtenção de parâmetros aceitáveis de liquidez e solvência pelas operadoras; a segunda fase, marcada pelo fato de ser um elemento de ligação entre as outras duas fases e uma interface com as Políticas de Saúde emanada pelo Ministério da Saúde; por fim, ainda em desenvolvimento, há as iniciativas referentes ao estímulo à defesa da concorrência e à redução da assimetria de informação, com ampliação da interação entre os atores do setor.

A regulação do equilíbrio econômico-financeiro das operadoras, fulcro deste trabalho, matéria que goza de maior grau de amadurecimento no âmbito

da saúde suplementar, objetiva, em última análise, a higidez do mercado de saúde suplementar. Diz respeito, entre outras coisas, à política de reajustes das contraprestações pecuniárias, às reservas e às provisões financeiras das operadoras, bem como aos critérios de constituição de garantias.

Também nessa categoria podem ser arrolados os procedimentos para recuperação financeira das empresas, tais como os planos de adequação e os regimes especiais de direção técnica e direção fiscal, bem como os procedimentos que visam o encerramento da operação de planos de saúde, tais como a alienação da carteira de beneficiários das operadoras e a liquidação extrajudicial da empresa.

## 1.2 Regulação econômico-financeira do mercado de saúde suplementar

A ANS acompanha o desempenho econômico-financeiro das operadoras por meio do monitoramento de suas atividades, visando detectar previamente possíveis desequilíbrios que possam afetar a higidez do mercado ou representar risco assistencial aos beneficiários.

O monitoramento tem fundamento de validade na Lei nº 9.656, de 1998, que estabelece para as operadoras a obrigatoriedade de fornecer periodicamente todas as informações de suas atividades. Tal dispositivo foi regulado pela ANS, ao instituir o Documento de Informações Periódicas das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde (DIOPS), por meio do qual são enviadas à ANS, por meio eletrônico, as informações contábeis.

Portanto, pelo monitoramento das atividades das operadoras, a ANS pode identificar com antecedência a existência de anormalidades econômico-financeiras que possam comprometer seu regular desempenho, bem como determinar a correção delas, atuando preventivamente sobre o mercado.

A correção de anormalidades pode se dar com o cumprimento de um Plano de Adequação, por meio do qual a operadora se compromete a corrigir sua situação patrimonial ou financeira em determinado tempo, adequando-se aos ditames da regulação.

Caso as medidas implementadas pela operadora não sejam suficientes para reverter a situação de desequilíbrio econômico-financeiro, a ANS poderá atuar

de forma mais incisiva sobre ela, mediante decretação de regimes especiais, de caráter mais ou menos gravosos, que poderão acarretar, nas situações mais extremas, a liquidação extrajudicial da empresa.

O art. 24 da Lei nº 9.656, de 1998, dispõe que a ANS poderá determinar o regime de direção fiscal ou técnica, a alienação da carteira de beneficiários ou a liquidação extrajudicial, conforme a gravidade do caso, quando detectada, na operadora, insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves, que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde.

Afirma Figueiredo (2006, p. 328):

Assim, como corolário dessa competência para fixar os critérios de ingresso no mercado aos agentes econômicos que nele desejam operar, a ANS também acompanha o desempenho das operadoras e seus produtos, podendo adotar medidas para correção e saneamento das falhas detectadas e, *in extremis*, adotar medidas drásticas de exclusão das entidades que representem risco inaceitável para o mercado e seus consumidores, encerrando compulsoriamente duas atividades.

A ação regulatória sobre o estado econômico-financeiro das operadoras visa resguardar o equilíbrio do sistema, o que significa, fundamentalmente, assegurar a continuidade do atendimento assistencial à saúde de seus consumidores bem como a qualidade desses serviços.

### 1.3 Regulação bancária no Direito italiano

A Itália vem acompanhando o movimento europeu de constituição de autoridades administrativas independentes, após a desestatização de vários serviços até então prestados diretamente pelo Estado.

O jurista italiano Claudio Franchini, citado por Aragão (2005, p. 252-253), afirma que, contra as ingerências ilegítimas sobre os processos decisórios da Administração Pública, notadamente naqueles setores socialmente sensíveis, demandou-se a instituição de entidades que exercessem suas funções sem condicionamentos ou interferências de quem quer que seja, entes públicos ou privados.

Malgrado a heterogeneidade das autoridades administrativas italianas, que possuem maior ou menor independência em relação ao governo, para os fins deste trabalho interessa tratar da *Banca d'Itália*, entidade à qual compete a regulação bancária naquele país.

A *Banca d'Italia* é parte do Sistema Europeu de bancos centrais e integrante do Eurosistema; é entidade de direito público, com finalidade de interesse geral no setor monetário e financeiro, visando a manutenção da estabilidade dos preços, objetivo principal do Eurosistema, em conformidade com o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

No exercício de suas atribuições, a *Banca d'Itália* opera com autonomia e independência, em observância ao princípio da transparência, segundo as disposições normativas nacionais, em busca da estabilidade e da eficiência do sistema financeiro, ao qual se aplica o princípio da proteção da poupança, consubstanciado na Constituição italiana.

O ordenamento bancário é disciplinado pelo Texto Único das Leis em matéria bancária e creditícia, veiculado pelo Decreto-Lei nº 385, de 1º de setembro de 1993. De acordo com essa norma, compete à *Banca d'Itália* exercer a regulação bancária, mediante as seguintes competências denominadas de “vigilância”: regulamentar, inspetória e informativa.

A Vigilância Regulamentar, prevista no art. 53 do citado decreto-lei, tem por finalidade estabelecer quais devem ser as regras de adequação patrimonial da instituição bancária, de contenção do risco em suas diversas configurações, de gestão societária e de organização administrativa e contábil.

O critério de adequação patrimonial significa o patrimônio próprio suficiente e adequado, de forma que se garanta continuidade da atividade da instituição financeira e se previna risco de insolvência.

Por intermédio da Vigilância Informativa, os bancos italianos devem enviar à *Banca d'Italia*, periodicamente, informações, previstas na lei ou solicitadas por ela, sobre sua estrutura bem como sobre sua situação patrimonial.

A Vigilância Inspetória equivale à fiscalização do direito brasileiro, cabendo à *Banca d'Italia* efetuar periodicamente a inspeção do banco – com poderes para requisitar a exibição de documentos – como forma de verificar se o banco cumpre as regras de gestão, de adequação patrimonial e de estrutura.

De acordo com o professor Gabrielli, a *Banca d'Italia* tem como maior preocupação a *sana*, saudável e prudente gestão do crédito, como forma de assegurar a depositantes e credores o recebimento de seus créditos, garantindo, assim, o equilíbrio de todo o sistema.

## 2 Os regimes especiais de mercado

### 2.1 A presença do interesse público

Importa esclarecer, neste ponto, a necessidade de se submeterem determinadas empresas a regimes especiais – juridicamente diversos do regime ordinário –, quando ocorrem dificuldades patrimoniais ou quebra.

Como visto, determinadas atividades, devido à sua importância no meio social e econômico, ficaram diretamente vinculadas à autorização do Estado, e seu funcionamento ficou sob controle fiscalizador.

Por essa importância, em caso de insucesso econômico e financeiro, a ruína dessas empresas não constituiria simples problema de ordem privada. Sua repercussão funesta no meio social e econômico não poderia deixar desatento e desinteressado o Estado (REQUIÃO, 1995, p. 200).

O que irá justificar a existência de regime especial será a presença do interesse público, evitando-se que certas situações individuais possam pôr em risco a higidez de determinado mercado.

A razão da existência de um regime especial, portanto, decorre da eleição, pelo legislador, de determinadas atividades privadas caracterizadas como de interesse público, para as quais o Estado reservou a adoção de regime jurídico interventivo diferenciado.

Portanto, quando a lei desloca uma liquidação do direito falimentar para o campo do direito administrativo, ela se inspira em relevantes razões de interesse público não conformáveis com o sentido egoístico do interesse privado ou do direito privado (BESSONE, 1995, p. 207).

Na falência, o que prevalece é o resguardo de certo crédito, concretamente considerado. Ele se insere em execução coletiva, mas não é superior ao interesse

da coletividade. Em outras palavras, na liquidação judicial, o jogo é dos interesses privados, e, na extrajudicial, predomina o interesse público.

Mas, se é assim, qual é o interesse público motivador do deslocamento para o ambiente do direito administrativo? As razões influenciadoras do legislador podem variar, ao optar pela liquidação extrajudicial, mas sempre ostentam a marca do interesse geral ou comum. Comentando a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, em especial sobre as razões que levaram o legislador a puxar a liquidação das instituições financeiras para o âmbito do direito administrativo, Bessone (1995, p. 208) faz os seguintes esclarecimentos:

De ordinário, tais razões prendem-se à fraqueza contratual do numeroso e disperso universo de pessoas do povo, sem aptidão para a defesa individual dos próprios interesses. Eloqüentes, neste caso, são os investimentos de poupanças de pequenas economias populares. As deficiências dos investidores sensibilizaram o Estado, levando-o ao intervencionismo protecionista, como o engendrado pela Lei n. 6.024.

Ainda sob a inspiração da proteção aos fracos, que recorrem aos seguros como prevenção de mal maior, o Decreto-Lei 73 determinou a liquidação extrajudicial das companhias de seguro.

Posso registrar, agora, que, pelo menos em linha de princípio, não se deve recorrer à liquidação extrajudicial, quando o interesse em causa for apenas individual e concreto, sem se relacionar com o interesse público.

No caso da assistência suplementar à saúde, outras também não foram as razões que inspiraram o legislador. Parece indubitado que o principal interesse no deslocamento da liquidação das operadoras para o território do direito administrativo foi a proteção do direito fundamental à saúde.

À luz da visão sistemática da Lei nº 9.656, de 1998, pode-se identificar elementos caracterizadores da presença do interesse público, aptos a justificar a adoção dos regimes especiais: a continuidade do atendimento assistencial; a tutela dos direitos dos consumidores desses serviços; a preservação da liquidez e da solvência das operadoras; a preservação da higidez do sistema de saúde suplementar; o saneamento do mercado; e a proteção adequada dos credores assistenciais.

Para Marques (2002, p. 184-185), a assistência suplementar à saúde envolve uma parcela dos interesses públicos difusos:

A noção multifacetada do interesse público, que tentamos apontar acima, acarreta a premência de o poder público atuar, exercendo sua capacidade regulatória, sempre que verificada a existência de um plexo de interesses públicos relevantes.

É o que ocorre, de maneira exemplar, no setor de Medicina Privada ou de Seguro-Saúde. Ainda que tais atividades possam ser situadas fora do rol de serviços públicos em sentido estrito, é inegável que elas, envolvem uma parcela significativa de *interesses públicos difusos*, os quais vão desde os consumidores destes serviços ou planos até os hipossuficientes sociais, que dependem da rede pública e são prejudicados pelos mecanismos de abatimento das quantias desembolsadas com estes serviços pelos mais aquinhoados<sup>41</sup> – mecanismos que, por óbvio, solapam a estrutura de financiamento da Saúde Pública. É claro, para nós, que a relevância e a abrangência deste setor da economia demandam a efetiva intervenção reguladora por parte do poder político.

O interesse na preservação da liquidez e da solvência das operadoras visa assegurar a continuidade do atendimento assistencial à saúde ou a qualidade desses serviços ante o risco de insolvência de operadoras em dificuldades para honrar seus compromissos.

A proteção adequada dos credores assistenciais expressa a natureza sistemática da regulamentação setorial. Assim, se a higidez do sistema não for preservada por medidas saneadoras e de proteção dos credores, eventual colapso do sistema irá prejudicar credores, consumidores e, em última análise, o Sistema Único de Saúde (SUS).

Referindo-se à finalidade da liquidação extrajudicial como medida saneadora do mercado financeiro – fim idêntico ao desse instrumento jurídico no sistema de saúde suplementar –, Requião (1995, p. 233) aduz que:

Parece-nos que não há dúvidas de que o escopo da liquidação extrajudicial é o saneamento do mercado financeiro e a proteção adequada dos credores. Aliás, a tranqüilidade e a segurança do meio financeiro, de determinada praça ou região, ou mesmo de todo o país, estão em relação direta à tranqüilidade e segurança dos credores. Os credores intranqüilos e inseguros em seus direitos são os meios motores de todos os distúrbios do mercado. Cabe, pois, a liquidação extrajudicial como medida de extirpação do foco de desajuste e intranqüilidade do meio financeiro.

## 2.2 O regime especial de direção fiscal

Até a edição da Lei nº 9.656, de 1998, a direção fiscal era regulada exclusivamente nos setores de seguros, de capitalização e de previdência privada, tendo sido instituída com a edição do Decreto-Lei nº 2.063, de 7 de março de 1940, diploma legal que regulamentou, sob novos moldes, as operações de seguros privados e sua fiscalização.

Segundo a disciplina desse decreto-lei, quando as sociedades não mantivessem integralmente cobertas suas reservas técnicas ou ameaçassem os interesses e direitos dos segurados, o órgão fiscalizador, além de poder adotar quaisquer medidas de fiscalização cabíveis, poderia exigir-lhes levantamento de balanços extraordinários e balancetes, diminuição de despesas, até mesmo suspensão ou redução de pagamento de lucros aos associados, realização ou aumento de capital social, inalienabilidade de quaisquer bens e recolhimento obrigatório de partes dos prêmios arrecadados, em conta especial de bancos, no país, sob a condição de seu movimento depender de autorização; proibir-lhes o funcionamento de filiais, sucursais e agências; suspender a celebração de novos contratos de seguros; e recusar-lhes a aprovação de novos planos de operações.

Para bom cumprimento dessas medidas – menos drásticas que as empregadas pela atual direção fiscal e adotadas antes desse regime especial –, o órgão fiscalizador designava um ou mais funcionários para acompanhar permanentemente as operações da sociedade, segundo instruções especiais.

Não surtindo efeito as medidas de fiscalização monitorada, o ministro de Estado competente, por proposta do órgão fiscalizador, nomeava, por tempo indeterminado, um diretor fiscal com as mesmas atribuições e vantagens conferidas aos demais diretores, correndo as de caráter pecuniário por conta dos cofres sociais.

Como se pode observar, as referidas providências eram utilizadas mediante indícios de iliquidez e insolvência da sociedade, sem interferência na gestão de seus negócios. No entanto, na hipótese de não surtirem efeitos, a decretação da direção fiscal se impunha. As providências eram adotadas preliminarmente à decretação da direção fiscal, tal como se adota hoje – o chamado “plano de recuperação financeira” –, e a decretação da direção fiscal, por sua vez, era feita antes da decretação da liquidação extrajudicial.

É que, de acordo com um dos princípios que regem o Sistema Nacional de Seguros Privados, a adoção dessas providências cautelares tem o escopo de preservar a liquidez e a solvência das sociedades que exploram essa atividade em prol do interesse dos segurados e dos beneficiários dos contratos de seguros, optando o órgão fiscalizador pelo regime mais drástico somente quando se verifica a impossibilidade de reerguimento econômico-financeiro da sociedade.

Com a edição do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, que revogou tacitamente o Decreto-Lei nº 2.063, de 1940, essas características foram mantidas, com pequenas modificações, sendo de se ressaltar apenas que as medidas de fiscalização passaram a ser adotadas a par do regime especial, mesmo após terem sido incorporadas as regras da Lei nº 6.024, de 1974, em razão das alterações dispostas na Lei nº 10.190, de 14 de fevereiro de 2001.

Posteriormente, com publicação da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, a direção fiscal, juntamente com a intervenção, passou a ser adotada na fiscalização das sociedades de previdência privada, nos mesmos moldes da direção fiscal disciplinada para o mercado de seguros e de capitalização, conforme os termos de seus art. 51 a 54. Essa lei, como cediço, foi revogada expressamente pela Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, que manteve o instituto em seu art. 43.

O regime especial de direção fiscal, portanto, pode ser definido como medida administrativa cautelar adotada com o escopo de preservar a liquidez e a solvência das empresas autorizadas a funcionar pelo poder público.

No setor de saúde suplementar, o instituto foi disciplinado pelos art. 24, 24-A e 24-B da Lei nº 9.656, de 1998, e descrito nos seguintes termos:

Art. 24. Sempre que detectadas nas operadoras sujeitas à disciplina desta Lei insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde, a ANS poderá determinar a alienação da carteira, o regime de direção fiscal ou técnica, por prazo não superior a trezentos e sessenta e cinco dias, ou a liquidação extrajudicial, conforme a gravidade do caso.

Conforme se pode observar, a direção fiscal disciplinada na Lei nº 9.656, de 1998, tem coloração própria, ou seja, possui algumas peculiaridades que a

distinguem da direção fiscal disciplinada no Decreto-Lei nº 73, de 1966, e na Lei Complementar nº 109, de 2001.

Da forma como previsto na lei dos planos de saúde, a direção fiscal tem como escopo possibilitar à ANS realização de acompanhamento econômico-financeiro e administrativo específico, localizado e mais próximo dos órgãos de decisão da empresa, com o intuito de orientá-los, mediante instruções diretivas expedidas pelo diretor fiscal.

A decretação da direção fiscal no setor de saúde suplementar requer preenchimento dos mesmos requisitos exigidos para alienação de carteira, direção técnica e liquidação extrajudicial, fato que já não ocorre na intervenção e na direção fiscal regulada nos demais mercados antes referidos.

Em razão dessa característica, detém a ANS:

[...] certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar (MELLO, 2000, p. 368).

Isso significa que a ANS exerce juízo valorativo para identificar as anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a qualidade ou a continuidade do atendimento à saúde, bem como para avaliar a decisão concreta de que medida é adequada para ser adotada. Isso decorre da técnica legislativa utilizada no art. 24, da Lei nº 9.656, de 1998, que atribui à ANS a competência para identificar a “insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde”.

No exercício de seu poder normativo, a ANS editou a Resolução Normativa nº 316, de 30 de novembro de 2012, segundo a qual o regime especial de direção fiscal poderá ser instaurado quando houver identificação de uma ou mais anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves, que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde.

O referido ato normativo especifica as seguintes situações, sem prejuízo de outras que possam ser identificadas pela ANS: totalidade do ativo em valor inferior ao passivo exigível; desequilíbrios estruturais na relação entre ativos e passivos

de curto prazo que comprometam a liquidez; inadequação às regras de garantias financeiras e ativos garantidores; inadimplência contumaz com o pagamento aos prestadores; não apresentação, rejeição, cancelamento ou descumprimento de planos de adequação econômico-financeira; obstrução ao acompanhamento da situação econômico-financeira; não adoção ou inobservância das regras do Plano de Contas Padrão da ANS; deficiência de controles internos, inconsistências, erros ou omissões nas informações contábeis que prejudiquem a avaliação da situação econômico-financeira; inobservância das normas referentes à autorização de funcionamento; ou alteração ou transferência do controle societário, incorporação, fusão, cisão ou desmembramento em descumprimento às normas da ANS, se não promovida a regularização do ato.

A direção fiscal tem a finalidade de eliminar as dificuldades financeiras ou administrativas, como forma de promover o soerguimento da operadora no mercado, ou seja, pressupõe existência de situação fática que possibilite seu reequilíbrio, pois, quando se tratar de anormalidade econômico-financeira na qual se mostre inviável a sua recuperação, a medida adequada será a liquidação extrajudicial.

Segundo o disposto no art. 24-A da Lei nº 9.656, de 1998, o ato administrativo de decretação da direção fiscal produz a indisponibilidade dos bens de todos os administradores que tenham estado no exercício de suas funções nos últimos doze meses anteriores a esse ato. Com essa característica, o instituto assemelhou-se à intervenção, cujo ato de decretação também produz esse efeito, conforme previsto no art. 36 da Lei nº 6.024, de 1974. Mas, ressalte-se, isso ocorre apenas nesse particular, pois, em relação às demais características, os dois institutos são inconfundíveis.

De fato, enquanto na direção fiscal acompanha-se a situação financeira da sociedade, coordenando, orientando, supervisionando seus serviços, baixando instruções a seus administradores, no intuito de solucionar as anomalias econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde, na intervenção passa-se a gerir os negócios da sociedade, afastando sua administração anterior.

O diretor fiscal não atua, de ordinário, como representante da operadora, uma vez que esse agente não assume ordinários poderes de gestão. Ao contrário do que ocorre no regime de intervenção, na direção fiscal não há substituição dos administradores, que continuam a atuar sob orientação normativa e imperativa do diretor fiscal ou do diretor técnico.

Trata-se de típica atividade regulatória, materializada em atos regulatórios executivos, determinados pela ANS por intermédio do diretor fiscal, na qualidade de agente auxiliar dessa atividade na condução do regime.

A direção fiscal, portanto, é um instrumento de regulação econômica, que tem por fim a manutenção da higidez econômico-financeira dos entes que operam no mercado de saúde suplementar. Afastadas as causas instauradoras do regime com o afastamento da anormalidade, o regime é encerrado.

### 2.3 Administração extraordinária das instituições bancárias italianas

Para o sistema financeiro italiano, é de grande importância a adequada classificação dos créditos, uma vez que ela determina a real situação econômico-financeira da instituição bancária.

O professor Gabrielli ensina haver duas situações que indicam a qualidade do crédito, sendo que uma delas indica possível dificuldade para que o crédito seja honrado: *ad encalho e in soferenza*.

O crédito “encalhado” é um crédito vivo, que produz interesse econômico, em relação ao qual o banco ainda pode aportar riqueza, embora possa, momentaneamente, não estar sendo honrado. Nas palavras do professor Gabrielli, “a barca está encalhada, mas não afundou”.

Já o crédito “em sofrimento” é o crédito de difícil exação, de difícil recuperação, para o qual deve ser iniciada a execução forçada, visando o recebimento.

A lei italiana permite ao banco adotar uma dessas duas posições em seu balanço patrimonial, sendo fundamental a adequada classificação, sob pena de transmitir impressão equivocada sobre a real situação patrimonial do banco. A classificação incorreta é considerada uma irregularidade, pois mascara sua real situação financeira.

Fixadas tais premissas, para a regulação bancária italiana, um banco está em crise diante das seguintes situações: quando não faz a prudente adequação patrimonial, quando não faz a classificação dos créditos de forma adequada e quando não cumpre as regras da regulamentação da *Banca d'Itália*.

A crise pode ser momentânea, quando o banco ainda não está insolvente e pode ser salvo por operações de recuperação ou de financiamento. Nessa hipótese, pode ser decretado regime de Administração Extraordinária do banco, por meio da nomeação de um ou dois Comissários Extraordinários, na função de administradores do banco, que irão substituir o Conselho de Administração. O Comissário Extraordinário desenvolve todas as atividades para tentar trazer de volta a situação de equilíbrio: recuperar os créditos, diminuir as filiais, enxugar a máquina.

O objetivo da administração extraordinária é recuperar o banco, por meio de intervenção da *Banca d'Itália* por não mais de dezoito meses. No entanto, se a situação de fato não é reversível, a hipótese será de liquidação coacta.

## 2.4 Liquidação extrajudicial no direito brasileiro

A liquidação extrajudicial prevista na Lei dos Planos de Saúde foi inspirada na lei que regulamenta as instituições financeiras e as sociedades de seguros privados, que prevê a adoção, pelo Estado, do mesmo regime na hipótese de quebra dessas empresas.

No que diz respeito às instituições financeiras, o Decreto nº 14.728, de 16 de março de 1921, estabeleceu o primeiro regime considerado intervencionista no país, ao instituir que as empresas bancárias, nacionais ou estrangeiras, só poderiam funcionar mediante autorização do Poder Público.

O regime de liquidação extrajudicial para as instituições financeiras foi previsto no Decreto 19.479, de 12 de dezembro de 1930, como reflexo da crise internacional que se instalou após a quebra da Bolsa de Nova Iorque.

A liquidação era processada de acordo com a lei de falências, mas fora do juízo, sob a direção de um liquidatário eleito pela maioria dos credores e sujeito à fiscalização de um “delegado do Governo Provisório”, com o poder de substituí-lo.

As principais características da liquidação administrativa dos bancos e das casas bancárias encontravam-se na iniciativa da decretação (por parte da entidade), no pressuposto (impossibilidade de retomada dos pagamentos normais) e na adaptação ao regramento da falência (FARIA, 1985, p. 8).

O Decreto-Lei nº 8.495, de 28 de dezembro de 1945, instituiu a liquidação coativa dos bancos, aplicando-se subsidiariamente a nova lei de falências. Os Decretos-Lei nº 9.228, de 3 de maio de 1946, e nº 9.346, de 10 de junho de 1946, extinguem qualquer relação porventura ainda existente entre falências e liquidação extrajudicial. A Lei nº 6.024, de 1974, em vigor, estabelece que as instituições financeiras estão sujeitas à intervenção e à liquidação extrajudicial, decretadas pelo Banco Central e conduzidas por agente por ele nomeado.

De acordo com Faria (1985, p. 11), “recebemos tardiamente a influência da legislação italiana de 1936”, já que dois dos pressupostos da administração extraordinária foram adotadas para a liquidação extrajudicial: ocorrência de prejuízos que sujeitem a risco anormal os credores quirográficos e a grave violação das normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição ou das determinações do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil.

A Lei nº 9.656, de 1998, como visto anteriormente, estabelece que, de acordo com a gravidade da situação econômico-financeira das operadoras de planos de saúde, havendo risco à continuidade do atendimento à saúde dos beneficiários, a ANS poderá decretar sua liquidação extrajudicial. Nesse contexto, merece especial atenção a norma do art. 24-D da referida lei, com o seguinte teor:

Art. 24-D. Aplica-se à liquidação extrajudicial das operadoras de planos privados de assistência à saúde e ao disposto nos arts. 24-A e 35-I, no que couber com os preceitos desta Lei, o disposto na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, no Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, no Decreto-Lei nº 41, de 18 de novembro de 1966, e no Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, conforme o que dispuser a ANS.

Note-se que o art. 24-D, da Lei nº 9.656, de 1998, não é apenas uma norma de remissão aos dispositivos legais que aponta. Trata-se, na verdade, de uma norma de reenvio relativo (parcial) de conteúdo, que atribui um grau de disposição a ser exercido pela ANS na normatização da matéria, que se revela na utilização das expressões “no que couber com os preceitos desta Lei” e “conforme o que dispuser a ANS”.

O reenvio é uma técnica que diz respeito às relações entre ordenamentos, não se confundindo com os métodos de solução de conflitos entre normas de um ordenamento. Segundo Bobbio (2008, p. 309), o reenvio é “aquele procedimento pelo qual um ordenamento renuncia a regular uma dada matéria e acolhe a regulamentação estabelecida por fontes normativas pertencentes a outros ordenamentos”.

A Lei nº 9.961, de 2000, e a Lei nº 9.656, de 1998, atribuem à ANS poder normativo para dispor sobre o ordenamento setorial dos regimes especiais de saúde suplementar. No entanto, não se trata de um poder de dispor originariamente sobre o tema. Por isso, o exercício do poder normativo deve ser o resultado da sistematização das normas existentes na Lei nº 9.656, de 1998, e nas demais normas análogas dos outros ordenamentos setoriais indicados no art. 24-D.

É possível que o ordenamento setorial dos regimes especiais da saúde suplementar considere especificidades do setor regulado e, mesmo, estabeleça normas inéditas em determinadas matérias, desde que isso não importe em subversão do sistema geral de falência e dos pontos centrais identificáveis nos demais ordenamentos setoriais.

Os parâmetros apontados para o legítimo exercício do poder normativo da ANS revelam que não há único modelo a disciplinar as possíveis relações entre os ordenamentos, exigindo-se uma análise casuística para compatibilizá-los. É possível concluir, portanto, que a agência reguladora, ao editar norma sobre os regimes especiais, exerce poder normativo, e não meramente poder regulamentar. Vale dizer, não se trata de estrita regulamentação das normas legais, mas de exercício de poder com maior grau de inovação na ordem jurídica.

Destaca-se a importância da definição das hipóteses que habilitam a decretação da liquidação extrajudicial, ante a missão atribuída pelo art. 24-D da Lei 9.656, de 1998, de definir quais os contornos desse regime interventivo no campo da saúde suplementar, no âmbito de sua discricionariedade técnica.

Verifica-se que a jurisprudência tem reconhecido que a decisão pela decretação da liquidação extrajudicial sujeita-se a controle judicial restrito. É o que se verifica da seguinte passagem do voto do Juiz Federal Mauro Luis Rocha Lopes, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, proferido no julgamento da Apelação Cível nº 199851010337211:

[...] Nesse particular, convenha-se que os juízos atinentes à gravidade das irregularidades exteriorizadas em relatórios de inspeção de instituição financeira, assim como ao grau de risco por elas geradas à incolumidade do sistema financeiro, são táticos, técnicos e discricionários por parte da Administração, que deve agir prontamente, exercendo legitimamente a opção que a legislação lhe conferiu para sanar o quanto antes uma situação potencialmente causadora de crise sistêmica.

Anote-se, a esse respeito, a lição de Werter Faria:

A decisão de liquidar extrajudicialmente uma instituição financeira deve ter seu pressuposto na lei. Esta confere certa margem de liberdade ao Banco Central do Brasil na escolha da medida ou providência mais adequada para a realização do interesse público específico, bem como da qualificação das circunstâncias de fato verificadas (comprometimento, gravidade, morosidade) (Liquidação extrajudicial, intervenção e responsabilidade civil dos administradores das instituições financeiras, Sergio Antonio Fabris Editor, 1985, p. 14).

Odete Medauar ensina que a expressão “discricionária tática” vem sendo utilizada para designar a margem de liberdade na adoção rápida de medidas eficazes ante situações de fato que assim exijam, como nos casos de catástrofes, calamidades, epidemias, caos financeiro (Direito administrativo moderno, 2003, p. 124, citada por Luís Roberto Barroso in Temas de direito constitucional, Tomo III, Renovar, 2005).

Não se pode pretender, portanto, que o Judiciário invalide o caminho legitimamente trilhado pelo Banco Central do Brasil, que considerou grave o quadro indicado pela fiscalização – e tanto era que os réus, pessoas físicas, acabaram também responsabilizados administrativamente com base na Lei nº 4.595/64 e denunciados em ação penal promovida pelo Ministério Público Federal – e optou por liquidar a RUMO DTVM sem nem mesmo ter intervindo previamente nela. [...]

## 2.5 Liquidação coacta no direito bancário italiano

Como visto, quando a situação econômico-financeira do banco é irreversível, ele fica sujeito ao regime mais gravoso da liquidação coacta, a cargo da *Banca d'Italia*.

A liquidação é efetuada após inspeção feita pela *Banca d'Italia* que conclua pela impossibilidade de recuperação do banco. O decreto de liquidação é ato de competência da autoridade da *Banca d'Itália*; já o decreto de revogação da autorização para exercício da atividade é feito pela autoridade fazendária.

Tal qual no sistema brasileiro, a Itália dispõe de um fundo de tutela ao depositante, que efetua o reembolso aos correntistas depositantes até o limite de determinado patamar financeiro, atualmente de cem mil euros. O pagamento aos credores que receberão acima desse valor será efetuado com observância da ordem de privilégio dos créditos.

Pode haver venda do banco insolvente para outro banco, precedida de autorização da *Banca d'Itália*, mediante celebração de contrato de cessão de “*attività e passività*”, ou seja, de cessão de ativos e passivos, situação que representa maior garantia aos correntistas. Nessa hipótese, o banco não fecha, na medida em que o cessionário prossegue nas atividades, sem prejuízo aos depositantes.

O contrato de cessão de ativos e passivos pode prever o aporte de recursos do fundo, para trazer alguma vantagem ao banco que adquire o outro, como forma de estimular esse tipo de sucessão, privilegiando a continuidade dos serviços e das atividades e minimizando, com isso, os reflexos no sistema financeiro.

À guisa de considerações finais, vale ressaltar a convergência de características entre a legislação brasileira e a italiana, tendo por objeto os pressupostos que determinam a adoção de regimes especiais a determinadas empresas, em razão do exercício de atividades consideradas de alta relevância social e interesse público. Por extensão, esses institutos foram inspiradores ao se editar a Lei nº 9.656, de 1998, e ao se instituir a ANS.

## Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

BRASIL. ANS TabNet: Nota Técnica de informações sobre beneficiários e operadoras de planos privados de assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/materiais-para-pesquisas/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>>.

BESSONE, Darcy. **Instituições de Direito Falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

FARIA, Werter. **Liquidação Extrajudicial, Intervenção e Responsabilidade Civil dos Administradores das Instituições Financeiras**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1985.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu de. **Curso de Direito de Saúde Suplementar**. São Paulo: MP Editora, 2006.

GABRIELLI, Enrico. **Aulas Ministradas no Curso *Diritto Europeo e Finanza Globale***. Universidade de Roma *Tor Vergata*. De 6 a 10 de maio de 2013.

MARQUES, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 184-185.

MATOS, João Boaventura Branco de. **As Transformações da Regulação em Saúde Suplementar no Contexto das Crises e Mudanças do Papel do Estado**. Rio de Janeiro: Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 368.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 30. Campinas: Bookseller. 2004.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 233.

SADDI, Jairo. **Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: Textonovo, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

# Ordem Econômica: análise do bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico

Juliana de Souza Macedo\*

*Introdução. 1 Direito Penal Econômico. 1.1 Autonomia da disciplina em face do Direito Econômico. 1.2 Conceito e objeto. 2 Ordem econômica. 2.1 Conceito de bem jurídico. 2.2 A ordem econômica como bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico. 3 Conclusão.*

## Resumo

Este artigo examina o conceito de ordem econômica, com o objetivo de precisar seu real significado para o Direito Penal Econômico. Para tanto, procede à análise crítica das distintas conotações que o referido conceito assume doutrinariamente, em especial de sua concepção normativa. Em seguida, com base em referencial ontológico, propõe a adoção de um conceito de ordem econômica apto para designar, em sentido técnico, um bem jurídico protegido pelo Direito Penal.

**Palavras-chave:** Direito Penal Econômico. Bem jurídico. Ordem econômica.

---

\* Procuradora do Banco Central do Brasil. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

## *Economic Order: a review of legal interest protected by economic criminal law*

### *Abstract*

*This paper reviews the concept of economic order with the aim of establishing its real significance to economic criminal law. Toward this end, a critical analysis is first made of the different connotations that the concept doctrinally assumes, in particular, its normative conception. Next, using an ontological framework, it proposes the adoption of an economic order concept capable of technically designating a legal interest protected by criminal law.*

*Keywords: Economic criminal law. Legal interest. Economic order.*

### **Introdução**

O atual estágio de desenvolvimento social e econômico tem levado o Direito Penal a reconstrução na ordenação dos bens jurídicos por ele tutelados. Acostumado a proteger bens jurídicos individuais, o Direito Penal expandiu suas áreas já contempladas de atuação, passando a tutelar, também, os bens jurídicos supraindividuais. Essa é a tendência claramente dominante da legislação penal da atualidade: a ampliação dos campos de proteção a bens jurídicos de titularidade coletiva ou difusa.

O Direito Penal Econômico corresponde a uma das mais destacadas manifestações da expansão do Direito Penal. Esse ramo jurídico tem como objeto de tutela a ordem econômica, autêntico bem jurídico supraindividual.

Ocorre que a expressão “ordem econômica”, de significado ambíguo, vem sendo adotada, em sede de Direito Penal Econômico, com sentido equívoco, o que impõe dificuldades para delimitar o âmbito da disciplina, bem como para precisar a noção do que se deve entender por delito econômico.

Neste trabalho, propõe-se examinar o conceito de ordem econômica, com o objetivo de se precisar seu real significado para o Direito Penal, o que é decisivo para elaboração e interpretação dos tipos penais econômicos.

O trabalho inicia-se com a investigação do que se entende doutrinariamente por Direito Penal Econômico. A seguir, procede-se a exame minucioso do significado da expressão “ordem econômica”, objeto de tutela desse ramo jurídico. Preliminarmente, porém, para melhor compreensão do referido conceito, é feita a análise sobre a noção de bem jurídico, tomado de forma genérica.

Por fim, procede-se à reflexão conclusiva, a fim de apresentar um conceito de Direito Penal Econômico, com base na correta identificação de seu objeto de tutela, isto é, da ordem econômica.

## 1 Direito Penal Econômico

### 1.1 Autonomia da disciplina em face do Direito Econômico

O desenvolvimento científico do Direito Penal Econômico e sua estruturação normativa deram-se juntamente com a consolidação do Direito Econômico, o que evidencia a estreita ligação entre esses dois ramos do Direito – Econômico e Penal Econômico. O Direito Penal Econômico é subsidiado por conceitos retirados do Direito Econômico, havendo, dessa forma, necessidade de cotejo da legislação penal com a legislação econômica. Afirma Bustos Ramirez (1991, p. 15) que

a teoria sobre o Direito Penal Econômico, por si mesma, implica, ademais, uma investigação interdisciplinar, pois, de outra maneira, é impossível conseguir uma compreensão e determinação de todos os fenômenos em que incide um delito econômico. É o Direito Penal Econômico o que com maior clareza exige a realização programática de Von Liszt de uma ciência penal integrada.

Não se está, com isso, defendendo que o Direito Penal Econômico seja concebido unicamente como acessório do Direito Econômico, com conteúdo meramente sancionatório. O Direito Penal Econômico assume sua autonomia em razão de sua função específica. O Direito Econômico compreende normas que disciplinam e regulam a atuação do Estado na economia, com o objetivo de realizar sua política econômica. O Direito Penal Econômico, por sua vez, ramo do

Direito Penal e, portanto, submisso aos mesmos princípios informadores deste, somente pode ter como finalidade a proteção de bens jurídicos fundamentais. Em outras palavras, o Direito Penal, sob o prisma da esfera econômica, busca finalidade própria, preservando a característica de exclusiva proteção dos bens jurídicos essenciais ao convívio social, descomprometido, pois, com sucessos ou insucessos de políticas econômicas.

Passa-se, então, à conceituação do Direito Penal Econômico, a possibilitar ulterior enfrentamento da delimitação do bem jurídico por ele protegido.

## 1.2 Conceito e objeto

É corrente na doutrina, tanto nacional como estrangeira, conceituar o Direito Penal Econômico como o conjunto de normas jurídicas que protegem a ordem econômica<sup>1</sup>. Nesse sentido, destaca-se a recomendação do XIII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal sobre o conceito e os princípios fundamentais do Direito Penal Econômico e da Empresa, celebrado na cidade do Cairo, em 1984: “*La expresión ‘Derecho Penal Económico’ se emplea aquí para circunscribir los delitos contra el orden económico*”<sup>2</sup> (apud SALOMÃO, 2011, p. 172).

Não se observa, porém, da mesma forma, consenso em relação à delimitação do bem jurídico protegido pelo Direito Penal Econômico – a ordem econômica. Afirma Rodríguez (1998, p. 309):

*Han sido varios los conceptos de delito económico que se han propuesto y abundantes los criterios de delimitación que se han empleado para determinar qué figuras han de integrar esta categoría; no obstante, destaca la inexistencia de un acuerdo doctrinal al respecto.*<sup>3</sup>

---

1 Indicam a ordem econômica como o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico, entre outros, os seguintes autores: Tiedemann (1986, p. 73), Bajo Fernandes (1973, p. 96), Cervini (2011, 232), Aftalion (1966, p. 80), Peña Cabrera (2011, p. 554), Araújo Júnior (1995, p. 36), Fragozo (1982, p. 123), Prado (2011b, p. 39), Feldens (2002, p. 122).

2 Em livre tradução: “A expressão ‘Direito Penal Econômico’ é empregada aqui para descrever os delitos contra a ordem econômica.”

3 Em livre tradução: “Vários são os conceitos de delito econômico que têm sido propostos e abundantes os critérios de delimitação que se têm empregado para determinar quais as figuras que integrarão esta categoria; contudo, destaca-se a inexistência de um acordo doutrinário a respeito.”

O conceito de ordem econômica costuma ser expresso de forma estrita e ampla. Na primeira, entende-se por ordem econômica a regulação jurídica da intervenção do Estado na economia; na segunda, mais abarcante, a ordem econômica é conceituada como a regulação jurídica de produção, distribuição e consumo de bens e serviços, ou seja, da atividade econômica.

Assim, é possível conceituar o Direito Penal Econômico de forma ampla ou restrita, dependendo da concepção que se adote em relação à ordem econômica. Adotando-se a concepção estrita em relação ao bem jurídico tutelado, o Direito Penal Econômico deve ser entendido como o conjunto de normas que protege a ordem econômica, assim considerada como a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia de um país.

Compartilhando a concepção restrita de ordem econômica, Bajo Fernandez (1973, p. 96), autor espanhol de citação recorrente entre aqueles que escrevem a respeito da matéria, identifica a ordem econômica com o interesse do Estado na conservação da ordem legal da economia, tanto em seu conjunto como em suas ordenações parciais.<sup>4</sup>

De acordo com Cervini (2009, p. 12), a concepção limitada de ordem econômica foi adotada na lei para a simplificação do Direito Penal Econômico no campo da economia, editada, em 1949, na República Federal da Alemanha. Segundo essa lei, uma infração será delito econômico quando vulnerar o interesse do Estado na permanência e na conservação da ordem econômica.

Por outro lado, elegendo uma concepção ampla do bem jurídico tutelado, o Direito Penal Econômico corresponde ao conjunto de normas que tutelam a ordem econômica, entendida como a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Proteger-se-ia, nesse caso, o interesse privado, isto é, o interesse individual daqueles que se situam na posição de agentes econômicos, nas suas diversas posições e, em segundo plano, a regulação estatal da atividade econômica.

Tiedemann (1977, p. 156), autor que propôs a distinção entre Direito Penal Econômico em sentido amplo e em sentido estrito, assumindo uma posição ampla, afirma:

---

4 *“Puede afirmarse a este tenor que el objeto de protección del Derecho penal económico es el orden económico entendido como interés del Estado en la conservación de su capacidad productora para el cumplimiento de su tarea y en la conservación del orden legal de la economía tanto en su conjunto como en sus ordenaciones parciales.”*

*Delitos económicos en un sentido amplio son aquellos actos prohibidos que dañan especialmente intereses privados, pero que lo hacen mediante el uso abusivo de instrumentos propios de la vida económica y afectan también, en consecuencia, intereses comunitarios.*<sup>5</sup>

Ocorre que a definição de ordem econômica, tanto na concepção ampla como na restrita, afigura-se vaga e imprecisa, relevando-se, portanto, insuficiente para indicar, de forma clara, o que se deve entender por delito econômico. Assim, neste trabalho, procede-se à análise crítica dos referidos conceitos, ultrapassando a abordagem meramente terminológica, com o objetivo de propor nova definição do referido bem jurídico, capaz de servir como critério seguro para elaboração e interpretação dos tipos penais econômicos.

## 2 Ordem econômica

Antes de se proceder ao exame do significado da expressão “ordem econômica”, necessário se faz, para melhor compreensão do referido conceito, a análise sobre a noção de bem jurídico, tomado de forma genérica.

### 2.1 Conceito de bem jurídico

Tomando como ponto de partida o conceito oferecido por Gomes (2002, p. 133), tem-se que bens jurídicos são bens existenciais valorados positivamente e protegidos por uma norma penal. É possível identificar dois elementos no referido conceito, bem existencial e valoração social. Bem existencial constitui um ente ou um dado da realidade com independência de seu caráter material ou imaterial. Welzel (2003, p. 32) indica as formas pelas quais tais bens podem apresentar-se:

Como objeto psicofísico (relativo ao espírito ou à matéria), ou como objeto ideal-psíquico (assim a vida por um lado, e a honra pelo outro);

---

<sup>5</sup> Em livre tradução: “Delitos económicos em um sentido amplo são aqueles atos proibidos que causam dano especialmente aos interesses privados, mas que o fazem mediante o uso abusivo de instrumentos próprios da vida econômica e afetam também, conseqüentemente, interesses comunitários.”

como estado real (a paz do lar); como relações da vida (matrimônio, parentesco); como relação jurídica (propriedade, direito de caça); e até como conduta de um terceiro (dever de fidelidade do empregado público, protegido diante do suborno).

Por seu turno, Roxin (2009, p. 17) define os bens existenciais como circunstâncias reais, entendendo que eles se apresentam não somente como as condições individuais necessárias para uma coexistência pacífica e livre (isto é, proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também como instituições estatais adequadas para esse fim (administração de justiça eficiente, sistema monetário e de impostos saudáveis, administração livre de corrupção etc.):

Então, não é necessário que os bens jurídicos possuam realidade material; a possibilidade de disposição sobre coisas que a propriedade garante ou a liberdade de atuação voluntária que se protege com a proibição da coação não são objetos corporais; entretanto, são partes integrantes da realidade empírica. Também os direitos fundamentais e humanos, como o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de opinião ou religiosa, também são bens jurídicos. Seu desconhecimento prejudica verdadeiramente a vida na sociedade. De forma correspondente com o anterior, embora as instituições estatais como a administração da justiça ou o sistema monetário ou outros bens jurídicos de todos tampouco são objetos corporais, mas são realidades vitais cuja diminuição prejudica, de forma duradoura, a capacidade de rendimento da sociedade e a vida dos cidadãos.

O outro elemento extraído do referido conceito é a valoração social, que se configura como juízo de valor positivo, que tem por objeto o bem existencial, considerado pressuposto indispensável para existência em comum. Dessa forma, tem-se que o conceito de bem jurídico é expressão de relação dialética de realidade e valor (MIR PUIG *apud* GOMES, 2002, p. 133). Prado (2011a, p. 53) corrobora esse entendimento, aduzindo que “o bem jurídico não se identifica exatamente com seu substrato: revela algo mais que sua base, visto ser resultado de juízo positivo de valor sobre algo, que se lhe encarna, e acaba por dar-lhe um conteúdo ímpar de cunho empírico-valorativa.”

Explicitando o que foi dito: os entes do mundo real podem ser valorados, levando em conta determinados critérios – econômico, estético, social e outros. Determinado dado da realidade (bem existencial) é valorado socialmente de forma positiva, à medida que se revela útil para a satisfação de uma necessidade essencial do indivíduo ou da sociedade.<sup>6</sup> Esse bem existencial será, então, considerado valor social. No momento em que passa a contar com a proteção do Direito Penal, tal valor social é elevado à categoria de bem jurídico penal<sup>7</sup>. Nessa linha de raciocínio, tem-se o bem jurídico como algo socialmente valioso, ou seja, como valor da ordem social, juridicamente protegido. Nesse sentido, o conceito de Prado (2011a, p. 52):

O bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade, e por isso, jurídico-penalmente protegido.

Lopes (2000, p. 540) acentua ainda:

Só podem ser bens jurídicos aqueles objetos que o ser humano precisa para sua livre autorrealização; determinados objetos se convertem em bens jurídicos, portanto, à medida que estão dotados de um conteúdo de valor para o desenvolvimento pessoal do homem em sociedade.

## 2.2 A ordem econômica como bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico

Conforme já analisado, o conceito de ordem econômica costuma ser expresso de forma ampla e estrita. Na primeira, a ordem econômica corresponde ao conjunto de normas que regulam a atividade econômica. Na segunda, a ordem

---

6 Adverte Feldens (2002, p. 56): “O Direito Penal, assim entendido como instrumento político ao mesmo tempo de controle e proteção social, rumará tanto mais à sua legitimidade quanto mais priorizar, dentro de uma escala de valores, aqueles que se mostrem não apenas retórica, mas efetivamente essenciais à vida do homem em sua sociedade, quando então, por exemplo, a economia e o dano privados cedem à higidez das ordens econômica e financeira, as quais estruturadas no interesse da coletividade (art. 192 da CRFB) têm por fim assegurar existência digna conforme os ditames da justiça social (art. 170, CRFB).”

7 Observa Aftalión (1966, p. 88) que “*el legislador no es más que el portavoz oficial por medio del cual una Comunidad expresa sus juicios valorativos.*”

econômica compreende o conjunto de normas jurídicas promulgadas para regular a intervenção do Estado na economia.

Inicialmente, cumpre destacar que o conceito de ordem econômica, seja na concepção ampla, seja na estrita, identifica-a como um conjunto de normas, como uma parcela da ordem jurídica. A ideia que subsiste em qualquer das concepções é que o Direito Penal Econômico estaria a tutelar as normas econômicas.

Nesse sentido, o pensamento de Tiedemann (1985, p. 20) considera como delitos econômicos “*no sólo los hechos punibles dirigidos contra la planificación estatal de la economía, sino todo el conjunto de los delitos relacionados con la actividad económica y dirigidos contra las normas estatales que organizan y protegen la vida económica.*”<sup>8</sup>

Observa, ainda, o citado autor:

*Cabe afirmar que el Derecho Penal no tiene en la actualidad como misión la de conformar el orden económico. Por el contrario y como principio, únicamente ratifica un orden extrapenal y colabora así para su efectividad. En el ámbito de la economía, precisamente, el Derecho Penal resulta ser secundario y accesorio.*<sup>9</sup>

Marques (*apud* PIMENTEL, 1973, p. 21) afirma que as “sanções de caráter penal foram postas a serviço da regulamentação normativa da vida econômica e suas repercussões nos fatos que a ordem jurídica disciplina.”

Salomão (2011, p. 162) assevera:

Finalmente, saliente-se que o Direito Penal Econômico, com a amplitude de seu conteúdo, é um direito de superposição. Isto porque, como já foi dito, há uma extensa e intrincada regulamentação da economia cujas metas se quer proteger. Pois bem, para a compreensão do delito econômico será imprescindível a compreensão, logicamente anterior, da disciplina jurídico-econômica do fato. É exatamente este o fenômeno da superposição, os tipos delituosos não incidem diretamente sobre fatos, mas, antes, sobre normas jurídicas que regulam situações de fato.

---

8 Em tradução livre: “Não apenas os fatos puníveis dirigidos contra o planejamento estatal da economia, mas todo o conjunto dos delitos relacionados à atividade econômica e dirigidos contra as normas estatais que organizam e protegem a vida econômica.”

9 Em tradução livre: “Cabe afirmar que o Direito Penal não possui na atualidade a missão de conformar a ordem econômica. Pelo contrário e como princípio, unicamente ratifica uma ordem extrapenal e colabora assim para sua efetividade. No âmbito da economia, precisamente, o Direito Penal acaba por ser secundário e acessório.”

Outros autores, de forma mais específica, entendem que o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico seria a função interventiva do Estado na economia, desempenhada por meio da edição de normas que regulam a economia ou pela elaboração de políticas econômicas. Nesse passo, Rios (2011, p. 271) observa:

Se a intervenção do Estado na economia é inquestionável, ela vai se dar através de diversos órgãos estatais que controlem a atuação dos agentes econômicos, o funcionamento do sistema financeiro etc. E estas atividades funcionais configuram-se na doutrina penal moderna como verdadeiros bens jurídicos a serem tutelados. Dessume-se, portanto, que o controle penal não estará direcionado apenas a prever e reprimir a lesão objetiva da conduta, mas também a inobservância de normas de organização na qual esteja inserida a finalidade pública da atividade funcional.

Pimentel (1973, p. 21) considera que:

O Direito penal econômico, portanto, é um sistema de normas que defende a política econômica do Estado, permitindo que esta encontre os meios para a sua realização. São, portanto, a segurança e a regularidade da realização dessa política que constituem precipuamente o objeto jurídico do Direito penal econômico.

Não obstante a notória autoridade dos autores citados, os referidos conceitos de ordem econômica não servem para designar, em sentido técnico, um bem jurídico protegido pelo Direito Penal. Sabe-se que a primeira condição de legitimidade de uma norma penal é que se dirija à tutela de um bem jurídico. Por isso, não cabe ao Direito Penal tutelar normas jurídicas nem funções estatais<sup>10</sup>, uma vez que tais objetos, por não possuírem referencial ontológico, não podem ser elevados à categoria de bens jurídicos penais. Como ressaltado, somente os bens existenciais (individuais ou supraindividuais) mais importantes para o ser humano merecem ser contemplados em uma norma como objeto de proteção penal.

---

10 Nos dizeres de Prado (2011<sup>a</sup>, p. 59): "Fica evidenciado que a função em si (v.g., função de controle de tráfego viário, gestão ou controle ambiental, tributária) não tem nenhum conteúdo ou sentido próprio, não constitui algo real e independente. É uma operação ou relação axiologicamente neutra, corresponde a alguma coisa (a um elemento qualquer). Não se confunde, portanto, com a ideia de bem jurídico, já analisada, como entidade e adstrita ao homem como ser social."

Convém evidenciar, uma vez mais, que o bem jurídico digno de tutela penal é aquele objeto do mundo real positivamente valorado. O objeto tutelado deve integrar a realidade empírica, ou seja, deve estar vinculado à realidade existencial. Em outros termos, bens existenciais, preexistentes ao direito, quando dotados de valor social, ou seja, quando se revelam indispensáveis à convivência social, são elevados à categoria de bens jurídicos penais, a partir do momento em que passam a contar com a proteção do Direito Penal.

A respeito do tema, leciona Cervini (2009, p. 48), valendo-se dos ensinamentos de Juarez Tavares:

*Ha expresado Juarez Tavares que, en términos generales, el bien jurídico ha suscitado innumerables posiciones. El principal enfoque que envuelve las discrepancias reside en saber si ese concepto es puramente una producción del derecho o recibe de éste únicamente su reconocimiento, como dato pre-jurídico. Compartimos con el citado Tavares que el bien jurídico tiene un substrato de realidad natural, no porque resulte de un supuesto derecho natural, sino porque se produce en el contexto de una relación social concreta, con todas las contradicciones que esa realidad encierra.<sup>11</sup>*

Nessa perspectiva, impõe-se reconhecer que a ordem econômica, tida como um conjunto de normas ou de regulamentos, não possui existência própria no mundo real, ou seja, existência pré-jurídica. Ao contrário, existe porque foi estabelecida pelo próprio Direito. Isso significa que, tomada em sentido normativo, a ordem econômica não pode ser elevada à categoria de bem jurídico penal, uma vez que o processo de criminalização de qualquer fato encontra-se condicionado pela preexistência do objeto tutelado no mundo real. A esse respeito, assevera Feldens (2012, p. 68):

A atividade de identificação (reconhecimento) social dos bens (valores ou interesses) a serem juridicamente protegidos é lógica e temporalmente anterior à sua recepção normativa. Afinal, antes de serem bens ou valores recolhidos pelo Direito (bens jurídicos), eles se fazem constituídos como

---

11 Em tradução livre: “Juarez Tavares afirma que, em termos gerais, o bem jurídico suscitou inúmeras posições. O principal enfoque que envolve as discrepâncias reside em saber se este conceito é puramente uma produção do direito, ou se recebe deste unicamente seu reconhecimento, como dado pré-jurídico. Concordamos com a opinião de Tavares, de que o bem jurídico tem um substrato de realidade natural, uma vez que se produz no contexto de uma relação social concreta, com todas as contradições que essa realidade encerra.”

tais na consciência social, extraídos que são dos costumes vigentes em uma determinada sociedade e, por consequência, de suas necessidades. Isso é assim pelo menos em linha de princípio. Do que significaria concluir que a norma (penal) não cria valores, senão que, alinhada à metodologia de controle social – por intermédio da qual o Direito Penal está conectado a outros mecanismos –, os absorve, por meio de sua positivação, como forma de protegê-los.

Oportuna, ainda, a citação de Monreal (1982, p. 109):

[...] o interesse que está na base de cada bem jurídico não é criado pelo direito, senão que é fruto de uma determinada forma de conceber a sociedade e os indivíduos que a formam, a que se reflete em um concreto regime de organização social, política e econômica, que se estabelece em um país em uma certa etapa de sua história. Mas é o direito que capta e recolhe este interesse e que, elevando-o à categoria de bem jurídico, o coloca como base da ordem social que lhe cumpre proteger e sustentar.

A grande questão que se coloca neste ponto é identificar que bem jurídico é protegido pelo Direito Penal Econômico. Tem-se que, de fato, é a ordem econômica o bem jurídico tutelado por esse ramo do Direito, compreendida, porém, em sentido diverso daquele apresentado pela doutrina. Como demonstrado, a expressão “ordem econômica”, de significado ambíguo, vem sendo adotada, em sede de Direito Penal Econômico, em sentido equívoco, isto é, como um conceito normativo. É fundamental tomar como base, na identificação do objeto de tutela dos tipos penais econômicos, as estruturas ontoaxiológicas, que dizem respeito à vida econômica. Dessa forma, a ordem econômica, no âmbito criminal, deve ser compreendida como o modo de ser empírico de determinada economia concreta, que apresenta uma dada organização.

Esclarecedores os ensinamentos de Moreira (*apud* GRAU, 1991, p. 69), a respeito das distintas conotações que a expressão ordem econômica apresenta:

– em um primeiro sentido, “ordem econômica” é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de

referir-se não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico com o fato;

– em um segundo sentido, “ordem econômica” é expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta) qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral, etc), que respeitam a regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômico.

– em um terceiro sentido, “ordem econômica” significa ordem jurídica da economia.

Ao proceder à análise das considerações supracitadas, deve-se ater a duas das distinções apontadas: ordem econômica como ordem de fato e como ordem jurídica. No primeiro sentido, o conceito designa uma realidade do mundo do ser; no segundo sentido, a expressão corresponde a um conjunto de regras jurídicas que regulam a vida econômica – mundo do dever ser.

Por tudo o que foi visto a respeito de bem jurídico, entende-se que, no âmbito do Direito Penal Econômico, a expressão “ordem econômica” deve ser adotada no primeiro sentido, ou seja, para designar a realidade da vida econômica, relativa a determinado país, em certa época. Isso porque essa expressão, compreendida como termo de conceito de fato, apresenta-se como bem existencial, preexistente ao Direito, que, valorado positivamente como indispensável à vida em sociedade, pode ser legitimamente protegido pela norma penal.

Sendo assim, tem-se que o Direito Penal Econômico, ao tutelar a ordem econômica (mundo do ser), protege os fatores econômicos concretos<sup>12</sup>, ou seja, tudo aquilo que concorre, na realidade econômica, para formação de riqueza. Quais seriam esses fatores? A produção, a circulação, a distribuição ou a comercialização de bens ou serviços, ou seja, as formas de atividade econômica, realizadas na economia de mercado de forma regular e ordenada.

---

<sup>12</sup> Na opinião de Olivares (*apud* BALDAN, 2012, p. 116), o objeto de proteção do Direito Penal Econômico seria o equilíbrio do sistema econômico em seu concreto funcionamento.

São precisas as palavras de Souza (2012, p. 60):

O conceito Direito Penal Econômico refere-se diretamente à tutela do justo equilíbrio da produção, circulação e distribuição de riquezas entre os cidadãos, consubstanciando-se num controle social do mercado conforme o modelo econômico adotado<sup>13</sup>.

Cumprе ressaltar, porém, que determinada conduta delitiva não pode ser qualificada como crime econômico, simplesmente em razão de ter sido praticada no contexto e no âmbito de uma atividade econômica. Na elucidativa formulação de Bacigalupo (*apud* BALDAN, 2012, p. 127), somente podem ser considerados delitos econômicos aqueles comportamentos que “põem em perigo a própria existência da ordem econômica e as formas de atividade dessa ordem econômica.”

Saliente-se, na esteira antes citada, que:

O Direito Penal não protege ou tutela a realização do fenômeno econômico como fato em si, mas sim protege a integridade da ordem que se estima necessária para o cumprimento desse fato, de maneira que possam produzir-se assim os fins propostos. Resulta assim claro que qualquer conduta que produza a ruptura dessa ordem (concebida à maneira de equilíbrio indispensável nas manifestações econômicas) traz como consequência uma sanção necessária (GALLINO *apud* BALDAN, 2012, p. 146).

Adequando os conceitos de Direito Penal Econômico e de ordem econômica, considerada como um conceito do mundo do ser, propõe-se este conceito de Direito Penal Econômico: conjunto de normas penais que tutelam a atividade econômica, de modo que ela possa ser realizada de forma ordenada, regular e equilibrada, voltada para melhoria das condições sociais e para livre realização e desenvolvimento da pessoa.

---

<sup>13</sup> No mesmo sentido, Araújo Júnior (1995, p. 36) enfatiza: “Daí um novo bem jurídico: a ‘ordem econômica’, que possui caráter supraindividual e se destina a garantir um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais.”

### 3 Conclusão

O bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Econômico é a ordem econômica, entendida como o modo de ser empírico de determinada economia concreta, que apresenta uma dada organização.

Na verdade, o Direito Penal Econômico, ao tutelar a ordem econômica, protege o correto e adequado funcionamento do mercado. Isso porque, em relação aos crimes econômicos, a lesão resultante da conduta delituosa transcende os interesses individuais dos agentes econômicos e coloca em risco o justo equilíbrio da produção, da distribuição e do consumo de bens e serviços, em determinada economia de mercado.

Dessa forma, não se trata de se proceder, por meio do Direito Penal Econômico, à tutela de normas jurídicas ou de meras funções estatais, mas da própria atividade econômica, autêntico bem jurídico de natureza supraindividual.

### Referências

AFTALIÓN, Enrique R. El Bien Jurídico Tutelado por el Derecho Penal Económico. In: *Revista de Ciencias Penales*, Santiago do Chile, v. 25, n. 2, mayo/agosto de 1966.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Dos Crimes contra a Ordem Econômica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BAJO FERNANDEZ, Miguel. El Derecho Penal Económico: un estudio de derecho positivo español. In: *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madri, t. 26, fasc. 1, jan/abr. 1973.

BALDAN, Édson Luís. *Fundamentos do Direito Penal Econômico*. Curitiba: Juruá, 2012.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Perspectivas Atuais do Direito Penal Econômico. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 3-15, abr/maio/jun. 1991.

CERVINI, Raúl. Derecho Penal Económico: concepto y bien jurídico: *In*: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (org.). **Direito Penal Económico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais, v. 2, p. 229-260.

\_\_\_\_\_. Derecho Penal Económico Democrático: hacia una perspectiva integrada. *In*: SANCHEZ VILARDI, Celso; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coord.). **Direito Penal Económico: análise contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2009. Série GVlaw.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: a constituição penal**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito Penal Económico e Direito Penal dos Negócios. *In*: **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n. 33, p. 122-129, jan/jun. 1982.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e Bem Jurídico Penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Económica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MONREAL, Eduardo. Reflexões para a Determinação e Delimitação do Delito Económico. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n. 33, p. 90-121, jan/jun. 1982.

PEÑA CABRERA, Raúl. El Bien Jurídico en los Delitos Económicos. *In*: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (org.). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais, v. 2, p. 545-565.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.

RIOS, Rodrigo Sanches. Reflexões sobre o Delito Econômico e Sua Delimitação. *In*: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (org.). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais, v. 2, p. 261-282.

ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Organização e tradução: Andre Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. Tipicidade no Direito Penal Econômico. *In*: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (org.). **Direito Penal Econômico e da Empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Coleção Doutrinas Essenciais, v. 2, p. 153-171.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal Econômico: fundamentos, limites e alternativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

TIEDEMANN, Klaus. El Concepto de Delito Económico y de Derecho Penal Económico. **Nuevo Pensamiento Penal: revista de derecho y ciencias penales**. Buenos Aires, n. 5-8, p. 461-475, 1975.

\_\_\_\_\_. El Concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de Delito Económico. **Cuadernos de Política Criminal**, Madri, n. 28, p. 65-74, 1986.

\_\_\_\_\_. **Poder Económico y Delito: introducción al derecho penal económico y de la empresa.** Tradução de Amelia Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel, 1985.

VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. Los Delitos Socioeconômicos en el Código Penal de 1995: la necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. 21, 1998.

WELZEL, Hans. **Direito Penal.** Tradução Afonso Celso Rezende. 2ª Tiragem. Campinas: Romana, 2003.

# A Opção e o Interesse Processual do Credor no Ajuizamento de Ação de Conhecimento quando já Portador de Título Executivo Extrajudicial Idôneo a Embasar a Execução

Rosalina Freitas Martins de Sousa\*

*Introdução – Entendendo o sentido no ajuizamento de ação de conhecimento, quando já se porta título executivo extrajudicial. 1 A autonomia e o sincretismo como técnicas para se proceder à execução. 2 Divagações acerca do interesse de agir e da possibilidade de o credor escolher a modalidade para satisfação do seu crédito. 3 Além das obrigações de pagar quantia: possibilidade de escolha do credor nas espécies de obrigação – de fazer, de não fazer ou de dar coisa distinta de dinheiro. 4 Conclusão – Elogio à previsão constante do projeto do novo Código de Processo Civil.*

## Resumo

O presente artigo busca demonstrar que o credor, mesmo já sendo detentor de título executivo extrajudicial que reconheça a obrigação de pagar quantia, tem a opção e o legítimo interesse processual de, em vez de ingressar direto com o processo de execução, ajuizar demanda cognitiva com o fito de obter outro título, desta feita judicial. A possibilidade se justifica porque, diante das modificações operadas no ordenamento jurídico pátrio, a técnica sincrética

---

\* Doutoranda em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Especialista em Direito Privado pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE). Graduada em Direito e em Administração de Empresas. Assessora Técnica Judiciária de Desembargador de Tribunal de Justiça de Pernambuco. Professora de Direito Processual Civil no Estado de Pernambuco, em cursos de graduação e pós-graduação.

pode se mostrar potencialmente mais efetiva do que a execução autônoma. Examina-se o tratamento da temática na esteira do entendimento da doutrina, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça bem ainda no projeto do novo Código de Processo Civil.

**Palavras-chave:** Título extrajudicial. Execução. Ação de conhecimento. Interesse processual.

***Procedural Option and Interest of the Lender in Filing of Action Knowledge when we Carrier Enforcement suitable to base the Extrajudicial Execution***

***Abstract***

*This article seeks to demonstrate that the lender even now being holder of an extrajudicial execution that recognizes the obligation to pay amount, you have the option and the legitimate interest of procedural rather than joining directly with the execution process, assess the cognitive demand purpose to get another title, this time justice. The possibility is justified because of the changes made on the national legal system, the technique may prove syncretic potentially more effective than running unattended. Examines the treatment of the theme in the wake of the understanding of the doctrine of the Superior Court of Justice and even the design of the new Code of Civil Procedure.*

**Keywords:** *Title extrajudicial. Execution. Action knowledge. Procedural interest.*

**Introdução – Entendendo o sentido no ajuizamento de ação de conhecimento, quando já se porta título executivo extrajudicial**

Em passado recente, não faria muito sentido pensar na possibilidade de um credor já detentor de um título executivo extrajudicial que contivesse uma obrigação de pagar quantia ajuizar uma demanda de conhecimento, a fim de

buscar decisão judicial condenatória capaz de lhe conferir justamente aquilo que já possuía, no caso, um título executivo, desta feita com a qualificação de judicial.

Imagine-se a hipótese de um credor que, mesmo aparelhado de um cheque, ajuizasse uma ação cognitiva para obter uma sentença que condenasse o devedor justamente ao pagamento da quantia estabelecida naquela cártula. Se já detinha um documento ao qual a lei atribuiu eficácia executiva, que lhe garantia diretamente o acesso à execução, sem necessidade de passar por prévio processo de conhecimento, para que o credor provocar a atividade jurisdicional cognitiva para buscar algo que já possuía? Iniciar um processo de conhecimento para, ao final, obter um título judicial que iria lhe conferir algo equivalente ao que já tinha?

A execução fundada em título executivo extrajudicial conferia ao exequente – até hoje confere – a vantagem de dispensar averiguação judicial acerca da existência efetiva do direito que se encontra em sua base. Assim, para autorizar a prática de atos executivos, basta a existência do título apresentado pelo exequente.

Considerando, então, que tanto os títulos executivos judiciais que continham uma obrigação de pagar quanto os títulos extrajudiciais eram executados de forma idêntica – no caso, com inauguração de um processo autônomo de execução, a ser deflagrado por uma petição inicial, com o requerimento para citação do devedor – não fazia muito sentido pensar em se promover um processo de conhecimento para buscar uma sentença condenatória, isso, é claro, quando o credor já portava um título executivo extrajudicial.

Em vez de passar por dois processos – um de conhecimento, outro de execução –, como já era portador de um título extrajudicial, estava autorizado o credor, de pronto, a deflagrar a atividade executiva.

Nesses termos, manejado um processo de conhecimento (isso quando o credor já portava um título extrajudicial), tinha-se típico caso de sua extinção sem resolução meritória, porque se considerava que faltaria ao credor interesse de agir, já que não havia razão plausível para que aquele se valesse de uma ação de conhecimento, com o fito de obter algo que já portava, no caso, um título executivo.

O credor não teria interesse em promover prévia ação cognitiva, com todos os percalços a ela inerentes, porque já poderia logo driblar todo esse caminho de certificação e, de imediato, buscar a satisfação de seu crédito pela deflagração da execução, já que o título extrajudicial, dotado de eficácia executiva, era executado da mesma maneira que o título executivo judicial, ou seja, por meio de processo

de execução, com apresentação de uma petição inicial e citação do devedor, para pagar o valor devido ou oferecer embargos.

Porém, esse raciocínio não mais se justifica. É que, com a publicação da Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, suprimiu-se a execução de título judicial (obrigações de pagar) como um processo autônomo, passando a execução a ser uma fase de um processo já existente, ao qual se atribuiu a denominação de sincrético.

No sistema processual em vigor, de fato, existem duas técnicas para se proceder à execução, a saber: o processo autônomo, previsto para as hipóteses de execução dos títulos executivos extrajudiciais e para alguns títulos judiciais; e a execução como fase procedimental, ligada ao cumprimento de decisões judiciais, com o prestígio ao sincretismo processual. A execução, nessa última hipótese, não é mais inaugurada por um processo autônomo, com a citação do devedor, mas se opera *sine intervallo*, como uma fase de um processo já existente.

Portanto, a depender da natureza do título que certifique o direito cuja satisfação se busca (se judicial ou se extrajudicial), apresentam-se séries específicas e diga-se de passagem, bem diferentes de atos a serem praticados.

É em virtude da distinção dos atos a serem praticados em uma técnica ou em outra que se reconhece que, atualmente, o credor tem interesse em manejar uma ação de conhecimento, a fim de obter sentença condenatória (um título judicial, portanto) que reconheça a obrigação de pagar que já se encontra estampada em outro título executivo, desta feita extrajudicial, do qual já é portador.

Cabe ao credor escolher entre deflagrar de logo a execução, fundada em título extrajudicial, ou, em sentido diverso, promover uma ação de conhecimento para, se for o caso, depois de constituído o título judicial, dar início à fase de cumprimento de sentença, na hipótese de recalcitrância do devedor.

O simples fato de o credor entender que, na técnica da execução fundada em título executivo judicial, a qualidade da tutela tende a ser mais efetiva para a satisfação da obrigação a que faz jus, em virtude dos atos a serem ali praticados e dos meios de defesa que ali são admitidos, pode ele, tranquilamente, deixar de se utilizar do título extrajudicial do qual é portador – que já é hábil a deflagrar o processo autônomo de execução – e propor ação de conhecimento, objetivando a prévia certificação do seu direito para, em seguida, assistir aos atos executivos naquela mesma relação processual, sem nova inauguração de relação processual.

Diante da realidade atual, não haveria, nessa conduta, nenhuma quebra do interesse de agir do credor na demanda cognitiva, como se entendia outrora. Simplesmente o credor opta por não intentar a execução autônoma, aparelhada pelo título extrajudicial. E o motivo é um só: o credor pretende ver seu direito satisfeito, e, se para tal desiderato, a técnica sincrética pode se revelar mais interessante – até mesmo pelos atos que se desenvolvem no curso do *iter* procedimental –, ninguém melhor do que ele, maior interessado em receber o crédito que lhe é devido, para escolher a via que lhe pareça mais conveniente.

Esse entendimento, conforme se verá, encontra amparo na doutrina pátria, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, e consta expressamente em dispositivo do projeto do novo Código de Processo Civil (CPC).

## **1 A autonomia e o sincretismo como técnicas para se proceder à execução**

O modelo original do CPC brasileiro baseou-se num sistema idealizado por Enrico Tullio Liebman, em que se defendia a consagração da autonomia entre o processo de conhecimento e o processo de execução.

A função jurisdicional consta fundamentalmente de duas espécies de atividades, muito diferentes entre si [...] na cognição a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico: êle deve estudar o caso, investigar os fatos, escolher, interpretar e aplicar as normas legais adequadas, fazendo um trabalho intelectual, que se assemelha sob certos pontos de vista, ao de um historiador, quando reconstrói e avalia os fatos do passado. [...] Na execução, ao contrário, a atividade do órgão é prevalentemente prática e material, visando produzir na situação de fato as modificações aludidas acima (LIEBMAN, 1968a, p. 37).

Após expor as principais diferenças entre as atividades cognitivas e executivas, o processualista italiano arrematou: “É, pois, natural que a cognição e a execução sejam ordenadas em dois processos distintos” (LIEBMAN, 1968a, p. 38).

Também é da pena do referido processualista italiano a seguinte máxima: “Não se deite a mão nos bens de uma pessoa senão para satisfação de um

direito efetivamente existente” (LIEBMAN, 1968b, p. 117). Essa ideia deixava evidenciada a necessidade de a execução se subordinar a alguns pressupostos indicados na lei, entre os quais o título executivo, judicial ou extrajudicial.

O título executivo é uma criação técnica da doutrina processual. Quer significar que a instauração da execução, com a conseqüente agressão da esfera jurídica do devedor, apenas é possível, entre outros requisitos, se houver um título executivo.

A execução, portanto, por meio da qual o credor postula que um direito já definido seja realizado, mediante a prática de atos que agredem o patrimônio do devedor, exige um título executivo, judicial ou extrajudicial. A exibição preambular do título executivo faz pressupor que o exequente tenha razão (FUX, 2008, p. 85). Pode-se dizer que “Os títulos executivos extrajudiciais nada mais são do que ‘pedaços de papel’ ou ‘documentos’ que fazem concluir que provavelmente um direito existe” (MARINONI, ARENHART, 2007, p. 57).

O legislador brasileiro, levando em consideração a probabilidade da existência do direito estampado em seu corpo e, ainda, o fato de que não poderiam demorar muito tempo para serem concretamente realizados, atribuiu aos títulos executivos extrajudiciais eficácia executiva. O legislador brasileiro, então, dispensou o credor de propor prévio processo de conhecimento, possibilitando o seu imediato acesso, desde que houvesse título extrajudicial, ao processo de execução. Ajuizado o processo de execução pelo credor, o devedor era citado para efetuar o pagamento.

A sentença condenatória, por outro lado, constitui um título executivo judicial. O credor de uma obrigação de pagar quantia, insatisfeito por não receber o que lhe era devido, obrigava-se a bater duas vezes às portas do Judiciário para cobrar um só e mesmo crédito: primeiro, pelo processo de conhecimento, obtinha o accertamento, a certificação de seu direito; depois, com base na sentença condenatória (título executivo) e mediante novo processo, chegava aos atos executórios.

Cuidava-se, então, de engenhoso e complexo sistema jurídico-procedimental, como bem ilustra a passagem a seguir, da lavra de Athos Gusmão Carneiro (2010, p. 8):

Assim é que, proposta uma ação condenatória, após decorridos meses e anos em busca da cognição exauriente (com contraditas, saneamento, instrução, perícia, sentença), o advogado por fim informava ao cliente sua vitória na demanda. Sim, fora vitorioso. Mas não poderia o demandante exigir a prestação que lhe era devida, pois o vencido apelara, e a apelação de regra assume o duplo efeito. Os tempos corriam, a apelação do réu era por fim rejeitada, recursos de natureza extraordinária intentados e repelidos, e certo dia – *mirabile dictu* – o paciente (ou impaciente) autor recebe a grata notícia: a sentença a ele favorável havia transitado em julgado. Alvissaras, tudo resolvido, pensava o demandante. Pensava mal. Para receber o “bem da vida” que lhe era devido, cumpria fosse proposto um “segundo processo”, já agora visando o cumprimento da sentença; um novo processo exigente de nova citação, com a possibilidade de subsequente contraditório mediante ação incidental de embargos do devedor (propiciando instrução e sentença), e com o uso de meios executórios inadequados ao comércio moderno, tais como a hasta pública (um anacronismo na era eletrônica) (CARNEIRO, 2010, p. 8, grifos do autor).

Percebeu-se, então, a incongruência desse modelo, pelo que foram editadas leis de reforma do CPC que tiveram reflexos na sistemática da execução.

De fato, com a instituição da tutela antecipada (Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994), que passou a ser permitida no procedimento comum, fraturou-se a barreira que separava a cognição da satisfação. O legislador, ao prever a figura, deu um grande salto evolutivo: admitiu, no procedimento-padrão, a prática de atos executivos.

Não bastava, para a adequada tutela dos direitos, a tutela antecipatória. A modificação na tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer, iniciada pelo CDC (art. 84), depois generalizada no art. 461 do CPC, com a redação da Lei nº 8.952, de 1994, também foi responsável por profunda alteração na sistemática da tutela executiva. Desde 1994, as sentenças que reconhecem a existência de tais obrigações não mais precisam, para serem efetivadas, submeter-se a processo autônomo de execução.

Independentemente de instauração de novo processo e da provocação do interessado, o magistrado, no corpo da sentença, trata de determinar que providências devem ser tomadas para garantir a efetivação da sua decisão. Pode-se dizer que a execução das sentenças, nessas hipóteses, passou a não mais ocorrer em processo autônomo, mas sim como fase complementar ao processo

de conhecimento. É por causa dessa particular característica que a doutrina passou a designar tais processos de “sincréticos”, “mistos” ou “multifuncionais”, por servirem a mais de um propósito: certificar e efetivar (DIDIER JÚNIOR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 30).

Esse regime jurídico foi estendido, posteriormente, às obrigações de dar coisa distinta de dinheiro, nos termos do art. 461-A do CPC, com a edição da Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002.

Sobreveio, então, a Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que instituiu a fase de cumprimento de sentença, aproximando o sistema de efetivação das decisões que impõem obrigação de pagar quantia àquele já vigente e aplicável às decisões que impõem os outros tipos de prestação, dispensando instauração de novo processo com finalidade executiva (CPC, art. 475-J).

A execução, portanto, fundar-se-á sempre em título executivo, judicial ou extrajudicial. Porém, se antigamente se dizia que os títulos executivos (judiciais e extrajudiciais) que estabeleciam obrigação de pagar quantia ostentavam idênticas qualidades e deveriam ser executados por processo autônomo de execução, hoje, precisamente após a publicação da Lei nº 11.232, de 2005, a afirmativa não se revela mais correta. A realidade se alterou.

A sentença condenatória (título executivo judicial, portanto) não mais se executa mediante ajuizamento de um processo autônomo, mas, diferentemente, tem sua satisfação buscada nos mesmos autos em que se originaram, *in simultaneo processu*, dispensada nova citação (ASSIS, 2009, p. 166).

É importante que se diga, no entanto, que persiste o processo autônomo de execução. Porém, a tutela executiva concedida por meio de processo autônomo somente ocorre nos casos de execução fundada em título extrajudicial (CPC, art. 585) e execução contra a Fazenda Pública, baseada em título judicial ou extrajudicial (art. 730 e 731). Do mesmo modo, quando o título judicial consistir em sentença penal condenatória, sentença arbitral ou sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos termos dos art. 475-N, II, IV e VI, todos do CPC, a tutela executiva será prestada por meio de processo autônomo, embora, nesse caso, sigam-se as regras do cumprimento de sentença (CPC, art. 475-I a 475-Q), aplicando-se, apenas subsidiariamente, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial (art. 475-R) (DONIZETTI, 2010, p. 13).

Existem, então, duas maneiras pelas quais se pode aperfeiçoar a execução: com instauração de um processo próprio e citação do executado; ou, de forma imediata, sem novo processo, em sequência natural do processo já existente.

## **2 Divagações acerca do interesse de agir e da possibilidade de o credor escolher a modalidade para satisfação do seu crédito**

Na execução – seja no caso de processo autônomo, seja no cumprimento de sentença –, a lei exige, entre outras questões, que haja interesse de agir.

A constatação do interesse de agir faz-se, sempre, concretamente, ou seja, à luz da situação descrita no instrumento da demanda, não havendo como indagar, em abstrato, se há – ou não – interesse de agir, sendo certo que ele estará sempre relacionado a determinada demanda judicial.

O exame do interesse passa pela verificação de um binômio, a saber, a utilidade e a necessidade do pronunciamento judicial (DIDIER JÚNIOR, 2010, p. 211).

Diz-se que há utilidade toda vez que o processo puder propiciar ao demandante, no caso da execução ao credor/exequente, o resultado favorável pretendido. A providência judicial reputa-se última na medida em que “por sua natureza, verdadeiramente se revele – sempre em tese – apta a tutelar, de maneira tão completa quanto possível, a situação jurídica do requerente” (MOREIRA, 1971, p. 17).

A necessidade, a seu turno, repousa na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem intercessão do Estado, ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial.

Além da necessidade e da utilidade do provimento jurisdicional, alguns doutrinadores aludem à necessidade de que o autor demonstre a adequação da via eleita, que, então, segundo esse entendimento, seria outro elemento necessário à configuração do interesse de agir (MONTENEGRO FILHO, 2013a, p. 128; CÂMARA, 2013, p. 156).

A adequação da via eleita pode ser compreendida como o ingresso com a ação judicial adequada para solucionar o conflito de interesses (MONTENEGRO FILHO, 2013a, p. 129). O provimento jurisdicional pedido, sob essa perspectiva, deveria ser correto, ou seja, ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser.

Alguns doutrinadores entendem que faltaria ao credor interesse de agir no ajuizamento de uma ação de conhecimento quando já portador de título executivo extrajudicial. Ajuizar uma demanda de conhecimento quando já se possui um título executivo extrajudicial implicava a extinção da demanda cognitiva sem resolução meritória, isso por ausência de interesse de agir.

Se já porta determinado título executivo, seja judicial, ou extrajudicial, ao autor faltaria interesse para o ingresso da ação de conhecimento. Estaria pleiteando o que já possui (o título executivo). Assim, é necessário que se proceda à verificação da existência de título judicial ou extrajudicial. Caso o credor – assim considerado por portar título executivo – ingresse com outra ação que não a de execução, o processo deve ser extinto sem a resolução de mérito, por falta de interesse processual, sem que se admita a *conversão* da ação de conhecimento (ação imprópria) em ação de execução (ação própria), posto que nos encontramos diante de processos diferenciados, com pedidos e com causas de pedir completamente distintos (MONTENEGRO FILHO, 2013b, p. 226-227, grifos do autor).

Atualmente, porém, esse raciocínio não mais parece sustentável, isso se for considerado que existem duas técnicas para se viabilizar a execução.

Primeiramente, é importante que se diga que, em rigor, não parece ser razoável afirmar que a adequação da via eleita é um elemento integrante do interesse de agir, que se somaria ao binômio da necessidade e da utilidade.

De fato, até que ponto pode-se dizer que falta de adequação pode indicar ou fazer presumir falta de interesse de agir? É crível dizer que alguém não tem interesse de agir pelo simples fato de ter solicitado uma providência jurisdicional inadequada, de ter eleito o instrumento incorreto?

Sobre o tema, merece transcrição integral a observação que José Carlos Barbosa Moreira fez a Cândido Rangel Dinamarco por ocasião da arguição de sua tese de livre-docência:

Aberra até do bom-senso afirmar que uma pessoa não tem interesse em determinada providência só porque se utilize da via inadequada. Pode inclusive acontecer que a própria escolha da via inadequada seja uma consequência do interesse particularmente intenso; se alguém requer a execução sem título, não será possível enxergar-se aí uma tentativa, ilegítima embora, de satisfazer interesse tão-premente, aos olhos do titular, que lhe pareça incompatível com os incômodos e delongas da prévia cognição? Seria antes o caso de falar em excesso do que em falta de interesse. [...] (DINAMARCO, 2000, p. 405-406).

É por isso que outra boa parte da doutrina – com quem parece estar a razão – rechaça a ideia de que a adequação enquadrar-se-ia como elemento do interesse de agir (DIDIER JÚNIOR, 2010, p. 211).

Diante da dualidade de formas de se realizar a execução (processo autônomo ou fase) e, conseqüentemente, pela diversidade de atos a serem praticados em cada uma dessas modalidades, é mais do que razoável admitir que o credor/exequente tem interesse na via que lhe pareça mais expedita para recebimento do seu crédito. Pode ser que seja mais interessante para o credor, em vez de ingressar diretamente com o feito executivo autônomo – quando já portador de um título extrajudicial –, manejar uma ação de conhecimento para, certificado o seu direito, buscar o cumprimento da sentença.

O detentor de título executivo extrajudicial pode, portanto, a depender de sua vontade, deduzir pretensão cognitiva. No sistema processual em vigor, de fato, existem duas técnicas para a execução, a saber, o processo autônomo, previsto para as hipóteses de execução dos títulos executivos extrajudiciais e para alguns títulos judiciais específicos; e a execução como fase procedimental, ligada ao cumprimento de decisões judiciais, com o prestígio ao sincretismo processual.

Portanto, a depender da natureza do título que certifique o direito cuja satisfação se busca (se judicial ou extrajudicial), apresentam-se séries específicas e, diga-se de passagem, bem diferentes de atos a serem praticados.

É em virtude da distinção dos atos a serem praticados em uma técnica ou em outra que se reconhece que o credor tem interesse em manejar uma ação de conhecimento, a fim de obter sentença condenatória (um título judicial, portanto) que reconheça uma obrigação de pagar que já se encontra estabelecida, por exemplo, em outro título executivo, desta feita extrajudicial, do qual já é portador.

De acordo com a técnica do sincretismo, como já dito, não há necessidade de se inaugurar um processo<sup>1</sup>. A ordem dos atos processuais encontradiços nesse rito é a seguinte: a) apresentação de petição simples, cujos requisitos são bem mais singelos do que os exigidos para uma petição inicial apta a deflagrar a execução autônoma. Na referida peça, já deve o credor acostar a planilha com o débito atualizado, inserindo uma multa de 10% sobre o valor da condenação, isso pelo não pagamento voluntário por parte do devedor<sup>2</sup>; b) determinação da expedição de mandado de penhora e avaliação; c) intimação do advogado do executado a respeito da penhora e da avaliação e início do prazo para apresentação de impugnação, defesa de cognição limitada; d) apresentação da impugnação, seu processamento e julgamento; e) fim da execução ou início da etapa expropriatória, visando a satisfação do crédito do exequente.

Se, por outro lado, estiver o credor de posse de um título executivo extrajudicial, que reconheça a obrigação de o devedor lhe pagar uma quantia certa, está autorizado a buscar efetivar a obrigação por meio de um processo autônomo de execução, o qual, por sua vez, diferentemente do que ocorre na execução como fase, apresenta a seguinte ordem de atos: a) apresentação da petição inicial; b) deferimento, por parte do magistrado, se for o caso, da inicial, oportunidade em que será determinada a citação do devedor para pagamento da dívida no prazo de três dias, mais a fixação de honorários; c) possibilidade do cumprimento do mandado de penhora e avaliação já a partir do quarto dia; d) possibilidade de o devedor ficar inerte, requerer o parcelamento (art. 745-A do CPC) ou apresentar embargos (art. 736 do CPC), em cujo bojo, diferentemente do que ocorre na impugnação, pode o executado arguir qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir em processo de conhecimento; e) julgamento dos embargos; f) etapa expropriatória, se for o caso, e extinção da execução.

---

1 Quando a execução fundada em título judicial apresentava a natureza jurídica de processo autônomo, formado posteriormente ao encerramento do de conhecimento, era tranquila a conclusão de que essa nova ação, desta feita de execução, justificava o recolhimento de novas custas e nova condenação em honorários advocatícios, não se confundindo com os fixados no processo de conhecimento. A alteração da natureza da execução de sentença, que deixou de ser tratada como processo autônomo e passou a ser mera fase complementar do mesmo processo em que o provimento é assegurado, não trouxe, porém, nenhuma modificação nessa lógica. No tocante aos honorários, o STJ firmou posição pela necessidade de fixação de honorários advocatícios na fase de cumprimento da sentença, conforme julgamento do REsp nº 1028855/SC, Rel. Min. Nancy Andrihgi, Corte Especial, julgado em 27 de novembro de 2008, DJe 5 de março de 2009. Já no que diz respeito à legalidade das custas na fase de cumprimento de sentença, tem-se o julgamento do Procedimento de Controle Administrativo nº 235, da lavra do Conselho Nacional de Justiça.

2 Com efeito, nos termos do art. 475-J do CPC, se o indivíduo for regularmente intimado a efetuar o pagamento da dívida deixar transcorrer *in albis* o prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa de 10%.

Apenas para se demonstrar a diferença entre as duas técnicas, verifica-se o que há de distinto nas duas modalidades de defesa do executado: a impugnação, quando se tratar de fase de cumprimento de sentença; e os embargos à execução, no caso de o devedor se defender quando estiver sendo executado pela técnica do processo autônomo de execução.

A impugnação é cabível para opor-se ao cumprimento de sentença condenatória ao pagamento de quantia, os embargos são cabíveis em execução contra a Fazenda Pública (arts. 741 a 743) e execução fundada em título extrajudicial (arts. 736 a 740 e 745 a 745-A). O procedimento referente à impugnação ao cumprimento da sentença é incidental, ou seja, desenvolve-se na mesma relação processual na qual se deu a composição da lide, ao passo que os embargos à execução constituem processo autônomo. Para cabimento da impugnação, faz-se necessária prévia segurança do juízo (art. 475-J, § 1º), ao contrário do que ocorre com os embargos à execução, que podem ser ajuizados independentemente de penhora, depósito ou caução (art. 736, *caput*). Contra decisão que resolve o incidente de impugnação, exceto quando extinguir a execução, cabe agravo de instrumento; contra sentença que decide os embargos à execução cabe apelação (DONIZETTI, 2010, p. 252).

Veja-se que as duas técnicas se encaminham para realidades distintas no tocante aos atos processuais praticados, circunstância que, indubitavelmente, gera várias implicações para o credor, que, por isso mesmo, deve ter a possibilidade de analisar qual a melhor técnica para receber o crédito a que faz jus.

Pode ser que o credor, por exemplo, mesmo portando um cheque (título executivo extrajudicial), em vez de deflagrar, de pronto, a execução autônoma para fins de cobrança do débito constante da cártula, entenda que é mais rápido, interessante e eficaz para recebimento do seu crédito ingressar com ação ordinária, a fim de buscar a condenação do devedor a pagar o que lhe é devido.

Passada a fase de conhecimento, condenado o réu e não sendo efetuado o pagamento voluntário, segue-se a execução na técnica sincrética, que, por não inaugurar um processo; por não ensejar nova citação do devedor; por autorizar a defesa do executado por meio da impugnação (e não dos embargos) e, ainda, por permitir a incidência da multa de 10%, tal como previsto no art. 475-J do CPC, pode se revelar mais satisfatória e ensejar o recebimento do valor mais

prontamente se comparada com a técnica da execução autônoma, que, como se disse, tem início por meio de uma petição inicial, seguida da citação do devedor para pagar o valor devido, ou se defender por meio de embargos à execução, que segue até a sentença final.

Mesmo diante dessa distinta realidade de atos contraditórios em uma e outra técnica, parte da doutrina continua sustentando a ausência de interesse de agir do credor no ajuizamento de ação de conhecimento, mesmo quando portador de título extrajudicial.

Como sabemos, a ação de conhecimento é destinada à obtenção de sentença que atribua ou certifique o direito em favor do autor, constituindo título judicial, permitindo que seja utilizada pelo vencedor, na fase processual seguinte (execução). Diante dessa afirmação, podemos complementá-la dizendo que o processo de conhecimento é de certificação, enquanto que o de execução é de realização do direito, no qual o magistrado é autorizado pela lei a invadir a esfera patrimonial do devedor, retirando bens que permitam a satisfação da obrigação, mesmo contra a vontade deste. [...] Voltando as atenções para o credor que porta contrato, assinado pelas partes e por duas testemunhas (*rectius*: sendo título extrajudicial), cabe-nos indagar se o interessado pode propor ação de cobrança, sob a alegação de que pretende ouvir testemunhas, por exemplo, para discutir questões relacionadas ao negócio que justificou a assinatura do documento. [...] manifestamos o entendimento de que o credor não pode propor a ação de conhecimento, em casos com o analisado [...] já que estaria pleiteando algo que já possui, como tal o título executivo. [...] Embora a ação de conhecimento possa atribuir título executivo judicial ao autor, o que justificaria o desprezo do título executivo extrajudicial, percebemos que a nossa lei processual não faz distinção entre os títulos (judiciais e extrajudiciais), que têm o mesmo valor jurídico. A diferença reside na modalidade de impugnação das execuções, sendo uma atacada através dos embargos (a fundada em título extrajudicial), enquanto a outra pode ser combatida através da impugnação, com defesas em *numerus clausus*. Em face dessa constatação, ou seja, de que os títulos extrajudiciais valem tanto quanto os judiciais, entendemos que o credor que porta título extrajudicial (cheque, duplicata, nota promissória, contrato, por exemplo) não pode propor ação de conhecimento, fundada no título, para obter sentença (título judicial), pois estaria pedindo coisa que já tem. Nesse caso, proposta a ação de conhecimento, defendemos a tese de que o juiz deve indeferir a

inicial, com fundamento no inciso III do art. 295, sequer determinando o aperfeiçoamento da citação do réu, em decorrência da ausência do interesse de agir, como uma das condições da ação, representando matéria de ordem pública, do interesse do Estado, podendo (e devendo) ser conhecida de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição (§4º do art. 301) (MONTENEGRO FILHO, 2010, p. 135-136, grifos do autor).

Como se disse, em virtude da distinção dos atos a serem praticados em uma técnica ou em outra é que se reconhece que o credor pode ter interesse em manejar uma ação de conhecimento, a fim de obter sentença condenatória (um título judicial, portanto) que reconheça uma obrigação que já se encontra estabelecida, por exemplo, em outro título executivo, desta feita extrajudicial, do qual já é portador.

Ora, se o devedor se recusa a cumprir espontaneamente a obrigação, é imprescindível a intercessão do Estado para buscar tal desiderato. Assim, fica configurada, pois, a necessidade de o credor vir a juízo. De outro lado, se a técnica sincrética se revelar apta a tutelar de maneira mais satisfatória a situação do credor – mesmo quando ele já poderia deflagrar a execução – tem-se presente a utilidade do provimento buscado sob aquela modalidade. Configurada, portanto, a utilidade. Presentes, então, a necessidade e a utilidade, tem-se completo o binômio que forma o interesse processual.

O simples fato de o credor entender que, na técnica da execução fundada em título executivo judicial, a qualidade da tutela tende a ser mais efetiva para a satisfação da obrigação a que faz jus, em virtude dos atos a serem ali praticados e dos meios de defesa que ali são admitidos, pode ele tranquilamente deixar de se utilizar do título extrajudicial do qual já é portador – e que já é hábil a deflagrar o processo autônomo de execução –, e propor ação de conhecimento, objetivando a prévia certificação do seu direito para, em seguida, assistir aos atos executivos naquela mesma relação processual, sem inauguração de relação processual.

A questão aportou no STJ, tendo a referida Corte se posicionado no sentido de reconhecer o interesse do credor em manejar ação de conhecimento, mesmo quando portador de título extrajudicial, em virtude do procedimento do cumprimento de sentença, que pode lhe ser mais interessante.

PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO DE COBRANÇA PROPOSTA POR DETENTOR DE TÍTULO EXECUTIVO. ADMISSIBILIDADE. - Não há discricionariedade do autor na adoção do rito processual, questão que envolve matéria de ordem pública, sobrepondo-se aos interesses particulares das partes e do julgador. - Com as alterações introduzidas pela Lei 11.232, de 22.12.2005, o detentor de título executivo extrajudicial pode deduzir pretensão condenatória em juízo, pois tem interesse processual em obter decisão judicial passível de cumprimento e válida como título constitutivo de hipoteca judiciária. - Existindo dúvida quanto à força executiva do título executivo, é possível a adoção do processo de conhecimento com procedimento comum. Recurso Especial não conhecido (STJ, 2007, p. 581, grifos nossos).

O credor tem, portanto, opção de intentar a execução autônoma, aparelhada pelo título extrajudicial, ou de manejar a ação de conhecimento, a fim de constituir um título executivo judicial. Se o credor pretende ver seu direito satisfeito, e, se para tal desiderato, a técnica sincrética pode se revelar mais interessante – até mesmo pelos atos que se desenvolvem no curso do *iter* procedimental –, ninguém melhor do que ele, maior interessado em receber o crédito que lhe é devido, para escolher a via que lhe pareça mais conveniente, não podendo o juiz extinguir o feito sem resolução meritória por ausência de interesse de agir.

### **3 Além das obrigações de pagar quantia: possibilidade de escolha do credor nas espécies de obrigação – de fazer, de não fazer ou de dar coisa distinta de dinheiro**

Conforme analisado no item 2, a execução pode ser buscada por meio de um processo autônomo ou de uma fase instaurada no bojo de um processo em curso. Tanto num como noutro caso, a execução se desenvolve com observância de um dado procedimento, que é o procedimento executivo, assim entendido como sendo o conjunto de atos praticados para alcançar a tutela jurisdicional executiva, com a efetivação da prestação devida.

Não existe apenas uma espécie de procedimento executivo. A depender da natureza do título que certifique o direito cuja satisfação se busca – se judicial

ou extrajudicial – e, mais, a depender da natureza da prestação que se pretende impor ao executado (de fazer, de não fazer, de pagar quantia ou de dar coisa distinta de dinheiro), há séries específicas de atos executivos a serem praticados, com procedimentos distintos para cada uma dessas situações.

O procedimento, portanto, varia a depender do título executivo, como também a depender da natureza da prestação, se de fazer, não fazer, entregar coisa e pagar quantia.

Até então, mencionou-se a respeito do procedimento para a execução, tanto do título judicial, quanto do título extrajudicial, que reconhecem uma obrigação de pagar quantia certa. De fato, foram previstos, de modo diferenciado, os requisitos, o procedimento e os mecanismos de oposição dos atos executivos que podem ser manejados por aquele que está sendo executado.

Há, igualmente, variação no que diz respeito às obrigações de fazer e não fazer. Apresentam-se formas distintas de atos a serem praticados para a satisfação do credor. A sentença relativa à obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461 do CPC, não mais havendo de se falar em execução autônoma nesses casos, e sim em continuidade de um processo já existente, desta feita em uma nova etapa, de caráter executivo (MOREIRA, 2007, p. 188).

A realidade é diversa quando o credor dispõe de um título executivo extrajudicial. De fato, caso o interessado já disponha de um título executivo extrajudicial que reconheça obrigação de fazer, deverá ser observado o procedimento que se encontra regulado entre o art. 632 e o art. 638, todos do CPC. Já se o título extrajudicial reconhecer obrigação de não fazer, o procedimento é aquele inserto nos art. 642 e 643, ambos do CPC. Aqui, tal como ocorre para deflagração da execução autônoma para pagamento de quantia, tem-se necessidade de apresentação de uma petição inicial, com requerimento de citação do devedor.

É bom que se diga, porém, que, mesmo já portando um título extrajudicial que contenha uma obrigação de fazer ou não fazer – na mesma linha do que já foi defendido quanto à obrigação de pagar quantia –, pode a parte optar por buscar o cumprimento da obrigação pelo rito previsto no art. 461 do CPC, pelo simples fato de entender que tal sistemática se revela mais interessante.

A propósito, da simples leitura dos dispositivos que regulamentam o procedimento para a execução fundada em título extrajudicial que reconhece uma obrigação de fazer e não fazer, observa-se a timidez com que o legislador

se posicionou a respeito dos poderes executivos atribuídos ao magistrado, isso se comparado com aqueles previstos para efetivar uma sentença fundada no art. 461 do CPC.

Cabe observar, por oportuno, que o § 5º do art. 461 do CPC (técnica sincrética) consagra o poder geral de efetivação, ao dispor que, para efetivação da tutela específica, o magistrado, de ofício ou a requerimento, poderá determinar um sem número de medidas, “tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial” (BRASIL, 1973).

O dispositivo legal, na medida em que contempla no seu texto a expressão “tais como”, acaba por estabelecer um rol meramente exemplificativo de medidas executivas que podem ser adotadas pelo magistrado, outorgando-lhe poder para, à luz do caso concreto, valer-se da providência que entender necessária à efetivação da decisão judicial.

Com efeito, pode-se dizer que o juiz tem maior leque de medidas de apoio para buscar o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer estabelecida na sentença, nos termos do art. 461, §5º, do CPC, dispositivo que não fora reproduzido para as execuções fundadas em título executivo extrajudicial.

Pode-se dizer que a *qualidade* da tutela jurisdicional prestada tende a ser mais satisfatória, na ação fundada no art. 461 do CPC. Não pode, de todo modo, o detentor do direito ser lesado em razão de ter, em seu proveito, um título executivo. Nada impede que, desprezando o título executivo o autor veicule sua pretensão através da ação executiva referida no art. 461 do CPC, hipótese em que deverá demonstrar a existência do direito, bem como a violação (atual ou potencial) ao mesmo. O *detentor de título executivo, assim, poderá optar entre um ou outro procedimento* (MEDINA, 2011, p. 279-280, grifos do autor).

Já se viu (item 2 – supra) que o regime jurídico da tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer fundadas em título judicial foi estendido às obrigações de dar coisa distinta de dinheiro, nos termos do art. 461-A do CPC. A execução das sentenças não mais ocorrem em processo autônomo, mas sim como fase complementar ao processo de conhecimento.

Porém, caso o interessado disponha de um título executivo extrajudicial que reconheça obrigação de entregar coisa certa, deverá observar o procedimento que se encontra regulado entre o art. 621 e o art. 628 do CPC. Já se o título executivo extrajudicial reconhecer obrigação de entrega de coisa incerta, o procedimento é o que se encontra previsto no art. 629 até o 631 do CPC. Nessas hipóteses, tem-se necessidade de apresentação de uma petição inicial, com requerimento de citação do devedor.

Também aqui, mesmo já portando um título extrajudicial que contenha uma obrigação de entregar uma coisa, por exemplo, pode a parte optar por executar a obrigação pelo rito previsto no art. 461-A do CPC.

A propósito, considerando que o legislador ordinário, no art. 621 do CPC (processo autônomo para execução das obrigações de entrega de coisa certa), só previu a possibilidade de aplicação de multa no caso de descumprimento das obrigações de entrega de coisa fundadas em título extrajudicial, tem-se que é possível ajuizamento de ação para entrega de coisa distinta de dinheiro pela via do art. 461-A do CPC, já que, nesse caso, a gama de medidas executivas é bem mais ampla, tal como ocorre no tocante às obrigações de fazer e não fazer.

A circunstância de o dever de entregar coisa constar de título executivo não impede que o demandante *opte* pelo rito do art. 461-A do CPC, que, tendo em vista a maior quantidade de medidas executivas que podem ser manejadas pelo juiz, pode propiciar ao autor uma tutela jurisdicional tendente a obter, mais prontamente, o bem devido, tendo em vista que à ação a que se refere o art. 461-A aplicam-se as medidas executivas referidas nos parágrafos do art. 461 do CPC [...] (MEDINA, 2011, p. 298, grifos do autor).

Poder-se-ia pensar em aplicação analógica dos dispositivos relacionados às execuções de títulos executivos judiciais e às execuções de títulos executivos extrajudiciais, quando não houvesse previsão semelhante nessa última modalidade.

Há de se ter em conta, porém, que, no processo autônomo de execução, fundado em título extrajudicial, basta que a parte se valha do título executivo extrajudicial, para, de pronto, deflagrar a atividade executiva, sendo certo que inexistente, nessa modalidade, prévia cognição judicial acerca da existência do

direito a ser tutelado, tal como ocorre com os títulos executivos judiciais, que são formados após a fase de accertamento do direito.

A circunstância de não ter havido, ainda, prévia certificação acerca da existência do direito é elemento que, se não elimina, pelo menos mitiga a amplitude do poder executivo do juiz, ainda mais quando se sabe que, não tendo o magistrado tido oportunidade de constatar se o direito de fato existe, ou seja, de passar por uma etapa de certificação do direito, contentando-se com a existência do título executivo para realizar os atos executivos, ficará menos seguro quanto à intensidade das medidas executivas que poderão ser adotadas.

É por isso que se entende que deve ser vista com um pouco de cautela a possibilidade de aplicação das medidas previstas para a técnica sincrética ao processo autônomo de execução, porque o título extrajudicial já autoriza ao credor investir contra o devedor, sem que haja prévia etapa de certificação do direito.

Em vez de se pensar em aplicação analógica, entende-se que a opção é do credor. É o credor quem vai escolher entre deflagrar de logo a execução, fundada em título extrajudicial, ou, em sentido diverso, promover uma ação de conhecimento para, se for o caso, constituído o título judicial, assistir à fase de satisfação, na hipótese de recalcitrância do devedor.

[...] deve-se ver que, malgrado exista um procedimento próprio de execução da obrigação de dar coisa contida em título executivo extrajudicial (mediante processo autônomo), nada impede que o credor opte por ajuizar uma ação cognitiva com o fito de obter a efetivação mediante as técnicas previstas no art. 461-A do CPC (que são as mesmas previstas no art. 461 [...]). Não lhe faltaria interesse de agir, visto que as medidas de apoio previstas nesses dispositivos, em razão da atipicidade aí estabelecida, mostram-se potencialmente mais efetivas que aquelas previstas no procedimento disposto nos arts. 621 a 631 do CPC, isso sem contar com a possibilidade, conferida pelo legislador, de ser concedida a tutela antecipatória na ação cognitiva fundada no art. 461-A (DIDIER JÚNIOR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 475).

O simples fato de o credor entender que, na técnica da execução fundada em título executivo judicial, a qualidade da tutela tende a ser mais efetiva para a satisfação da obrigação a que faz jus, isso em virtude dos atos a serem ali praticados, pode ele deixar de se utilizar do título extrajudicial do qual já

é portador – e que já é hábil a deflagrar o processo autônomo de execução – e propor ação de conhecimento, objetivando a prévia certificação do seu direito para, em seguida, assistir aos atos executivos naquela mesma relação processual, sem inauguração de uma relação processual.

#### **4 Conclusão – Elogio à previsão constante do projeto do novo Código de Processo Civil**

Conforme ficou demonstrado, diante das modificações implementadas no ordenamento jurídico pátrio, tem-se que o autor pode escolher entre intentar uma ação, a fim de certificar seu direito mediante a condenação do devedor, para, depois, buscar a execução, que se realizará na fase de cumprimento de sentença; em vez disso, se preferir, pode se utilizar do título executivo extrajudicial do qual já é portador, que autoriza, de imediato, a deflagração do processo autônomo de execução.

Essa possibilidade se justifica em virtude da distinção dos atos a serem praticados em uma técnica ou em outra. A depender do título executivo, se judicial ou extrajudicial, tem-se série diferentes de requisitos, procedimentos, poderes de execução do juiz, sem prejuízo, ainda, da diferença em relação ao mecanismo de defesa que pode ser manejado pelo executado.

O credor tem, portanto, a opção de intentar a execução autônoma, aparelhada pelo título extrajudicial, ou, por outro caminho, pode preferir manejar a ação de conhecimento, a fim de constituir um título executivo judicial. Se o credor pretende ver seu direito satisfeito, e, se para tal desiderato, a técnica sincrética pode se revelar mais interessante – até mesmo pelos atos que se desenvolvem no curso do *iter* procedimental –, ninguém melhor do que ele, maior interessado em receber o crédito que lhe é devido, para escolher a via que lhe pareça mais conveniente, não podendo o juiz extinguir o feito sem resolução meritória por ausência de interesse de agir.

O Superior Tribunal de Justiça, também seguindo esse entendimento, ao tratar particularmente da questão no que diz respeito à execução de uma obrigação de pagar quantia, por ocasião do julgamento do Recurso Especial distribuído sob o nº 717.276/PR, sob a Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, posicionou-se,

unanimemente, no sentido de reconhecer o interesse do credor em manejar ação de conhecimento, mesmo quando portador de título extrajudicial, em virtude do procedimento do cumprimento de sentença, que poderia lhe ser mais interessante.

É bom que se diga, porém, que essa escolha deve ser franqueada não somente nas hipóteses em que o credor persegue o pagamento de uma quantia. A mesma lógica se aplica às espécies de obrigação (de fazer, de não fazer e de dar coisa distinta de dinheiro). Mesmo já portando um título extrajudicial que contenha uma dessas espécies de obrigação, pode a parte optar por executar a obrigação pela técnica sincrética, sobretudo porque, nessa modalidade, os poderes de execução do juiz se apresentam de forma mais expressiva, se comparada com o processo autônomo.

Foi por reconhecer a existência de duas técnicas para tornar viável a execução, a depender do título executivo, se judicial ou extrajudicial, com a previsão, de modo diferenciado, dos requisitos, do procedimento, dos poderes de execução do juiz e dos mecanismos de oposição dos atos executivos que podem ser manejados pelo executado, que o projeto do novo CPC, em sua versão aprovada na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, para não deixar nenhuma margem de dúvidas, contemplou expressamente a possibilidade de escolha do credor, ao prever, no art. 801: “A existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial” (BRASIL, 2013).

O projeto do novo CPC, portanto, coloca uma pá de cal nas divergências existentes e, mais, positiva um entendimento que já vinha, corretamente, sendo defendido por boa parte da doutrina e disseminado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Merece, pois, ser elogiado.

## Referências

ASSIS, Araken. **Manual da Execução**. 12<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Substitutivo aos Projetos que Tratam do Código de Processo Civil** (texto preliminar). 20.3.2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/substitutivo-preliminar-do-deputado-paulo-teixeira>> Acesso em: 28 de julho de 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Cumprimento da Sentença Civil e Procedimentos Executivos**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria do processo e processo de conhecimento. 12ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Execução. Salvador: Juspodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DONIZETTI, Elpídio. **Processo de Execução**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FUX, Luiz. **A Reforma do Processo Civil**. Comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. São Paulo: Saraiva, 1968a.

\_\_\_\_\_. **Embargos do Executado** (oposições de mérito no processo de execução (trad.: J. Guimarães Menegale). 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1968b.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Processo Civil Moderno**. Execução. 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento com anotações sobre o projeto do novo CPC. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013a.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução com anotações sobre o projeto do novo CPC. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013b.

\_\_\_\_\_. **Cumprimento da Sentença e Execução do Título Extrajudicial**. Teoria e Prática. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ação declaratória e interesse**. Direito processual civil (ensaio e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual Civil**. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3ª Turma. Recurso Especial nº 717.276/PR. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Decisão unânime. Brasília, 21.6.2007. DJ de 29.6.2007, p.581. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 26 jul. 2013.

# A Formação da Estratégia Nacional de Educação Financeira do Governo Brasileiro

Ana Quitéria Nunes Martins\*

*Introdução. 1 Educação financeira e sua disseminação por organismos internacionais. 1.1 Educação financeira: conceito e importância. 1.2 Educação financeira: disseminação e atores institucionais. 1.3 A Organização Europeia de Cooperação Econômica e a disseminação da educação financeira. 2 Estratégia Nacional de Educação Financeira: experiência internacional. 2.1 Quadro geral. 2.2 Continente africano. 2.3 Países selecionados. 3 Estratégia Nacional de Educação Financeira no Brasil. 3.1 Janela de oportunidade política. 3.2 Contextualização socioeconômica. 3.3 Principais instituições. 3.4 Análise da Estratégia Nacional de Educação Financeira. 4 Conclusão.*

## Resumo

A crescente importância da educação financeira como objeto de política pública é observada com o lançamento de estratégias nacionais (NS) em vários países no início do século XXI. À frente desse processo está a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que conta com apoio técnico de sua Rede Internacional de Educação Financeira (Infe). O envolvimento e a dinâmica de participação da OCDE são observados à luz do conceito de comunidade epistêmica de Peter Haas. Algumas experiências internacionais também são analisadas com o propósito de obter um referencial para estudo

---

\* Analista em Economia e perita na 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Graduada em Economia pela Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal (AEUDF) e Mestre em Desenvolvimento e Políticas Públicas no âmbito do convênio entre o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e a Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca (ENSP/Fiocruz).

do caso brasileiro. A estratégia brasileira é analisada à luz do modelo dos fluxos múltiplos de John W. Kingdon. A principal contribuição deste trabalho é identificar a desigual correlação de forças na representação da sociedade civil na política pública de educação financeira. A desigualdade decorre da predominância de representantes do mercado financeiro no Comitê Nacional de Educação Financeira (Conef) e na coordenação dos trabalhos da Estratégia Nacional de Educação Financeira (Enef). A ausência de organizações civis de defesa do consumidor é lacuna presente nas estratégias examinadas.

**Palavras-chave:** Política pública. Educação financeira. Defesa do consumidor.

### ***The Formation of the National Strategy for Financial Literacy of the Brazilian Government***

#### ***Abstract***

*The growing importance of financial education as an object of public policy is observed with the introduction of national strategies (NS) in several countries in this century. Ahead of this process is the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) which has the technical support of its International Network on Financial Education (Infe). The involvement and participation of the OECD are seen in the light of the concept of epistemic community of Peter Haas. Some international experiences are also analyzed in order to obtain a reference for the study of the Brazilian case. The Brazilian strategy was analyzed in light of the model of multiple streams of John W. Kingdon. The main contribution of this work is to identify the unequal balance of power in the representation of civil society in public policy on financial education. The inequality stems from the predominance of financial market representatives in the National Committee for Financial Education (NCFE) and in the coordination of the work of ENEF. The absence of civil organizations of consumer protection is a gap present in the strategies examined.*

**Keywords:** *Public policy. Financial education. Consumer protection.*

## Introdução

A crescente importância da educação financeira como objeto de políticas públicas é percebida por meio de várias iniciativas de governos de países distintos (GRIFONI, 2012, p. 6), e disso resulta a realização de fóruns internacionais para disseminação e troca de experiências na área. A temática das finanças pessoais tem motivado publicação de livros, vídeos e artigos, além de conquistar espaço na academia, nos currículos escolares e nos diversos meios de comunicação.

Em 2002, o prêmio Nobel de Economia<sup>1</sup> foi conferido ao psicólogo Daniel Kahneman e ao economista Vernon Smith. Juntos, desenvolveram pesquisas no campo da economia comportamental, por meio das quais analisam a influência da psicologia nas decisões financeiras. Essa perspectiva questiona o paradigma da racionalidade econômica, segundo o qual o consumidor sempre fará escolhas que maximizam sua satisfação, dada certa restrição orçamentária.

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) com sua Rede Internacional de Educação Financeira (Infe, sigla em inglês) destacam-se como referências internacionais na produção de estudos, pesquisas e relatórios no campo da educação financeira. O portal da Infe na internet funciona como uma central, que reúne informações, dados e notícias sobre questões e programas de educação financeira em todo o mundo.

No Brasil, o assunto ganhou força com a estabilidade econômica, conquistada com o Plano Real, lançado em julho de 1994. O novo ambiente de controle inflacionário incentivou o planejamento financeiro ao estabelecer condições para previsão de cenários (CERBASI, 2009). Assim, cursos de planejamento financeiro familiar (ou pessoal) são cada vez mais frequentes, e educação financeira se torna tema recorrente na agenda da sociedade.

A matéria também compõe a agenda do Ministério Público Federal como tema do grupo de trabalho (GT) Sistema Financeiro Nacional da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão, que atua na área do Consumidor e da Ordem Econômica. O grupo é formado por procuradores da República e, periodicamente, reúne-se com órgãos públicos responsáveis pelas políticas de defesa do consumidor, de defesa da concorrência e da regulação.

---

1 O primeiro pesquisador a receber o prêmio Nobel no campo da economia comportamental foi o americano Herbert Simon, em 1978.

No final de 2007, a educação financeira foi inserida na agenda pública do governo federal, no âmbito do Comitê de Regulação e Fiscalização dos Mercados Financeiros, de Capitais, de Seguros, de Previdência e Capitalização (Coremec), com a constituição do GT para desenvolver um projeto nacional de educação financeira. Dessa iniciativa, participaram o governo, o setor privado e a sociedade civil. Ao cabo de dezoito meses, o GT apresentou o plano diretor da Estratégia Nacional de Educação Financeira (Enef) do Brasil.

Nesse íterim, a economia mundial sofreu os primeiros abalos da crise financeira internacional, deflagrada em setembro de 2008, com a quebra do banco norte-americano *Lehman Brothers*. Em 2009, a OCDE publicou um trabalho sobre a educação financeira no contexto da crise global, no qual indicou a falta de educação financeira como uma das causas para os problemas da crise e defendeu o preparo das pessoas como meio para atenuar os impactos de crises semelhantes no futuro (OCDE, 2009, p. 2).

No mesmo ano, o GT compareceu ao 3º Encontro da Rede Internacional de Educação Financeira, em Paris, com a presença de representantes da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), da Secretaria de Previdência Complementar (SPC) e da Superintendência de Seguros Privados (Susep). Na oportunidade, a cidade do Rio de Janeiro foi anunciada como sede da próxima Conferência Internacional de Educação Financeira. Um ano depois, o governo brasileiro publicou o Decreto nº 7.379, de 1º de dezembro de 2010, que instituiu a Enef e constituiu o Comitê Nacional de Educação Financeira (Conef).

Este artigo examina a política pública de educação financeira do governo brasileiro e adota como parâmetro de análise a formação da agenda, influenciada pelos atores e seus interesses, com base na teoria dos múltiplos fluxos de John W. Kingdon (1995). Além disso, utiliza o conceito de *epistemic community* de Peter Haas, para entender o processo de disseminação da educação financeira e a participação de organismos internacionais.

Adota-se a hipótese de que a presença do setor financeiro na economia, em geral, e na formação de política pública<sup>2</sup>, em especial, constituem obstáculos para que a Enef se transforme em eficaz instrumento de fortalecimento da cidadania.

---

2 Sobre a relação dos bancos com as políticas públicas, recomenda-se o recente livro do economista francês François Chesnais: *As Dívidas Ilegítimas*, em que os bancos se apoderam das políticas públicas. Registram-se, ainda, as reformas estruturais de cunho neoliberal nos países em desenvolvimento, nos anos 80 e 90, sob forte influência das instituições financeiras internacionais lideradas pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e pelo Banco Mundial.

A imagem negativa dos bancos e sua constante presença nos primeiros lugares na lista de reclamações<sup>3</sup> dos serviços de proteção ao consumidor corroboram esse entendimento.

O artigo está dividido em três seções, além da introdução. A primeira analisa o processo de disseminação da agenda de educação financeira por meio de organismos internacionais, em especial a OCDE e o Banco Mundial. A segunda examina alguns casos internacionais de estratégias de governos para a educação financeira. A terceira é extensão da segunda, com foco na formação da estratégia do governo brasileiro.

O artigo conclui com os principais pontos examinados, destacando os avanços conquistados nas experiências analisadas, em especial no caso brasileiro. Por outro lado, aponta as lacunas e as limitações observadas e apresenta recomendações para superá-las.

## **1 Educação financeira e sua disseminação por organismos internacionais**

Esta seção apresenta o debate em torno do conceito de educação financeira e sua crescente importância no início deste século. Ela compreende duas partes: a primeira reúne opiniões de instituições e especialistas, com destaque para os pontos mais mencionados; a segunda examina os principais fatores que contribuem para sua disseminação no mundo e o envolvimento dos principais atores institucionais.

### **1.1 Educação financeira: conceito e importância**

De forma geral, a educação financeira é percebida como um processo de aprendizado voltado para as finanças pessoais. A Constituição Federal do Brasil vincula a educação ao pleno desenvolvimento da pessoa e a seu preparo para exercício da cidadania. Logo, a educação deficiente na área de finanças pessoais

---

<sup>3</sup> Ver o *ranking* de reclamações do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) e o Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC).

impõe limites ao desenvolvimento da cidadania financeira, compreendida como pleno exercício de direitos e deveres no âmbito financeiro (ARAÚJO e SOUZA, 2012, p. 4 e 7).

Nesse ponto, Araújo e Souza esclarecem que os direitos do cidadão estão relacionados à inserção da população no mercado e à educação financeira, o que implica obtenção de informações corretas e transparentes sobre produtos e serviços financeiros e sobre os recentes avanços da regulação bancária. Já os deveres referem-se a honrar os compromissos financeiros, evitar fraudes e adquirir produtos e serviços legalizados.

O economista Paulo Sandroni (2002) define as finanças como a área da economia relativa à gestão dos recursos públicos, privados, dinheiro, crédito, títulos, ações e obrigações pertencentes ao Estado, às empresas e aos indivíduos. Afirma Sandroni: “As finanças individuais se dedicam ao estudo de temas como o orçamento familiar, a utilização de mecanismos de crédito para o consumidor, a aplicação mais vantajosa para a poupança privada e a diversificação das fontes de renda pessoal”.

Educação financeira, portanto, é utilização do conhecimento e de recursos pedagógicos a serviço de temas relacionados com o mundo das finanças, conforme desenvolve Negri (2010, p.19). A socióloga Fátima Portilho (2009, p. 206) pontua que as relações de consumo são sempre ambíguas, e nelas existe assimetria de poder e informação, uma vez que o consumidor não tem tanto acesso a informações nem tanto poder quanto as empresas e o Estado. Nesse sentido, ele seria o lado mais fraco da relação.

O Banco Mundial publicou o trabalho *Good Practices for Financial Consumer Protection*<sup>4</sup> para ser usado como ferramenta de diagnóstico pelos países na área de proteção do consumidor financeiro (2012, p. 3). Nele, a instituição afirma que a fraca proteção ao consumidor e a ausência de educação financeira tornam as famílias vulneráveis a práticas desleais e abusivas de instituições financeiras, até mesmo em mercados desenvolvidos.

O Banco Mundial defende a dupla função da educação financeira como meio de proteção, ao blindar o consumidor contra as práticas desleais, e promoção do bem-estar, ao auxiliar a tomada de decisões acertadas na gestão do próprio

---

<sup>4</sup> *The World Bank* (2012).

dinheiro. No entanto, admite que a educação financeira é um esforço de longo prazo e considera que seu impacto sobre o comportamento do consumidor ainda é incerto.

Por essa razão, adverte que as iniciativas de educação financeira ao consumidor devem agregar as recentes pesquisas na área da economia comportamental. A propósito, não é novidade a tentativa de abordagem interdisciplinar para estudar os fenômenos econômicos, com auxílio da psicologia e da economia. Iniciativas nesse campo com debates e reflexões ocorrem desde o século XIX na Europa (FERREIRA, 2007, p. 111).

A idéia de que os agentes econômicos são sempre racionais tem sido a hipótese mais recorrente sobre o comportamento humano nas teorias econômicas, defendida, em especial, pela escola neoclássica. Para essa escola, dada certa restrição orçamentária, os agentes tomarão a decisão capaz de obter a máxima satisfação possível. Para isso, pressupõem que o consumidor disponha de habilidade cognitiva e informações suficientes.

A economia comportamental faz nova abordagem sobre o comportamento decisório humano, ao agregar as descobertas da psicologia, da sociologia, da antropologia, da neurociência e de outros campos do conhecimento. Por essa razão, opõe-se à hipótese da plena racionalidade econômica. A educação financeira tem sido influenciada por essa nova perspectiva teórica<sup>5</sup>, o que se verifica em conteúdos de livros, artigos, cursos e palestras.

O paradigma da racionalidade econômica sofreu várias críticas ao longo dos anos. O elo comum entre elas reside no descolamento da hipótese com a realidade. Os críticos afirmam que a hipótese neoclássica não se sustenta no mundo real. Entre eles, encontra-se o economista americano Herbert Simon (1971)<sup>6</sup>, para quem o comportamento humano não alcança plena racionalidade.

Outras questões somam-se a isso, como a influência de fatores internos e externos à tomada de decisão. Ao comprar por impulso, o consumidor nem sempre leva em conta sua restrição orçamentária e, não raro, assume dívidas que

---

5 Alguns exemplos dessa influência: os livros *A Emoção é Inimiga do Dinheiro*, Ed. Gente e Ed. Senac/São Paulo – 2010; *Como Sair das Dívidas e Evitar as Compras por Impulso*, Rogério Takaki Nakata; o artigo científico: *Efeito Educação Financeira no Processo de Tomada de Decisões em Investimentos: um estudo à luz das finanças comportamentais*, Roger, Pablo; Favato, Verônica e Securato, José Roberto. FEA/USP – São Paulo; e a palestra: *Educação Financeira: uma questão comportamental*; e o *site* *Cuidando do Seu Dinheiro*.

6 Economista e psicólogo americano (1916 a 2001). Nobel em Economia em 1978, com os trabalhos sobre comportamento e decisão humana.

põem em risco sua capacidade de pagamento. Noutras ocasiões, fica confuso quanto às suas próprias preferências diante de tantas estratégias comerciais para a venda de produtos e serviços e das escolhas tomadas por seus familiares e amigos mais próximos.

Sobre isso, o economista português Orlando Gomes (2007, p. 69) lembra que o processo de escolha humana é passível de erros, envolve fatores emocionais e ocorre dentro de um contexto social em que a interação com terceiros interfere nos comportamentos. Seu trabalho analisa os custos cognitivos envolvidos no processo de escolha e utiliza a teoria da escolha discreta para exemplificar como a interação social e os estímulos, como a publicidade, determinam trajetórias de consumo e utilidade.

O apelo comercial e a farta oferta de crédito contribuem para formar uma complexa relação entre as decisões de hoje e o amanhã. A complexidade da escolha intertemporal decorre da rivalidade de interesses presente na mente humana que se divide entre uma posição devedora, que antecipa um benefício para desfrute imediato, e uma credora, que sacrifica o presente em favor do prazer futuro.

Essa reflexão mostra que, apesar de necessária, a relevante contribuição da matemática para a educação financeira não é mais suficiente. O debate em torno das variáveis que influenciam o comportamento decisório humano foi enriquecido pela contribuição de outras disciplinas e pesquisas acadêmicas mencionadas. A essa altura, é oportuno mapear as razões da recente projeção conquistada pela educação financeira.

No decorrer dos anos, o dinheiro passou a desempenhar papel central na economia capitalista. Não é sem propósito que o Banco Central – umas das instituições nacionais mais importantes, como ocorre em qualquer país – tem como missão precípua assegurar a estabilidade do poder de compra da moeda e o sistema financeiro sólido e eficiente. Uma das mais importantes contribuições do economista Keynes à teoria econômica diz respeito ao papel da moeda.

Para Keynes (1936), as três principais razões para a demanda de moeda são: transacional, precaucional e especulativa. Ele inovou ao defender que os agentes econômicos também demandam moeda com o propósito de especular, ou seja, aguardar o melhor momento para a tomada de decisão. A razão transacional ocorre quando a moeda é usada para facilitar a circulação de bens. Já a

precaucional refere-se a uma reserva motivada pela necessidade de lidar com despesas inesperadas.

Ao refletir sobre a evolução do sistema capitalista, Matta (2007, p. 58) afirma que a educação financeira deve ser observada como necessidade natural.

Com o desenvolvimento da economia capitalista as pessoas ficaram sujeitas a um mundo financeiro muito mais complexo que o das gerações anteriores, forçando as pessoas a desenvolverem a capacidade de distinguir entre os produtos e serviços disponíveis no mercado, quais os que realmente necessitam e o que irá colaborar para a boa saúde financeira pessoal.

Para Sandroni (2002), a crescente complexidade da vida econômica mais o crescimento da renda de algumas categorias de indivíduos favorecem a formação de um ramo das finanças, dirigido para o estudo de alguns temas, como as finanças pessoais. Em 2004, a OCDE manifestou entendimento semelhante.

Educação Financeira sempre foi importante aos consumidores, para auxiliá-los a orçar e gerir a sua renda, a poupar e investir, e a evitar que se tornem vítimas de fraudes. No entanto, sua crescente relevância nos últimos anos vem ocorrendo em decorrência do desenvolvimento dos mercados financeiros e das mudanças demográficas, econômicas e políticas (OCDE, 2004, p. 223).

No ano seguinte, a OCDE (2005, p. 2, tradução nossa) adotou este conceito de educação financeira:

A Educação Financeira é o processo segundo o qual consumidores e investidores financeiros melhoram seu entendimento e seus conceitos de produtos financeiros e, por meio da **informação, instrução e consultoria objetiva**, desenvolvem as habilidades e confiança para tornarem-se mais conscientes dos riscos e oportunidades financeiras, para fazer escolhas informados, para saber onde buscar ajuda, e para tomar outras ações efetivas para melhorar seu bem-estar financeiro.

## 1.2 Educação financeira: disseminação e atores institucionais

Segundo Holzmann e Miralles (2005 *apud* SÁVIO, 2007, p. 45), o processo de educação em finanças pessoais é desenvolvido de forma mais intensa nos Estados Unidos, no Reino Unido, no Japão, na Austrália, na Nova Zelândia e na Coreia do Sul. Já nos países do Leste Europeu e nos da América Latina, o ritmo das ações é menor. As pesquisas sobre educação financeira estão concentradas nos Estados Unidos e no Reino Unido. No caso, a ênfase dos estudos volta-se para as experiências em escolas e universidades (WORTHINGTON, 2006, p. 7). A experiência japonesa também é muito antiga. Lá, foi constituído, em 1952, o Conselho Central de Promoção de Poupança. Em 1988, seu nome foi alterado para Conselho Central de Informação Econômica e, recentemente, para Conselho Central de Informação de Serviços Financeiros. Esse Conselho realiza duas pesquisas de opinião pública no Japão, em âmbito nacional, para saber como os consumidores lidam com questões financeiras.

Desde 1985, com a edição da Resolução nº 39/248, de 16 de abril de 1985, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) adotou, no plano internacional, o princípio da vulnerabilidade do consumidor. As diretrizes empregadas constituíam um modelo abrangente, com oito áreas de atuação para os estados, a fim de prover proteção ao consumidor. Entre elas, três têm relação direta com educação financeira: 1) promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores; 2) acesso dos consumidores a informação adequada; e 3) educação do consumidor.

## 1.3 A Organização Europeia de Cooperação Econômica e a disseminação da educação financeira

Constituída em 1947, com o propósito de executar o Plano Marshall para reconstrução do continente europeu, devastado pela 2ª Guerra Mundial, a Organização Europeia de Cooperação Econômica (OECE) se transformou na OCDE em 30 de setembro de 1961. Com isso, entrou em vigor uma nova Convenção. Atualmente conta com 34 países membros. O Brasil não faz parte

do organismo internacional, mas atua como membro colaborador, assim como a China, a Índia, a Indonésia e a África do Sul.

A estrutura da OCDE é formada por Conselho, comitês e secretariado. O Conselho é a instância que controla o poder de decisão. As reuniões ocorrem regularmente sob a direção do secretário-geral, cargo exercido atualmente por Angel Gurría, nomeado pelo Conselho em junho de 2006. A Organização, com sede em Paris, apresenta-se como um fórum em que os governos podem comparar experiências de políticas, buscar respostas para problemas comuns, identificar boas práticas e trabalhar para coordenar políticas domésticas e internacionais.

As prerrogativas assumidas pela OCDE de coordenar políticas tanto domésticas como internacionais, apoiada por um corpo de especialistas em vários temas e permanente troca de informações, seja por meio de reuniões presenciais, seja por rede especial com acesso *on-line* às discussões, aproximam essa Organização do conceito de comunidade epistêmica, elaborado por Peter Haas (1992, p. 3) e aplicado no âmbito das relações internacionais.

Comunidade epistêmica designa uma rede de especialistas em áreas específicas do conhecimento que, dotados de autoridade, compartilham não somente noções de validade e um padrão de raciocínio e de práticas discursivas, como também o compromisso com a produção e aplicação do conhecimento, nos termos de um projeto político dirigido a problemas específicos e fundado nesses entendimentos comuns.

Haas argumenta que o controle sobre o conhecimento e a informação é uma importante dimensão do poder e que a difusão de novas ideias e informações pode conduzir a novos padrões de comportamento e, com isso, ser um determinante significativo de coordenação de política internacional. Para ele, o conhecimento especializado oferecido pela comunidade epistêmica ganha importância política no cenário recente de reforma administrativa do estado, com a valorização do conhecimento técnico e do profissionalismo.

O conceito de comunidade epistêmica tem sido utilizado em alguns estudos acadêmicos para lançar luz sobre a atuação de organismos internacionais. Citam-se, como exemplos, o papel da Organização Mundial da Saúde (OMS) no controle global do tabaco, a comunidade epistêmica no âmbito do sistema de

solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC)<sup>7</sup>. Haas defende que as comunidades epistêmicas são canais por meio dos quais novas ideias circulam da sociedade para o governo, assim como de um país para outro país (*id.*: 27).

Esta seção examina o papel da comunidade epistêmica na formação e na disseminação da Enef no âmbito da OCDE. Para isso, são considerados os documentos anexados ao *site* da Organização e ao do novo portal de educação financeira, além de outros trabalhos sobre o tema. Destaca-se a consulta a dois documentos da OCDE: Projeto de Educação Financeira: histórico e implementação; e Melhorar a Educação Financeira: análises de questões e políticas.

O projeto de Educação Financeira entrou oficialmente na agenda da OCDE no programa de trabalho no biênio 2003-2004, aprovado pelo Conselho da instituição. Para alavancar o projeto, foram mobilizados dois comitês – o Comitê de Mercado Financeiro (CMF) e o Comitê de Seguros (CS) – e o Grupo de Trabalho de Previdência Privada (GTPP). Sabe-se que essas instâncias são constituídas por profissionais e especialistas de vários países membros da Organização.

O Comitê de Seguros avaliou a importância da educação financeira sobretudo diante da mudança dos planos de pensão que passaram de benefício definido para contribuição definida, em que o risco do investimento é da responsabilidade do segurado<sup>8</sup>. Por isso, ele precisa saber a forma mais segura e rentável de aplicação. O GTPP elaborou um projeto para avaliar quais são as escolhas com que os indivíduos dos países membros estão se defrontando em relação à poupança, aos investimentos e aos sistemas de aposentadoria.

O projeto de Educação Financeira da OCDE foi dividido em duas fases. A primeira compreendeu o levantamento sobre os diversos programas de educação financeira nos países membros e em alguns países não membros. O objetivo era conhecer os programas existentes, analisar sua eficácia e desenvolver uma metodologia capaz de possibilitar a comparação entre as várias experiências, para que os formuladores de políticas de cada país pudessem avaliar e, se necessário, melhorar a abordagem da educação financeira.

---

7 Mamudu, Gonzalez e Glantz (2011); Miniuci (2011). A Natureza, Escopo e Desenvolvimento da Comunidade Epistêmica do Controle Global do Tabaco.

8 Nos planos de benefício definido, o trabalhador contribui com o plano, sabendo de antemão o valor de sua aposentadoria. Já na modalidade contribuição definida, o valor da renda da aposentadoria é incerto. Depende da conjuntura, que pode ser favorável ou não.

A segunda fase teve como meta alcançar os órgãos reguladores e os formuladores de políticas. Para isso, foram publicados guias de auxílio à implementação de programas de educação financeira e de ajuda às pessoas, para que tomem decisão com respeito ao planejamento da aposentadoria. Nessa fase, foi realizada mais uma pesquisa para aferir o grau de educação financeira dos indivíduos de países selecionados. Os resultados serviram de subsídio para elaboração do manual de ajuda aos formuladores de políticas.

Considerando os primeiros passos adotados e as declarações explicitadas pela OCDE em relação ao projeto de Educação Financeira, é possível levantar algumas reflexões. Inicialmente, constata-se que a OCDE se movimenta no sentido de acomodar os demais atores aos interesses da agenda do mercado financeiro. Por isso, considera importante usar a educação financeira para auxiliar os indivíduos a tomar decisão num mercado em que os fundos de pensão só oferecem plano com contribuição definida (CD), e não mais com benefício definido (BD).

No primeiro caso, o fundo de pensão garante o valor da renda na aposentadoria, no segundo, a contribuição é definida, mas o valor do benefício vai depender de uma série de fatores, como o retorno dos investimentos realizados durante o período de contribuição do trabalhador na ativa. Logo, o risco dos investimentos desloca-se do fundo de pensão para o trabalhador. A OCDE reconhece as implicações da mudança e considera que a educação financeira pode auxiliar o trabalhador na melhor escolha para a gestão dos ativos.

A recente crise financeira internacional revela quão inseguro é investir no mercado de títulos. As perdas assimiladas por vários sistemas de aposentadoria pública nos Estados Unidos demonstram isso. Os bancos de investimento vendem papéis aos investidores, muitas vezes, sabendo que já não valem o preço negociado. As agências de risco, por sua vez, dão notas altas a títulos que, de uma hora para outra, perdem todo o valor.

Como ilustração dessa realidade, cita-se o sistema de aposentadoria dos servidores públicos do estado do Mississippi, nos Estados Unidos, que perdeu milhões de dólares na compra de papéis sem valor. Após quase três anos de litígio contra o banco de investimento *Merrill Lynch*, acusado de prestar falsas informações na publicidade de títulos lastreados por empresas de empréstimos

hipotecários, o sistema de aposentadoria conseguiu, na Justiça, reaver parte do dinheiro perdido pelos servidores públicos<sup>9</sup>.

O projeto de Educação Financeira da OCDE deixa claro o interesse na disseminação da educação financeira para o maior número de países possível, não apenas para os membros da Organização. Por isso, arremonta especialistas em várias partes do mundo para afinar o discurso. Em seguida, volta-se para os formuladores de políticas públicas e para os órgãos reguladores, por meio do manual de orientação para implementação de estratégias de educação financeira. Ao mesmo tempo, cria um portal específico na internet denominado Rede Internacional de Educação Financeira (Infe), com o propósito de compartilhar informações sobre as mais variadas experiências de educação financeira sob a coordenação do poder público. O *site* reúne vários *papers* de especialistas sobre diversos assuntos do mercado financeiro, com foco na educação financeira. A Rede conta com mais de cem países membros. O número é quase o triplo do total de países associados à OCDE, atualmente 34.

Em 2005, a OCDE publicou o relatório Melhorar a Educação Financeira: análises de questões e políticas como resultado das ações adotadas (consultas, questionários) no projeto de Educação Financeira, elaborado em 2003. Entre outras coisas, o relatório destaca as mencionadas mudanças econômicas, demográficas e políticas que tornaram a educação financeira cada vez mais relevante. O material é resultado de uma ampla fonte de pesquisa. O propósito da publicação é prestar informação aos formuladores de políticas sobre o sucesso de programas de educação financeira em curso e, com isso, facilitar a troca de visões e experiências na área. Além disso, sugere ações de políticas capazes de melhorar a educação e a consciência sobre finanças. Segundo Peter Haas, o principal mecanismo de divulgação utilizado pelas comunidades epistêmicas é a difusão de informações e a aprendizagem.

Como parte da estratégia de divulgação da educação financeira, a OCDE iniciou, em 2006, ampla agenda de eventos internacionais, nos quais a Organização conta com a parceria do Banco Mundial e com autoridades de órgãos reguladores locais, entre eles bancos centrais, fundos de pensão e comissões de valores mobiliários. A agenda compreendeu dezenove atividades internacionais

---

9 Cf. *Merrill Lynch* concorda em pagar US\$315 mi para encerrar processo. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia,merrill-lynch-concorda-em-pagar-us-315-mi-para-encerrar-processo-,94955,0.htm>>.

sobre educação financeira, tais como seminários, simpósios e conferências, entre 2006 e maio de 2013.

Em julho de 2010, a Infe, da OCDE, iniciou estudo comparativo das práticas existentes de Enef entre seus membros. Ao final, a Rede elaborou os Princípios de Alto Nível sobre Enef, que, após aprovação da OCDE, foi aprovado pelo G-20 em junho de 2012, na cidade de *Los Cabos*, no México.

A dinâmica de divulgação desenvolvida pela OCDE por meio de conferências, simpósios e oficinas tem resultado na ampliação no número de países que adotaram a Estratégia Nacional de Educação Financeira (Enef). Entre 2003 e 2006, apenas os Estados Unidos, o Reino Unido, a Índia, a Malásia e o Japão haviam implementado suas estratégias nacionais. De 2007 até 2012, mais dez países seguiram a recomendação da OCDE, entres eles, o Brasil.

O conceito de comunidade epistêmica ajuda no entendimento da relação entre a OCDE com seu corpo de especialistas e outros grupos de influência, como formuladores de políticas públicas, autoridades de órgãos reguladores, empresários e banqueiros, na divulgação de projetos em âmbito internacional.

## 2 Estratégia Nacional de Educação Financeira: experiência internacional

Esta seção examina as experiências internacionais de estratégias de governos na educação financeira. Para isso, divide-se em duas partes. A primeira esboça o quadro geral das várias experiências, com destaque para o continente africano. A segunda faz uma análise dirigida às experiências dos países selecionados: Portugal, Estados Unidos, El Salvador e Nova Zelândia. A fonte de consulta está disponível nos *sites* oficiais dos respectivos governos e no portal da OCDE. A análise faz o recorte de alguns aspectos dos programas, como os atores envolvidos, a governança e o público-alvo.

As experiências examinadas proporcionam um *benchmarking*<sup>10</sup> para avaliar a política pública brasileira na próxima seção. A identificação de semelhanças

---

10 “Expressão em inglês que significa “ponto de referência” ou “unidade-padrão”, para que se estabeleçam comparações entre produtos, serviços, processos, títulos, taxas de juros etc., de modo que se saiba se os demais produtos, serviços, títulos etc. se encontram acima ou abaixo em relação ao que serve como referência” (SANDRONI, 2002) .

e diferenças pode auxiliar no discernimento de eventuais oportunidades e ameaças à estratégia nacional de educação financeira do governo brasileiro. O relatório da OCDE Situação Atual das Estratégias Nacionais para a Educação Financeira: uma análise comparativa e práticas relevantes<sup>11</sup>, publicado em 2012, é importante fonte de consulta, assim como o material divulgado pelos países indicados.

## 2.1 Quadro geral

O relatório da OCDE tem início com o subgrupo de peritos em Enef, constituído no âmbito da Infe, da OCDE. O subgrupo de peritos elaborou um balanço sobre as estratégias nacionais atuais, em processo de planejamento, e examinou as razões de alguns países formularem estratégias nacionais, e outros não. Em seguida, traçou um quadro comparativo das experiências analisadas com base em coleta de dados, de agosto de 2010 até o final de 2011.

A análise comparativa dos peritos pretende servir de orientação aos formuladores de políticas. Durante o período de coleta, várias ações foram tomadas, como o emprego de questionários. Ao final, foi possível obter respostas de 35 países, dos quais apenas treze adotaram a estratégia de educação financeira, onze estão em fase de implementação, e os demais não manifestaram interesse. A OCDE adota a sigla NS para se referir à Estratégia Nacional de Educação Financeira. Doravante, este trabalho fará o mesmo uso.

O relatório da OCDE registra que a maioria dos países em que foi feita a pesquisa entende a NS como mecanismo de proteção ao consumidor financeiro e como trabalho complementar à regulação, pois avaliam que consumidores informados são agentes de transformação ao exigir que as instituições financeiras ajam conforme a legislação. Do contrário, serão punidas com denúncia e perda de clientela.

No entanto, é preciso observar que denúncias só terão efeito sobre o comportamento dos agentes de mercado, se a autoridade reguladora atuar com celeridade na apuração das questões relatadas e, principalmente, na aplicação de sanções aos infratores. Pode-se dizer que não é por falta de reclamações aos órgãos de regulação e de defesa do consumidor que as relações de consumo

---

<sup>11</sup> Grifoni (2012).

ainda são desfavoráveis ao consumidor. A fiscalização dos órgãos responsáveis e os aparatos jurídicos têm papel fundamental nesse processo.

O resultado da pesquisa também revela que os governos nacionais identificam a NS como reação natural às mudanças estruturais nos mercados financeiros, com proliferação de novos produtos no rastro das inovações tecnológicas e/ou das transformações econômicas, demográficas e sociais já mencionadas. Esse argumento se repete em vários programas de NS e ratifica o entendimento inicial manifestado pela OCDE.

O consenso formado em torno das causas que justificam determinada política pública faz parte da abordagem das comunidades epistêmicas que, segundo Haas (1992, p.23), concentra-se no processo em que o consenso é alcançado dentro de um dado domínio de especialização e, assim, é difundido e conduzido por outros atores. O valor do consenso na difusão de ideias é visto como fundamental para influenciar políticas nacionais. Afirma Maffra (2011, p. 21): “Esse consenso é decisivo para dar unidade para a atuação desse ator e reforçar sua influência na definição e condução de políticas nacionais, influenciando os *policymakers* sobre a viabilidade de uma determinada política”.

Nos mercados emergentes, a pesquisa revela que os países desse bloco percebem o desenvolvimento de NS como iniciativa complementar à inclusão financeira. É preciso dotar os novos entrantes, oriundos, na sua grande maioria, de classes de baixa renda com o mínimo de conhecimento financeiro, para se relacionar na esfera financeira institucional. Com isso, trabalha-se para evitar a exposição desse segmento social a potenciais práticas abusivas ou tomadas de decisões sem a informação necessária em relação a produtos e serviços financeiros.

O mapeamento das necessidades da população é considerado indispensável para que a NS defina prioridades e identifique o público-alvo dos programas. Para avaliar as necessidades da população, a maioria dos países consultados realizaram pesquisas nacionais, consultaram banco de dados sobre as mais recorrentes reclamações do consumidor e adotaram como referência os exemplos de outros países.

Alguns países mencionaram a dificuldade na coordenação e na divisão de responsabilidade entre as esferas de governo de uma federação. A Alemanha, por exemplo, citou essa dificuldade como a principal razão para não implementar a NS. Já outros países federativos, como Estados Unidos, Austrália, Bélgica, Canadá e Brasil, não enxergam nessa forma de estado justificativa capaz de impedir um

programa de educação financeira de âmbito nacional, apesar da complexidade inerente ao federalismo (ABRUCIO, 2005, p. 6).

Outro tema tratado no relatório da OCDE refere-se aos mecanismos de governança e ao envolvimento das partes interessadas. As NSs implementadas em vários países enfrentam também o desafio de identificar um líder com capacidade de coordenar as várias iniciativas do programa e, ao mesmo tempo, despertar salutar cooperação das partes interessadas, seja do setor privado, seja da sociedade civil.

Na maioria dos países analisados, as NSs foram iniciadas por uma combinação de autoridades públicas da área financeira, entre as quais o Ministério das Finanças, o Banco Central, o Regulador Financeiro e/ou a Autoridade de Supervisão dos Mercados Financeiros. No Reino Unido, por exemplo, a Autoridade de Serviços Financeiros é a principal responsável pela NS. Na Malásia, na Colômbia e em Portugal, a liderança fica a cargo dos respectivos bancos centrais. A Irlanda se diferencia ao escolher uma instituição representativa dos interesses do consumidor para conduzir os trabalhos de NS, a Agência Nacional do Consumidor.

Ao explicar a união de esforços das autoridades governamentais na implementação das NSs, a OCDE destaca a ausência de familiaridade da maioria dos governos com a política de educação financeira e o desconhecimento das boas práticas internacionais no tema. Ademais, menciona que a união de esforços decorre da necessidade de conhecimento sobre a real carência de educação financeira da população. No entanto, é curioso que só a Irlanda atribua papel de destaque a uma instituição que conhece de perto as reais dificuldades do consumidor.

Outro ponto observado é a forma de escolha do líder. Em quase todos os países consultados, é uma autoridade pública automeada. A exceção foi o governo do Canadá, que inovou ao constituir, em junho de 2009, uma força-tarefa nacional, formada por treze membros, oriundos de vários segmentos da sociedade, com o propósito de fazer recomendações ao ministro das Finanças para aperfeiçoar a educação financeira do Canadá. Com esse intuito, o grupo realizou pesquisas e consultas ao povo canadense.

Ao final, em dezembro de 2010, foi publicado o Relatório de Recomendações sobre Educação Financeira. Dentre as trinta recomendações, destaca-se a orientação da força-tarefa ao governo de nomear uma pessoa física diretamente

responsável, perante o ministro das Finanças, para ser o líder da NS. Entre os desafios, caberia ao líder implementar as recomendações da força-tarefa, fomentar a colaboração entre as partes interessadas e supervisionar a NS em nome de todos.

O relatório contém informações sobre a interatividade das NSs com as partes interessadas. O crescente interesse despertado pela educação financeira, nos últimos anos, faz com que a maioria dos países estabeleça amplo grau de participação dos agentes interessados. Por isso, além de haver os representantes dos governos, a sociedade civil se faz presente por meio de instituições financeiras, sindicatos, acadêmicos, gestores de pensão e grupos comunitários.

A Austrália, por exemplo, delegou a primeira versão da estratégia nacional de educação financeira a uma força-tarefa, com representantes de quinze instituições públicas e privadas. Em junho de 2004, o resultado do trabalho foi divulgado à sociedade, que se manifestou por meio de audiências públicas. Foram recebidas sugestões de empresas, governos e indivíduos.

Os países consultados avaliam que o envolvimento do setor privado é fundamental para o sucesso das NSs, tanto no campo financeiro como no de *expertise*. Advertem, porém, sobre a necessidade de aplicar normas de boa qualidade e códigos de condutas e definir com clareza as obrigações dos colaboradores, para evitar conflitos de interesses. Observa-se, contudo, que os interesses conflitantes com a política pública de educação financeira também podem ser evitados com a participação paritária dos atores sociais diretamente envolvidos.

As salvaguardas citadas pelos países para evitar que a participação do setor privado, em especial a das instituições financeiras, resulte em conflitos de interesse com os objetivos da política pública – no caso, o objetivo é habilitar o cidadão a tomar decisões financeiras acertadas – impõem a participação sobressalente de organizações representativas dos interesses do consumidor nos fóruns deliberativos das NSs. Sobre isso, a contribuição da matriz teórica pluralista é oportuna, ao reconhecer a presença de diferentes grupos de interesses no processo de formulação de políticas.

Um das vertentes, chamada pluralista, desenvolvida principalmente a partir da experiência americana, tem como base teórica a noção de que a formulação de políticas é dada segundo o jogo de forças empreendido por

diferentes grupos de interesses que, atuando junto ao governo, procuram maximizar benefícios e reduzir custos. Os indivíduos se reuniram nesses grupos com vistas a defender interesses similares, e sua conquista dar-se-ia pela capacidade de serem politicamente mais fortes que outros grupos com interesses contrários (LOBATO, 1997, p. 31).

O valor da representatividade no processo de formulação de políticas públicas será mais bem explorado no próximo capítulo, ao tratar da experiência brasileira. Por ora, importa saber que, em torno da política pública, gravitam atores sociais com interesses diversos e poder de influência assimétrico. Na política de educação financeira, por exemplo, nada impede que os interesses das entidades de proteção e defesa do consumidor sejam contrários aos interesses das entidades representativas do mercado financeiro.

O processo político é tanto mais amplo quanto mais atores sociais dele fizerem parte, sejam institucionalizados ou não, estejam ou não representados em grupos formais de interesse. Mesmo sob as mais variadas formas organizacionais, com interesses os mais diversos e, portanto, com diferentes graus de poder, o processo político engloba tantos atores sociais quantos dele quiserem fazer parte, ao menos onde existirem canais democráticos de manifestação de demandas. Das relações estabelecidas entre esses atores, resultará a política pública em si, sendo essa apenas uma das etapas de todo o processo (LOBATO, 1997, p. 40).

A oportunidade de influenciar no processo de formulação de política pública depende de vários fatores, como participação em fóruns deliberativos. Sobre isso, o relatório da OCDE informa que, em alguns países, diferentes capítulos das NSs foram escritos pelas partes interessadas sob a supervisão de um representante do governo. Na Malásia, por exemplo, as instituições do setor privado contribuíram para desenvolvimento de ferramentas pedagógicas e sua difusão.

A participação do setor privado no financiamento das NSs também foi relatada pelos países. A maioria dos governos não destina uma verba orçamentária exclusiva para a política pública de educação financeira. Entre os países pesquisados, apenas sete têm um orçamento global alocado para esse fim. Mesmo assim, nesse grupo não existe única fonte de financiamento, mas variação de recursos de origem pública e privada.

Por fim, o relatório da OCDE reúne algumas informações sobre a definição do público-alvo das NSs. A consulta verifica que os países apresentam três abordagens principais – não excludentes – na identificação do público-alvo. Uma abordagem se dirige a toda a população, outra se volta para segmentos específicos, segundo critérios socioeconômicos, e há a abordagem do ciclo de vida. Metade dos países consultados (52%) responderam que contemplam a primeira abordagem, e 18% adotam um público específico.

Todos os países responderam que adotam programas de educação financeira nas escolas, dado o alcance desse canal, ao cobrir grande parte da população e a perspectiva de longo prazo. Os poucos países que focam grupo específico o fazem de maneiras distintas. Alguns focam grupos vulneráveis, como famílias endividadas e mulheres grávidas. Outros adotam a abordagem do ciclo de vida com programas que ajudam as pessoas a planejar etapas e eventos fundamentais de vida como a aposentadoria, o casamento e a gravidez.

## 2.2 Continente africano

A educação financeira tem conquistado espaço no continente africano nos últimos anos. Em 2012, a OCDE elaborou o relatório *A Situação da Educação Financeira na África*<sup>12</sup>, em que oferece visão geral sobre os programas de educação financeira em vários países do continente. Inicialmente, registra-se a precária condição socioeconômica da grande maioria dos povos africanos, com limitado acesso à educação, alto grau de informalidade no mercado de trabalho e elevada taxa de pobreza.

Nesse contexto, as razões identificadas para iniciativas de educação financeira são a necessidade de gerenciar o orçamento doméstico, o desenvolvimento do empreendedorismo de pequena escala e a ampliação da inclusão financeira. As características socioeconômicas assinaladas tornam segmentos vulneráveis como principal público-alvo dos programas de educação financeira em vários países africanos.

De acordo com a OCDE, as várias experiências observadas apresentam estágios de desenvolvimento muito variável entre si. Quênia, Malawi, África do Sul,

---

<sup>12</sup> MESSY e MONTICONE (2012).

Tanzânia, Uganda e Zâmbia têm planos ou estão em processo de desenvolvimento de estratégia de educação financeira. Gana lançou uma Estratégia Nacional de Alfabetização Financeira e Defesa do Consumidor no setor de microfinanças, em 2009. Em outros países – incluindo o Lesoto, África do Sul e Zimbábwe –, autoridades públicas implementaram iniciativas de educação financeira em âmbito nacional (mas não estratégias nacionais de pleno direito).

O relatório fez um registro curioso, ao afirmar que um dos objetivos das iniciativas é “melhorar a inclusão financeira, incentivando a poupança e o acesso a produtos financeiros formais”. Acrescentou que nem sempre isso é declarado explicitamente, mas fica claro ao se elegerem, como público-alvo, indivíduos de baixa renda ou de outros grupos vulneráveis e ao combinar alfabetização financeira com acesso a produtos de poupança.

O documento não esclareceu se esse objetivo refere-se a iniciativas classificadas como estratégias nacionais ou não. Em todo o caso, a OCDE tem como princípio a promoção da educação financeira de forma justa e sem vieses, ou seja, o desenvolvimento das competências financeiras dos indivíduos deve ser embasada em informações e instruções apropriadas, livres de interesses particulares. No entanto, admite que a educação financeira possa ser usada como *marketing* comercial de algumas instituições financeiras.

Sobre isso, o documento advertiu que a forte presença de instituições financeiras privadas como responsáveis diretos pelo oferecimento de educação financeira levanta algumas preocupações sobre potenciais conflitos de interesse entre a educação e as atividades de *marketing* (Messy, 2012, p. 19). Ademais, as iniciativas do setor privado são motivadas pelo lucro. No caso das instituições financeiras, a eficácia é normalmente medida conforme a captação de recursos (por exemplo, contas bancárias ou outros produtos e serviços adquiridos), não necessariamente conforme o empoderamento<sup>13</sup> econômico do consumidor por meio da aquisição de conhecimento e habilidades financeiras.

---

13 “Processo pelo qual um indivíduo, um grupo social ou uma instituição adquire autonomia para realizar, por si, as ações e mudanças necessárias ao seu crescimento e desenvolvimento pessoal e social numa determinada área ou tema. Implica, essencialmente, a obtenção de informações adequadas, um processo de reflexão e tomada de consciência quanto a sua condição atual, uma clara formulação das mudanças desejadas e da condição a ser construída. A estas variáveis, deve somar-se uma mudança de atitude que impulsiona a pessoa, grupo ou instituição para a ação prática, metódica e sistemática, no sentido dos objetivos e metas traçadas, abandonando-se a antiga postura meramente reativa ou receptiva”. Glossário Social, 2005, Schiavo e Moreira.

Sobre o público-alvo, o documento observa que muitas iniciativas são direcionadas à população em geral, outras se voltam especialmente para subgrupos, como o dos indivíduos mais vulneráveis, em que se inserem pessoas de baixa renda, excluídos do mercado financeiro, mulheres, jovens, estudantes, crianças e pessoas de áreas rurais. Notavelmente, vários programas são dirigidos aos jovens, em geral, e às mulheres jovens, em particular, como pessoas especialmente vulneráveis, tanto em assuntos econômicos como em assuntos de saúde. Em alguns países, a educação financeira é fornecida nas escolas.

## 2.3 Países selecionados

Este item examina a experiência de NS de alguns países, com foco nos atores sociais, na governança e no público-alvo de cada programa. O critério para seleção dos países examinados considera, em primeiro lugar, a disponibilidade de material para consulta e, em seguida, a distinção no grau de experiência com a educação financeira.

### 2.3.1 Portugal

O Plano Nacional de Formação Financeira (PNFF)<sup>14</sup> foi elaborado por um GT, constituído pelo Conselho Nacional de Supervisores Financeiros (CNSF), com representantes dos três reguladores financeiros – o Banco de Portugal (BdP), a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) e o Instituto de Seguros de Portugal (ISP). O PNFF contém as principais linhas de orientação do governo de Portugal para implementação de projetos de educação financeira no período de cinco anos (2011 a 2015).

O governo lusitano entende que a simples provisão de informação financeira não implica, necessariamente, melhoria do processo de decisão. Por isso, a iniciativa é vista como complemento às medidas de proteção ao consumidor e de regulação financeira, ou seja, cidadãos mais bem informados ajudam a

---

14 <<http://www.cmvm.pt/CMVM/Coopera%C3%A7%C3%A3o%20Nacional/Conselho%20Nacional%20de%20Supervisores%20Financieiros/Documents/Plano%20Nacional%20de%20Forma%C3%A7%C3%A3o%20Financeira.pdf>>.

monitorar os mercados. Nesse ponto, o documento menciona a recente crise financeira internacional e afirma que a educação financeira pode ser aliada da regulamentação na prevenção de crises.

Ao justificar a necessidade de um projeto nacional de formação financeira, o documento reproduz o diagnóstico da OCDE, ao destacar a complexidade dos produtos financeiros, a evolução demográfica da população e a redução do papel do Estado na provisão de aposentadoria e saúde. Por outro lado, acrescenta o inadequado grau de educação financeira da população<sup>15</sup>, o crescente endividamento das famílias<sup>16</sup> e os registros de reclamações e pedidos de informação dos consumidores financeiros.

Observa-se, contudo, que a promoção do crédito responsável exige atitudes adequadas de ambos os lados do mercado – o lado da oferta, representado pelas instituições de crédito e o comércio, e o da demanda, representado pelos consumidores. Tanto um quanto outro precisam aferir as reais condições para contratação de determinado crédito. Além disso, o poder de influência da publicidade na indução ao consumo e ao endividamento não pode ser desprezado.

A propósito, o crédito exerce papel central na economia capitalista, ao estabelecer condições para expansão da produção e do consumo. O acesso ao crédito amplia a capacidade de consumo das pessoas. Logo, impor disciplina ao mercado de crédito é, de certa forma, conter a expansão do capitalismo.

Para a sua manutenção, o capitalismo precisa ser retroalimentado pelo consumo, por isso, é imperativo motivar e viabilizar (mídia de massa, moda, publicidade, crédito, entre outras ações) sua intensificação. Foi exatamente o consumismo, que surgiu nos Estados Unidos, a partir da década de vinte (século XX), que permitiu que o hedonismo, restrito a artistas inovadores e questionadores da ordem puritana, espalhasse-se pela sociedade como comportamento geral (MADURO-ABREU, 2010, p. 36).

Como se vê, a mudança de comportamento exigida do consumidor vai muito além da educação financeira. A crise financeira de 2008 suscitou o debate sobre

---

15 Em 2010, o Banco de Portugal realizou pesquisa para aferir o grau de conhecimento financeiro da população. O resultado possibilitou identificar necessidades de educação financeira em várias matérias, algumas de caráter geral, relevantes para a população, outras focadas em alguns segmentos.

16 Registra-se que, nos últimos anos, o endividamento das famílias portuguesas se aproxima de 130% do rendimento disponível. No Brasil, esse percentual é de 44,5%, conforme dados do Banco Central, relativos a outubro de 2012.

a regulamentação dos mercados. Como resultado, o presidente Barack Obama assinou, em julho de 2010, a lei *Dodd-Frank*<sup>17</sup> que reforma o sistema financeiro dos Estados Unidos. Entre outras medidas, a reforma instituiu o órgão de proteção ao consumidor financeiro no âmbito do *Federal Reserve*, mas sem subordinação a ele, e limitou várias operações financeiras de risco.

A promulgação da lei não encerra o processo sobre a reforma, pois a implementação da maioria das disposições mais importantes depende de definição prática pelas instituições reguladoras, dentre as quais destaca-se o *Federal Reserve*. A reflexão suscitada pela crise de 2008 e a consequente reforma do sistema financeiro norte-americano revelam que a estabilidade financeira global reúne pontos muito mais amplos do que as ferramentas e o conhecimento disponibilizados pelas políticas públicas de educação financeira.

O PNFF de Portugal se propõe a alcançar alguns segmentos da população, como os jovens em idade escolar (estudantes do ensino básico e universitários), trabalhadores e grupos vulneráveis, a exemplo da população desempregada, dos imigrantes e dos aposentados com baixo nível de rendimento. Serão desenvolvidas iniciativas dirigidas à população.

A governança do PNFF foi decidida pelo CNSF e está assentada numa estrutura constituída por quatro órgãos<sup>18</sup>. À frente, está a Comissão de Coordenação (CC), que define as linhas gerais de orientação e coordena a implementação do PNFF. A CC é constituída pelos membros do CNSF, por meio de representantes dos três reguladores financeiros (BdP, CMVM e ISP).

Observa-se que o órgão de decisão, a Comissão de Coordenação, deixa fora da sua composição o representante da Direção-Geral do Consumidor (DGC) do Ministério da Economia e do Emprego de Portugal e congrega apenas os representantes dos órgãos governamentais de regulação financeira.

---

17 A lei foi nomeada *Dodd-Frank* em homenagem aos dois principais proponentes, o senador Chris Dodd e o deputado Barney Frank.

18 A Comissão de Coordenação (CC), a Comissão de Acompanhamento 1 (CA1), a Comissão de Acompanhamento 2 (CA2) e o Comitê Consultivo.

### 2.3.2 Estados Unidos

Em 2003, o Congresso dos Estados Unidos constituiu a Comissão Federal de Educação Financeira e designou o Gabinete de Educação Financeira do Departamento do Tesouro Americano para colaborar com sua experiência e apoio junto à Comissão, a qual seria presidida pelo secretário do Departamento do Tesouro, com a missão de melhorar a educação financeira da população dos Estados Unidos, por meio do desenvolvimento de estratégia nacional para estimular a educação financeira.

A Comissão congrega 21 instituições públicas federais dos Estados Unidos, representativas de vários setores da economia. Entre elas, há o Departamento do Tesouro; o Conselho de Governadores do *Federal Reserve*; o Escritório de Defesa do Consumidor Financeiro que passou a compor a Comissão em 2010, quando foi instituído no âmbito da Reforma do Sistema Financeiro dos Estados Unidos. Ao contrário da experiência portuguesa, o órgão de cúpula da estratégia norte-americana não é exclusivo da intervenção dos reguladores financeiros. Dele participam também representantes dos consumidores financeiros e de outros segmentos.

A formulação e a implementação da estratégia prevê participação dos governos estaduais e locais, além de instituições públicas e privadas e sem fins lucrativos. A Comissão conta com a opinião e as informações sobre programas, apresentadas por representantes de várias áreas de educação financeira. Em 2004, a Comissão também solicitou comentários e sugestões do público e obteve mais de 150 opiniões de pessoas e organizações. Em seguida, foram realizadas reuniões públicas para ouvir aquelas pessoas e, assim, coletar mais informações sobre os comentários enviados e avaliar a inclusão na estratégia nacional.

Registra-se outro avanço na forma de participação da sociedade civil durante a fase de formação da estratégia nacional de educação financeira dos Estados Unidos. A Comissão abriu espaço para ouvir tanto a sociedade civil organizada em grupos e associações como o cidadão comum. Esse gesto fortalece a democracia participativa, que busca aproximar a sociedade da arena decisória das políticas públicas. De acordo com o relatório, muitos dos elementos mencionados na estratégia foram sugestões dos participantes em reuniões públicas.

Em 2006, foi estruturada a primeira estratégia nacional de educação financeira, chamada de Tomando Posse do Futuro<sup>19</sup>. Em 2011, foi lançada a segunda estratégia nacional com o nome Promover o Sucesso Financeiro nos Estados Unidos<sup>20</sup>. Ela adota visão de longo prazo, que seja capaz de garantir o bem-estar financeiro dos indivíduos e das famílias americanas de forma sustentável.

### 2.3.3 El Salvador

Em 2008, o presidente da República de El Salvador anunciou o lançamento oficial do Programa de Educação Financeira do país, a ser desenvolvido conjuntamente pelos cinco órgãos reguladores e supervisores do Sistema Financeiro Nacional: o Banco Central de Reserva (BCR), a Superintendência do Sistema Financeiro (SSF), a Superintendência de Valores (SV), a Superintendência de Pensão (SP) e o Instituto de Garantia de Depósitos (IGP). Trata-se de plano estratégico no âmbito de um compromisso coordenado e permanente, direcionado aos diferentes segmentos da população, com o objetivo de ajudar os indivíduos e as famílias a administrarem adequadamente as finanças, conforme suas necessidades.

O documento do programa<sup>21</sup> não faz menção a alguma instituição de defesa do consumidor. Observa-se, contudo, que no *site* oficial, a Defensoria do Consumidor figura no mesmo rol das instituições mencionadas anteriormente. Já no *link* “Quem somos”, não é possível confirmar a informação. Talvez a participação da Defensoria do Consumidor tenha ocorrido ao longo do processo de formulação da estratégia. No entanto, faltam elementos mais consistentes para definir com clareza o papel dos representantes do consumidor na política pública de educação financeira de El Salvador.

Os coordenadores do Programa reconhecem que, para êxito do plano estratégico ante a sociedade, é necessário contar com a participação coordenada do setor privado, do governo e do público em geral. Além disso, deve-se desenvolver parcerias com as entidades experientes e interessadas em promover

---

19 <[http://www.mymoney.gov/sites/default/files/downloads/FLEC\\_espanol\\_7-5-06.pdf](http://www.mymoney.gov/sites/default/files/downloads/FLEC_espanol_7-5-06.pdf)>.

20 <[http://www.financial-education.org/United\\_States\\_National\\_Strategy\\_for\\_Financial\\_Literacy.html](http://www.financial-education.org/United_States_National_Strategy_for_Financial_Literacy.html)>.

21 <[http://www.educacionfinanciera.gob.sv/contenido/conozcanos/plan\\_ef.pdf](http://www.educacionfinanciera.gob.sv/contenido/conozcanos/plan_ef.pdf)>

e abordar a educação financeira. Na primeira fase, o Programa será direcionado a estudantes, jornalistas, professores, formadores de opinião que têm acesso à mídia eletrônica e aos meios de comunicação em massa, como rádio, imprensa e televisão. Com o tempo, pretende-se ampliar o alcance e a divulgação aos demais segmentos da população.

No curto prazo, o público-alvo será alcançado mediante a publicação de material na internet<sup>22</sup>. No médio prazo, será formulado um processo educativo com participação de expositores especialistas das cinco instituições que coordenam o Programa. Está previsto um plano anual de conferências organizadas pelos coordenadores, com o propósito de abordar os diferentes temas. Quando possível, será solicitado a entidades internacionais que colaborem com assistência técnica, enviando seus especialistas ou patrocinando a contratação de *experts* na matéria.

### 2.3.4 Nova Zelândia

A Nova Zelândia deu início à sua estratégia nacional de educação financeira em 2008. O marco inicial foi o simpósio de educação financeira realizado em 2006. Desde então, o projeto contou com o envolvimento de organizações dos setores público e privado e de voluntários. À semelhança das estratégias anteriores, a Nova Zelândia (NZ) optou por uma abordagem coordenada de iniciativas e cooperação para, de um lado, potencializar os recursos e, com isso, preencher as carências na área; de outro, reduzir a duplicação de esforços.

A estratégia neozelandeza é presidida e coordenada pelo Comissário de Aposentadoria, designado pelo ministro do Comércio e aprovado pelo Conselho de Ministros. A Comissão para a Educação Financeira e Renda na Aposentadoria desempenha a função de secretariado e hospeda o *site* da estratégia neozelandeza<sup>23</sup>, que conta com o patrocínio de três órgãos da indústria financeira do país: a Associação de Banqueiros da Nova Zelândia, a Poupança do Trabalho e o Conselho dos Serviços Financeiros.

---

22 <[www.educacionfinanciera.gob.sv](http://www.educacionfinanciera.gob.sv)>

23 <[www.financialliteracy.org.nz](http://www.financialliteracy.org.nz)>

O Comitê Consultivo da Estratégia Nacional é formado por representantes do governo e do setor privado. A cada seis meses, o Comitê Consultivo divulga relatório sobre o trabalho da estratégia ao ministro da Fazenda, às partes interessadas e ao público. O Ministério da Educação financia o desenvolvimento profissional de professores em educação financeira para disseminação do conhecimento nas escolas interessadas. A Federação de Serviços de Orçamento Familiares desenvolve um programa de educação financeira dirigido a locais de trabalho e ambientes comunitários.

A Estratégia Nacional visa promover a multiplicidade de canais e tornar o conteúdo flexível a todos os segmentos sociais. Com isso, pretende-se estender os benefícios da educação e da informação financeiras ao maior número de neozelandeses. As estratégias de intervenção serão desenvolvidas para grupos particulares, como jovens adultos, famílias monoparentais, pessoas com baixos níveis de renda e instrução, idosos e grupos étnicos.

O grau de educação financeira da população adulta da Nova Zelândia também é objeto de atenção da estratégia nacional. Desde 2005, o Índice de Comportamento Financeiro é calculado com regularidade. O resultado da primeira pesquisa tem sido utilizado como referência para definir as áreas prioritárias dos programas de educação financeira. O terceiro levantamento ocorrerá em 2013. O desenvolvimento da Rede de Educação Financeira do país é uma fonte de informação primária com oferta de recursos educacionais, publicação de pesquisas e com a divulgação de boas práticas na prestação de educação financeira.

Há ainda o Grupo Consultivo de Alfabetização Financeira nas Escolas, constituído por professores, chefes de departamento, diretores de escolas e representantes de sindicatos de professores. Por fim, registra-se a ausência de um representante de organizações de defesa do consumidor financeiro nas instâncias de decisão da estratégia nacional da Nova Zelândia.

As experiências internacionais examinadas adotam abordagem de parceria na execução da política pública de educação financeira que envolve órgãos públicos e agentes privados. Do lado dos governos, nota-se a predominância de órgãos de regulação financeira à revelia das instituições de defesa do consumidor. Pelo setor privado, a situação é semelhante, com forte presença do segmento financeiro.

### 3 Estratégia Nacional de Educação Financeira no Brasil

Esta seção analisa a Enef do governo brasileiro, instituída pelo Decreto nº 7.397, de 23 de dezembro de 2010. Pretende-se avaliar a concepção teórica, a formulação e a formação da proposta com realce sobre os atores envolvidos, a governança e o público-alvo. Para isso, as principais fontes de pesquisa são o Plano Diretor, o *site* oficial da Enef<sup>24</sup> e alguns eventos (seminários e oficinas) realizados sobre o tema. O referencial teórico utilizado é o modelo dos fluxos múltiplos de John W. Kingdon (1995).

Inicialmente, destacam-se os principais pontos desenvolvidos por Kingdon para entender as razões que levam certos problemas a tornarem-se importantes para o governo no complexo processo de formação da política pública. Em seguida, à luz dessa perspectiva teórica, é analisado o contexto socioeconômico no qual a educação financeira passa a compor a agenda<sup>25</sup> do governo brasileiro. Adiante, são apresentadas as principais instituições envolvidas com a política pública, e, finalmente, tem-se a análise propriamente dita.

#### 3.1 Janela de oportunidade política

Segundo Kingdon (1995), a janela de política é a oportunidade que os defensores de propostas aguardam para emplacar suas idéias ou tornar evidentes determinados problemas que precisam de solução. Para ilustrar o conceito, Kingdon afirma que os defensores de propostas encontram-se em estado de prontidão, à espreita e em torno do governo, com suas soluções à mão, na expectativa de algum evento que justifique a proposta previamente elaborada e do momento político adequado para apresentá-la.

O modelo dos fluxos múltiplos defende que a origem de uma política pública decorre da convergência de três fluxos ou processos: problemas, soluções e condições políticas favoráveis. Quando os três fluxos se encontram, abre-se uma

---

24 O Plano Diretor foi instituído pela Deliberação nº 2, de 5 de maio de 2011, do Conef, com o propósito de consolidar a Enef, com os planos, os programas e ações previstos no art. 3º do Decreto nº 7.397, de 2010, disponível no *site* oficial do programa <[www.vidaedinheiro.gov.br](http://www.vidaedinheiro.gov.br)>.

25 Adota-se o conceito de agenda de Kingdon (1995, p. 222): “Lista de temas que são alvo de atenção por parte das autoridades em um dado momento”.

janela de oportunidade, e são dadas as condições necessárias para o nascimento da política pública.

Um problema exige atenção urgente e, num instante, a proposta de política pública é associada ao problema como solução. Ou um evento no fluxo político, como uma mudança de governo, promove novos rumos. Nesse momento, as propostas que se encaixam com o evento político, tais como as iniciativas que se afinam com a filosofia da nova administração, vêm à tona e são associadas com aquele ambiente político. Da mesma forma, os problemas que se encaixam são evidenciados, e outros são negligenciados (KINGDON, 1995, p.201. Tradução nossa).

Já o fluxo de soluções depende da atuação dos empreendedores de políticas públicas, que disputam espaço para emplacar suas propostas. Kingdon (1995) fala sobre a importância de a proposta ser apresentada no tempo certo e, por isso, afirma: “As janelas de políticas passam rapidamente e se perdem, se as propostas ainda não tiverem passado pelo longo processo de gestação, antes que a oportunidade surja”.

Além disso, o modelo de Kingdon define duas categorias de atores que atuam no processo de formulação de política pública: uma “visível”, outra “invisível”. A importância dessa perspectiva teórica reside na compreensão de que a política pública é moldada sob a influência de vários atores. O grupo de atores visíveis recebe uma notável atenção da imprensa e do público. Nesse grupo, encontram-se o(a) presidente da República e seus principais assessores, os parlamentares, a mídia e aqueles que atuam no processo eleitoral, como partidos políticos e comitês de campanha.

O grupo de atores relativamente invisíveis é formado por acadêmicos, pesquisadores, consultores, burocratas de carreiras e analistas que trabalham para grupos de interesses. Esse grupo tem maior poder de influência na escolha. Segundo Kingdon, esse grupo forma comunidades de especialistas que agem de forma mais ou menos coordenada. Os meios comumente utilizados para divulgação das propostas são discursos, projetos de lei, audiências públicas no Congresso, informações vazadas para a imprensa e circulação de *papers*.

## 3.2 Contextualização socioeconômica

A partir de 2004, com a retomada do crescimento econômico, o governo federal introduziu alguns procedimentos favoráveis à ampliação do mercado de crédito. Entre eles, citam-se a regulamentação do crédito consignado e a nova lei de falência. Soma-se a isso o ambiente macroeconômico de trajetória de queda da taxa Selic. Desde então, o volume de crédito cresceu de forma sustentável. Entre 2003 e 2012, a participação dessas operações no Produto Interno Bruto (PIB) dobra, saltando de 26% para 53,6% do PIB<sup>26</sup>.

Nesse período, as operações com pessoas físicas cresceram, a cada ano, sustentadas por maior dinamismo do crédito consignado, financiamento de veículos e crédito habitacional. Entre 2003 e 2012, o estoque de crédito na economia nacional saltou de R\$409,9 bilhões para R\$2,4 trilhões, uma evolução de 485,4%. No mesmo período, o crédito para pessoa física cresceu acima de 1.000%, saindo de R\$88,1 bilhões para R\$1,1 trilhão. Com isso, a participação desse segmento no estoque de crédito da economia elevou-se de 21,5%, no início do período, para 45,4%, no ano passado.

Outra variável importante para o crescimento do crédito tem sido a gradativa redução da taxa de desemprego e a conseqüente elevação da massa salarial. O novo ambiente de crescimento da renda provocou a emergência da classe C<sup>27</sup>. Desde 2004, com o crescimento da economia, milhões de brasileiros migraram da situação de pobreza para a classe C. A ascensão econômica de parcela da população e seu acesso a financiamento de longo prazo aqueceram o consumo de bens duráveis e não duráveis<sup>28</sup>.

Com a crise financeira internacional de 2008, o governo brasileiro adotou um conjunto de medidas anticíclicas<sup>29</sup>, como a redução de impostos, a redução da taxa Selic e dos empréstimos compulsórios, para impulsionar o consumo interno

---

26 Conforme dados divulgados pelo Banco Central do Brasil por meio de Nota para a imprensa sobre política monetária e operações de crédito, em 26 de fevereiro de 2013.

27 Corresponde às famílias com renda mensal domiciliar total que varia de R\$1.115,00 a R\$4.807,00. Segundo a Fundação Getúlio Vargas, o segmento detém 46% dos rendimentos das pessoas físicas. Já as classes A e B correspondem a 44%. Entre 2003 e 2011, 40 milhões de pessoas foram para a classe C.

28 Os bens duráveis são aqueles que têm utilidade durante longo período de tempo, como eletrodomésticos e veículos. Os bens não duráveis são de curta utilidade, como roupas e sapatos.

29 O comportamento da economia capitalista não é linear, porém cíclica, alternando período de prosperidade, com crises ou recessões. As medidas anticíclicas, de cunho keynesiano, visam a impedir ou reduzir os efeitos do ciclo econômico (flutuações da atividade econômica).

e, com isso, aplacar os efeitos negativos do cenário internacional. Recentemente, promoveu uma queda de braço com os bancos pela redução do *spread* bancário e revogou a ampliação do pagamento mínimo do cartão de crédito, planejado para 20% da fatura. Todas as medidas tinham como objetivo único manter aquecida a demanda doméstica e, com ela, a economia nacional.

Nesse contexto, o índice de inadimplência (com operações em atraso superior a noventa dias) assume um comportamento ascendente, especialmente em algumas modalidades de crédito, como o financiamento de veículos e o cartão de crédito. Em 2004, a linha de crédito de veículos registrou inadimplência média inferior a 2%. Em 2012, o índice saltou para 6,9%. Em relação ao cartão de crédito, o Banco Central passou a divulgar esses dados, em março de 2011, quando a taxa de inadimplência era de 23,4%. No final daquele ano, subiu para 29,5%, e, em 2012, a inadimplência média foi de 28,2%<sup>30</sup>.

Portanto, no Brasil, a iniciativa da estratégia nacional de educação financeira ocorre num contexto caracterizado, de um lado, por uma associação de indicadores positivos na economia doméstica, como o histórico crescimento da carteira de crédito; a vigorosa atividade econômica no período de 2005 a 2008; a robustez do mercado de trabalho; e o crescimento, sem precedentes, da nova classe média; de outro lado, por forte crise financeira internacional, crescentes índices de inadimplência e de endividamento das famílias.

É possível identificar esse contexto à luz da janela de oportunidade de Kingdon. Para ele, a mudança de administração é a janela mais óbvia para determinada política. No entanto, entende que há situações que são sensíveis à pressão de certos problemas, gerando oportunidade para os defensores de propostas vincular suas soluções a eles. Nesse ponto, cita o exemplo da queda de avião como oportunidade para iniciativas em seguro de aviação. No caso particular desta pesquisa, a crise financeira internacional, decorrente de uma bolha de crédito, pode ser uma janela de oportunidade para os defensores da educação financeira.

A propósito, a maioria dos países que implementaram estratégias nacionais de educação financeira o fizeram após o estouro da bolha imobiliária, em setembro de 2008. Sobre isso, em junho de 2009, a OCDE divulgou o relatório Educação

30 Ao considerar os atrasos relativos ao rotativo do cartão, a média do índice, em 2012, é de 36,9%. Quer dizer, mais de um terço do volume de crédito rotativo estava com atraso superior a noventa dias.

Financeira e a Crise: o papel da política e orientação. O documento registra a importância da educação financeira como um instrumento no contexto da crise internacional e afirma que o agravamento da crise têm destacado a educação financeira como medida complementar à regulação e à supervisão financeiras em escala nacional e global.

Em que pesem às múltiplas causas da crise de 2008, assim como a responsabilidade das instituições financeiras e dos reguladores no episódio, a proposta de política pública de educação financeira caiu como uma luva naquele momento. No Brasil, apesar de 2007 ser citado como a primeira referência à atual estratégia nacional, a elaboração desse plano só ocorreu no final de 2010, com a publicação do Decreto nº 7.397, de 2010.

### 3.3 Principais instituições

A iniciativa de desenvolver o projeto nacional de educação financeira coube ao Comitê de Regulação e Fiscalização dos Mercados Financeiros, de Capitais, de Seguros, de Previdência e Capitalização (Coremec)<sup>31</sup>. O artigo 1º do Decreto nº 7.397, de 2010, que instituiu a Enef, afirma que sua finalidade é “promover a educação financeira e previdenciária e contribuir para o fortalecimento da cidadania, a eficiência e solidez do sistema financeiro nacional e a tomada de decisões conscientes por parte dos consumidores”.

Esse decreto instituiu o Comitê Nacional de Educação Financeira (Conef) e o Grupo de Apoio Pedagógico (GAP). Ao primeiro, delegou as funções de definir planos, programas, ações e de coordenar a execução da estratégia. Como parte de suas atribuições, o Conef elaborou o Plano Diretor. O GAP tem a responsabilidade de assessorar o Conef na parte pedagógica relativa à educação financeira nas escolas. É composto exclusivamente por representantes de órgãos públicos<sup>32</sup>, sendo a Presidência e a Secretaria-Executiva ocupadas pelo Ministério da Educação. Por sua vez, o Conef é constituído por um diretor do Banco Central

---

31 Instituído pelo Decreto nº 5.685, de 25 de janeiro de 2006.

32 Ministério da Educação, Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários, Superintendência de Seguros Privados, Superintendência Nacional de Previdência Complementar, Ministério da Fazenda, Conselho Nacional de Educação, Instituições Federais de Ensino, Conselho Nacional de Secretários de Educação e União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação.

do Brasil; pelo presidente da Comissão de Valores Mobiliários; pelo diretor-superintendente da Superintendência Nacional de Previdência Complementar; pelo titular da Superintendência de Seguros Privados; pelo secretário-executivo dos ministérios da Fazenda, da Educação, da Previdência Social e da Justiça e por quatro representantes da sociedade civil.

Nesse ponto, o artigo 9º do regimento interno do Conef prevê que a sociedade civil será representada por: i) entidades autorreguladoras reconhecidas por órgão regulador de mercado integrante do Sistema Financeiro Nacional; ii) entidades representativas dos mercados financeiro, de capitais, de seguros, de previdência e de capitalização; ou iii) entidades civis de defesa do consumidor.

A expressão “ou” sugere exclusão, como se a presença das entidades dos itens “i” e “ii” excluísse a participação das entidades civis de defesa do consumidor e *vice-versa*. A Deliberação nº 3 do Conef reforça esse entendimento, ao revelar que a escolha dos representantes da sociedade civil se deu conforme indicam os dois primeiros itens previstos no regimento interno, à revelia da terceira indicação.

Dessa forma, os representantes são: Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiros e de Capitais (Anbima); Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros (BM&FBovespa); Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CNSeg); e Federação Brasileira de Bancos (Febraban).

A sociedade civil, no órgão de cúpula da Enef, é representada tão somente por um lado do mercado, as empresas financeiras. O principal alvo da política pública, o consumidor de serviços financeiros, não se faz representar por nenhuma entidade civil de defesa do consumidor. A experiência dessas entidades reúne informações valiosas sobre o comportamento do consumidor e suas principais necessidades na área de educação financeira. Além disso, a presença de entidades civis de defesa do consumidor no órgão de cúpula da Enef confere legitimidade perante a sociedade.

A ausência e, quando muito, a pouca representatividade civil dos consumidores é notada pela entidade Consumidores Internacionais (CI)<sup>33</sup>. Justin Macmulle, chefe da Advocacia da CI, escreveu artigo recentemente<sup>34</sup>, no qual critica a

33 <<http://www.consumersinternational.org/>> Instituída em 1960, a *International Organization of Consumers Union* (IOCU) passou a chamar-se *Consumers International* (CI) em 1996. Atualmente, conta com mais de 220 entidades de defesa do consumidor associadas, provenientes de 115 países.

34 *We Need Effective Consumer Representation in Financial Services* <<http://consumersinternational.blogspot.com.br/2013/01/we-need-effective-consumer.html>>.

ausência das entidades civis de defesa do consumidor em vários programas internacionais de proteção ao consumidor financeiro. “Esta é uma omissão grave que, em última análise, ameaça a capacidade das iniciativas colherem bons resultados”, avalia.

Do ponto de vista da governança, o Plano Diretor define a atuação do Conef e do GAP nas esferas estratégica e consultiva, respectivamente. Na esfera de governança de coordenação, paradoxalmente, o Plano Diretor se propõe a garantir o equilíbrio da gestão entre os mercados e os segmentos interessados. Com isso, a coordenação fica a cargo de uma entidade com propósito exclusivo, não integrada à estrutura de nenhum ministério. No entanto, declara que a entidade deverá, preferencialmente, ser instituída por entidades representativas (associações, fundações, entidades autorreguladoras ou outras) dos mercados.

Essa representatividade é desejável, ainda, para equilibrar a relevância com que serão tratados os diferentes conteúdos, oriundos de cada segmento do sistema financeiro, e para possibilitar a visão pluralista, não segmentada, especialmente para os programas de educação financeira da população com menos informações sobre o campo financeiro (PLANO DIRETOR, p. 120).

Com esse propósito, no final de 2011, o Conef celebrou convênio com a recém-instituída Associação de Educação Financeira do Brasil (AEF-Brasil). Trata-se de uma associação sem fins lucrativos ou econômicos, cujo objeto social é a promoção do desenvolvimento econômico e social, principalmente por meio do fomento da educação financeira no Brasil. A composição do Conselho Administrativo da AEF-Brasil é semelhante à representação da sociedade civil no Conef, ou seja, todos os membros são oriundos do mercado, como a Anbima, a BM&FBOVESPA S.A., a Febraban e a Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização. Atualmente, dirige o Conselho Administrativo o presidente da Febraban, Murilo Portugal.

Ao definir o propósito de instituição da Enef, a legislação reforça a necessidade de vincular a educação financeira à previdenciária. O objetivo em desenvolver a cultura previdenciária no âmbito da educação financeira revela a preocupação do governo com o envelhecimento da população, decorrente da redução da fecundidade e do aumento da longevidade. O fomento da cultura previdenciária

na população reacende a discussão sobre a responsabilidade do Estado em garantir a Previdência Social Pública, conforme preconiza a Constituição de 1988, ante a cobrança de maior espaço por parte de setores do mercado voltados para os segmentos da previdência privada e dos fundos de pensão.

Dessa forma, a Enef – combinada com a educação previdenciária – deve ser vista como reforço à tentativa de redução do papel do Estado na promoção de políticas de proteção social e, ao mesmo tempo, como incentivo para expansão do mercado de previdência e seguro social privados. A propósito, o relatório da OCDE intitulado *A Caminho do Crescimento* faz recomendações de reformas estruturais a cada país membro. O relatório mais recente, publicado em 2013, contém recomendações aos países que formam os BRIICS (Brasil, Rússia, Índia, Indonésia, China e África do Sul). Para cada país, são definidas cinco prioridades. Na parte dedicada ao Brasil, destaca-se a elevação da idade mínima de aposentadoria.

Uma força de trabalho com um maior nível de instrução, melhores infraestruturas, menores distorções fiscais e uma intermediação financeira mais eficiente reforçariam os avanços em termos de produtividade, ao mesmo tempo que a utilização da mão-de-obra poderia ser intensificada através da elevação das idades de aposentadoria (OCDE (c), 2013, p. 8).

Souza (2009, p. 227) vincula a orientação de redução de gastos previdenciários da OCDE à estratégia de abrir mercado para setores ligados à previdência. Ele também menciona o economista francês Chesnais, cuja referência reforça o papel da OCDE em promover a indústria de fundos de pensão. No entanto, a recente crise financeira internacional alerta sobre os desmandos do mercado e o perigo de alocar recursos ao longo da vida em instrumentos tão arriscados e, às vezes, fraudulentos.

O primeiro Plano de Ação (PA), elaborado pela AEF-Brasil e aprovado pelo Conef, propõe um portfólio de projetos de educação financeira dirigido aos públicos infantil, juvenil e adulto. Além disso, resultam em tecnologias sociais<sup>35</sup> e levantam informações das iniciativas brasileiras desenvolvidas pelos setores público, privado e da sociedade civil, de forma que se possibilite visão estratégica

---

35 O Plano de Ação define tecnologias sociais como produtos, técnicas e/ou metodologias reaplicáveis, desenvolvidas na interação com a comunidade, que representem efetivas soluções para problemas sociais.

sobre o cenário brasileiro, assim como reconhecimento das ações diferenciadas. Entre as iniciativas do PA, destacam-se:

- a) disseminação do material didático do ensino médio nas escolas que participaram do projeto-piloto no grupo de controle<sup>36</sup>;
- b) implementação do Programa de Educação Financeira nas Escolas como projeto-piloto nas escolas do ensino fundamental;
- c) construção e implementação do Programa de Educação Financeira para Adultos concebido como projetos-pilotos para dois públicos distintos: mulheres beneficiárias do Programa Bolsa Família (PBF) do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS)<sup>37</sup> e aposentados com renda de até dois salários mínimos.

Apenas as iniciativas nas escolas públicas estão em fase de execução. Os programas voltados para o público adulto ainda se encontram em elaboração.

### 3.4 Análise da Estratégia Nacional de Educação Financeira

O programa de educação financeira do governo brasileiro apresenta diferenças e semelhanças com algumas experiências internacionais citadas na seção anterior. A rigor, as estratégias nacionais não apresentam formato único, mas procuram adaptar-se à realidade de cada país, o que torna compreensível uma parte das diferenças observadas. Por outro lado, alguns avanços verificados nas experiências relatadas, mesmo no caso brasileiro, servem de parâmetro para aperfeiçoamento do programa. Dito isso, esta seção encerra-se, propondo uma reflexão sobre a estratégia de educação financeira do Brasil.

Inicialmente, são mencionados os pontos positivos da experiência brasileira e, na sequência, identificados os óbices ao pleno exercício da cidadania

---

36 O projeto-piloto foi desenvolvido para alunos do ensino médio em 891 escolas da rede pública, localizadas em cinco estados brasileiros (SP, RJ, CE, TO, MG) e no DF, de agosto de 2010 a dezembro de 2011. Do total, 452 escolas integraram o grupo de controle, ou seja, não receberam o material didático nem implementaram as aulas de educação financeira, apenas foram submetidas a avaliação para comparação com o grupo de tratamento. Por meio de parceria com a Enef, o Banco Mundial realizou duas pesquisas de avaliação (inicial e final) para medir o impacto do programa. O resultado indicou sua aprovação. A partir de 2012, o programa passou a fazer parte do currículo escolar, com adesão voluntária. O projeto-piloto previa algumas atividades a serem realizadas em casa com os pais.

37 Por meio da Deliberação nº 8, de 18 de abril de 2012, o Conef instituiu grupo de trabalho, com o objetivo de prover o MDS de apoio técnico para proposição de ações de educação financeira e previdenciária para a população em situação de pobreza e extrema pobreza.

financeira. Assim, é merecedora de reconhecimento a concepção do Programa de Educação Financeira nas Escolas com inserção do Ministério da Educação como coordenador do Grupo de Apoio Pedagógico da Enef. A sujeição do material didático pedagógico ao teste do projeto-piloto com avaliação de impacto confere legitimidade ao material educativo destinado ao público estudantil e torna a experiência brasileira referência para os demais países.

Ao priorizar o segmento escolar da rede pública, a Enef elege algumas preferências desejáveis, como levar o conhecimento especializado a um público mais carente de oportunidades, pois muitas escolas da rede privada já aplicam a educação financeira em salas de aula. Além disso, identifica-se a percepção de que o programa não aposta no imediatismo, mas sim no alcance de médio e longo prazo, como deve ser a perspectiva de todo o processo de aprendizagem.

A interação entre pais e filhos, prevista em algumas atividades do projeto-piloto, promove o efeito multiplicador do conhecimento adquirido em sala de aula. Assim, o conteúdo ministrado ultrapassa as fronteiras do ambiente formal de aprendizagem e alcança um grupo de adultos diretamente envolvidos com aqueles alunos. Por fim, a avaliação de impacto, ao final das atividades do projeto-piloto, teve de lidar com a limitação de alguns eventos no período, como a alta rotatividade dos alunos, o abandono escolar e a reprovação.

O material didático traz novidades que incorporam os recentes avanços na abordagem da educação financeira. Trata-se da inclusão da psicologia econômica ou economia comportamental em forma de “pisca-alertas”, que chama a atenção para os fatores psicológicos que interferem, e podem atrapalhar, no planejamento e nas decisões econômicas.

Outro ponto positivo do Plano de Ação é a escolha dos dois públicos-alvos do grupo de adultos. Novamente, priorizam-se os segmentos mais carentes de informação, como as mulheres beneficiárias do PBF e os aposentados que ganham até dois salários mínimos. No primeiro caso, o projeto foi subsidiado por uma pesquisa encomendada e coordenada pelo MDS. Em seguida, os dados foram analisados pelo Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional de Minas Gerais da Universidade Federal de Minas Gerais (Cedeplar/UFMG) com o nome de Pesquisa sobre Conhecimentos, Atitudes e Práticas Financeiras das

Famílias Inscritas no Cadastro Único para Programas Sociais<sup>38</sup>. Estudar o perfil do público-alvo é fundamental para que um programa de educação financeira tenha êxito.

É importante que a incipiente inclusão financeira das famílias do PBF seja acompanhada por um programa prévio de educação financeira, de forma que se evite expor as famílias a potenciais práticas abusivas ou tomar decisão sem informações suficientes sobre os produtos financeiros oferecidos. Não é por outra razão que o governo federal, em especial o MDS, tem manifestado preocupação com a necessidade de construção de um projeto de educação financeira voltado para atender ao conjunto de beneficiários do PBF e do público do Cadastro Único. Com isso, o programa tenta acompanhar uma tendência já em curso, que é a crescente inclusão financeira desse público.

O segundo alvo do grupo de adultos são os aposentados com renda de até dois salários mínimos. No Brasil, a população de idosos<sup>39</sup> já é expressiva, com tendência de crescimento para os próximos anos. Em junho de 2012, a Previdência Social pagou 29,479 milhões de benefícios<sup>40</sup>. Desse total, 69,8% tinham valor de até um salário mínimo, o que equivale a 20,6 milhões de benefícios. Além disso, em mais de dois terços dos municípios brasileiros, os recursos recebidos da Previdência Social são superiores aos recursos do Fundo de Participação dos Municípios (FPM)<sup>41</sup>.

Portanto, ajudar os aposentados a administrar seus próprios proventos, afastando o risco do superendividamento, é importante para eles, para sua família e para a economia local. A preocupação com o excessivo número de contratos de empréstimos consignados a pessoas idosas é tema de debate da Frente Parlamentar Mista de Promoção e Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa, no Congresso Nacional. Os idosos formam um grupo carente de informações financeiras diante das investidas de familiares, que, muitas vezes, fazem pressão para a obtenção de empréstimos, e de golpes na contratação de empréstimos consignados.

---

38 O Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal é um instrumento que identifica e caracteriza as famílias de baixa renda, entendidas como aquelas que têm renda mensal de até meio salário mínimo por pessoa ou renda mensal total de até três salários mínimos. A pesquisa entrevistou os responsáveis por 8.817 domicílios no Brasil e 4.068 cônjuges, investigando questões relacionadas ao orçamento familiar, às decisões financeiras, ao acesso e ao uso de serviços financeiros, entre outras.

39 De acordo com o Censo de 2010, 20,6 milhões de brasileiros possuem mais de sessenta anos.

40 Desse total, 24,7 milhões são previdenciários, 3,9 milhões são assistenciais, e 832 mil são acidentários.

41 Cf. Revista da Previdência Social. Publicação do Ministério da Previdência Social, Ano II, nº 4, set/dez-2012.

A principal limitação da política pública de educação financeira do Brasil é o notável desequilíbrio entre a participação da indústria financeira *vis-à-vis* a das organizações dos consumidores. A forte presença do setor financeiro fica evidente na condição de único representante da sociedade civil no Conef e no convênio celebrado com a AEF-Brasil, para estabelecer cooperação, visando a concepção, planejamento, estruturação, desenvolvimento, implementação e administração de iniciativas de educação financeira e previdenciária, de caráter transversal, que integram a Enef.

A escolha dos integrantes da sociedade civil passa ao largo do envolvimento de entidades que representam os interesses dos clientes e dos consumidores participantes dos mercados representados. A percepção do pequeno investidor ou do cliente bancário pode lançar luz sobre alguns pontos da educação financeira que escapam às instituições representantes das empresas dos mercados selecionados. Na Irlanda, por exemplo, a instituição responsável pelo programa de educação financeira é a Agência de Proteção ao Consumidor<sup>42</sup>.

Normalmente, a formulação da política pública envolve *issues* (questões) que afetam os interesses dos atores envolvidos. Com isso, dependendo da decisão tomada, alguns atores ganham, outros perdem; e a política assume uma configuração ou outra (RUA, 2009, p.75). Se apenas um lado estiver contemplado, como é o caso, talvez esse seja o vencedor. O crédito suscita interesses contraditórios entre clientes e instituições financeiras. O interesse do cliente é contratar a modalidade com a menor taxa de juro. Da parte do banco, interessa oferecer a alternativa mais rentável e, assim, garantir robustos dividendos aos acionistas.

Sobre isso, a pedagoga Heloísa Padilha, que há quatro anos é membro do GAP no âmbito da Enef, adverte: “O banco é um estabelecimento comercial como outro qualquer, ele vai querer vender seu peixe. É preciso que o consumidor esteja atento e veja com olhos críticos o que lhe é oferecido”<sup>43</sup>. Em recente livro<sup>44</sup>, o economista e consultor legislativo da Câmara dos Deputados Humberto Veiga (2012) alerta o consumidor bancário sobre o conflito de interesse presente na

42 Na Austrália, Eslovênia e África do Sul, as associações de consumidores fazem parte de grupos de trabalho das respectivas estratégias nacionais de educação financeira.

43 Jornal Valor Econômico, caderno especial sobre educação financeira – 27/11/2012 – p. G1. Sobre a citação, a professora Heloísa Padilha frisa que essa é sua opinião pessoal e que não fala em nome da Enef.

44 “Case com seu banco com separação de bens – como não pagar tarifas e negociar empréstimos e financiamento”. Ed. Saraiva.

relação entre banco e cliente. Segundo Veiga, muitas vezes as pessoas dizem: “Se eu soubesse disso, não teria feito aquilo”. Com isso, assegura que a informação é a principal defesa do cliente, e, por isso, ela deve preceder à negociação. A pessoa bem informada tem condições de negociar, argumentar e entender o que o banco está fazendo. Na sua avaliação, na prática, o gerente de banco é a pessoa menos indicada para prestar orientação sobre investimentos. Isso ocorre porque o papel do gerente é vender produtos, e não esclarecer clientes, conclui.

A percepção do economista sobre os bancos é reforçada por várias estatísticas. Cita-se, por exemplo, o levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) nos seis maiores bancos que atuam no país. Segundo o Idec, os bancos omitem de seus clientes a opção de contratação de pacotes de serviços grátis, conforme obriga o Banco Central<sup>45</sup>. Se a omissão de informações essenciais ocorre no ambiente de agência, nada impede que conteúdos essenciais, do ponto de vista do cliente, sejam excluídos de certas abordagens educativas. A presença de organizações civis do consumidor poderia reduzir esse risco. A falta de divulgação do programa também é empecilho à participação da sociedade de forma geral. O *site* da Enef não possui nenhum instrumento de interação com o cidadão<sup>46</sup>.

Ao excluir do Conef organizações representativas dos interesses dos clientes e dos consumidores, a legislação parece negar o conflito subjacente às questões de ordem financeira, especialmente no atual estágio de desenvolvimento do sistema capitalista, em que o sistema financeiro assume papel preponderante. É contra essa prevalência que se insurge o movimento *Occupy Wall Street*<sup>47</sup>, denunciando a ganância do setor financeiro no governo dos Estados Unidos. A propósito, o professor e economista francês François Chesnais (1998, p.11) inicia o livro *A Mundialização Financeira* discorrendo sobre a dominação financeira.

---

45 Resolução CMN nº 3.516, de 6 de dezembro de 2007.

46 O *site* <[www.vidaedinheiro.gov.br](http://www.vidaedinheiro.gov.br)> não disponibiliza telefone. O *link* “fale conosco” também não tem serventia, pois a mensagem redigida pelo internauta não é enviada, muito menos respondida. A AEF-Brasil, responsável pela administração do *site*, informa que a empresa contratada para atualizar a *homepage* criará mecanismos de interação com a sociedade. No entanto, até aqui a informação não foi efetivada.

47 Trata-se de um movimento de protesto, iniciado em 17 de setembro de 2011, em Nova York. Sua luta é contra a desigualdade econômica e social e a indevida influência das empresas, sobretudo do setor financeiro, sobre os Estados Unidos. Com isso, denuncia a impunidade dos responsáveis e, ao mesmo tempo, beneficiários da crise financeira mundial de 2008. O movimento é inspirado por revoltas populares no Egito e na Tunísia. <<http://occupywallst.org/>>

## 4 Conclusão

Nos últimos anos, a educação financeira conquistou *status* de política pública em vários países. À frente desse processo, está a OCDE, que, com a Infe, reúne mais de cem países associados. No Brasil, o ambiente de estabilidade monetária, iniciado em meados dos anos 90, despertou interesse pela educação financeira, que passou a ser assunto de palestras, cursos, livros, revistas e jornais. No entanto, só no final de 2010, com a publicação do Decreto nº 7.379, de 2010, foi instituída a Enef do Brasil.

Este artigo examinou a experiência brasileira com a elaboração da Enef. Inicialmente, discutiu-se a contribuição de algumas abordagens sobre educação financeira, com destaque para a crescente influência da economia comportamental. Essa corrente chama a atenção para os fatores psicológicos que interferem e podem atrapalhar no planejamento e nas decisões econômicas. Outro ponto considerado foi o alcance limitado da educação financeira para promoção do bem-estar de pessoas e famílias.

Sobre isso, a pesquisa citou fatores alheios à tomada de decisão dos agentes econômicos, a exemplo de mudanças intempestivas na política monetária, como uma abrupta elevação da taxa de juros. Recorreu-se também aos impactos negativos oriundos da crise financeira de 2008 sobre milhões de lares no mundo, em especial, na sociedade norte-americana. No caso, a displicência dos órgãos reguladores diante de atitudes inescrupulosas de agentes financeiros, tais como bancos e agências de risco, foi decisiva para formação da bolha imobiliária. Ademais, a assimetria de poder e informação predominante nas relações de consumo contribuíram para a adoção de estratégias comerciais e financeiras indevidas.

Em seguida, à luz do conceito de comunidade epistêmica de Peter Haas, foi possível identificar o papel central da OCDE na disseminação de estratégias nacionais de educação financeira. Com esse propósito, a Organização elaborou, em 2003, o Projeto Educação Financeira. Em 2005, produziu o relatório Melhorar a Educação Financeira: principais questões e políticas. No ano seguinte, deu início a conferências, simpósios e *workshops* internacionais sobre a importância do tema e, em 2008, constituiu a Rede Internacional de Educação Financeira para divulgação de pesquisas, estudos e relatórios sobre as experiências na área de educação financeira, em vários países.

O artigo refletiu acerca de possíveis motivações da OCDE na promoção de políticas públicas de educação financeira. Sobre isso, alguns trabalhos acadêmicos afirmam o interesse do capital financeiro no desenvolvimento do mercado de fundos de pensão e da previdência privada. O economista François Chesnais é citado como referência de quem acredita na aliança entre a OCDE e o capital financeiro para expansão daquele mercado<sup>48</sup>.

Se essa aliança é real, como temem alguns, então é possível conjecturar sobre o papel das estratégias nacionais de educação financeira como instrumento de facilitação para penetração de certos produtos financeiros nas várias classes sociais, em especial na classe média emergente. A forte presença das instituições financeiras e dos órgãos de regulação financeira à frente das estratégias nacionais de vários países, até mesmo do Brasil, é mais um indício do risco de uma abordagem enviesada em favor dos interesses do capital financeiro.

Na sequência, o trabalho trouxe o relato de algumas estratégias nacionais de educação financeira, no qual pode-se constatar os diferentes graus das experiências e algumas práticas que devem ser incentivadas. Entre elas, mencionam-se a Agência Nacional do Consumidor e seu papel de coordenação na Enef da Irlanda; a promoção de audiências públicas como forma de participação coletiva tanto na Austrália como nos Estados Unidos; e o recurso da telenovela na disseminação da educação financeira no Quênia. O alcance e a linguagem acessível da teledramaturgia podem fazer dele um canal para acesso popular ao conhecimento de assuntos financeiros, observado, é claro, o seu conteúdo. Por outro lado, as organizações civis de defesa do consumidor passaram ao largo das estratégias examinadas.

Após esse percurso, o trabalho focou a experiência brasileira. Nela, foram identificadas iniciativas positivas, como o projeto-piloto de educação financeira nas escolas da rede pública de ensino e a inclusão de novas abordagens na educação financeira. As limitações observadas estão relacionadas com a falta de divulgação da política pública, o que impede a construção de um canal de diálogo com a sociedade. A única forma de participação foi ocupada exclusivamente pelas instituições representativas do segmento financeiro. Nenhuma instituição

---

48 No Brasil, a previdência privada aberta está em franco crescimento. Entre 2007 e 2012, o patrimônio líquido do segmento mais do que triplicou, saltando de R\$92,6 bilhões para R\$291,2 bi. A Susep e outros participantes do mercado preparam uma proposta para o Conselho Monetário Nacional, que visa a ampliar em até 100% a aplicação dessa carteira em ações. Atualmente, o teto é de 49%.

civil de defesa do consumidor foi convidada a contribuir, apesar de existir previsão no regimento interno do Conef.

Em síntese, o parâmetro de pesquisa para a análise da Enef brasileira está circunscrito aos objetivos específicos, previamente definidos. Assim, a identificação dos atores na formulação da política se resume aos atores governamentais, com destaque para os órgãos reguladores e supervisores do Sistema Financeiro Nacional (SFN); aos organismos internacionais, sobretudo a OCDE e o Banco Mundial; ao setor privado, representado exclusivamente pelos porta-vozes do sistema financeiro. O interesse explícito dos atores é dotar o consumidor de conhecimento e habilidade para tomar decisões acertadas e, com isso, melhorar seu bem-estar no campo financeiro. Por outro lado, foi possível identificar indícios de interesses não declarados, como criar oportunidade para o *marketing* financeiro dos bancos e tornar viável a expansão dos mercados de fundos de pensão e previdência privada.

O padrão da Enef no Brasil reflete coalizão entre uma estrutura do Estado, formada por órgãos reguladores e supervisores do SFN, e os atores empresariais do setor financeiro. A predominância da influência dos agentes financeiros não favorece o fortalecimento da cidadania financeira. Por isso, o risco de abordagem enviesada em favor dos interesses do mercado está presente na configuração da Enef<sup>49</sup>. Não obstante, é possível reverter a desigual correlação de forças entre os representantes civis. Para isso, é recomendável atender ao dispositivo do regimento interno do Conef que prevê participação de organizações civis de defesa do consumidor. Segundo o regimento, a escolha das instituições representantes da sociedade civil ocorrerá a cada três anos<sup>50</sup>.

Este artigo, portanto, contribui para compreender o processo de formação da Enef do governo brasileiro. Trata-se de matéria recente na arena da política pública e, por isso, em condições de assimilar a contribuição de vários segmentos da sociedade, até mesmo da pesquisa científica. Outras abordagens são necessárias para ampliar o entendimento e as oportunidades para aperfeiçoamento da política pública.

49 Nesse ponto, recordam-se as advertências de Flore-Anne Messy, representante do projeto de Educação Financeira da OCDE, e de Justin Macmulle, chefe da Advocacia da entidade Consumidores Internacionais, ambas assinaladas nesta dissertação, às páginas 64 e 98, respectivamente.

50 Cf. Art. 12 do Regimento Interno do Conef.

## Referências

ABRUCIO, Fernando Luiz. **A Coordenação Federativa no Brasil: a experiência do período FHC e os desafios do governo Lula**. Rev. Sociol. Polit. Curitiba, n. 24, June 2005. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-4782005000100005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-4782005000100005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2013. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782005000100005>>.

ARAÚJO, Fábio de Almeida Lopes e SOUZA, Marcos Aguerri Pimenta. **Educação Financeira para um Brasil Sustentável Evidências da Necessidade de Atuação do Banco Central do Brasil em Educação Financeira para o Cumprimento de Sua Missão**. Trabalho para Discussão nº 280. Depep/Banco Central do Brasil. Junho, 2012.

BERNHEIM, B. D.; Garret, D. M.; MAKI, D. M. **Education and Saving: the long term effects of high school financial curriculum mandates**. National Bureau of Economic Research, n. 6.085, July 1997. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/W6085>>. Acesso em: janeiro 2013.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Estado, Sociedade Civil e Legitimidade Democrática**. Lua Nova, São Paulo, n. 36, 1995. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n36/a06n36.pdf>>. Acesso em 25 de maio de 2013.

CERBASI, Gustavo. **Como Organizar Sua Vida Financeira**. São Paulo: Elsevier, 2009.

CHESNAIS, François. **A Mundialização Financeira – Gênese, custos e riscos**. Xamã VM Editora. 1999.

**Educação Financeira nas Escolas**. Ensino médio. Bloco 1. 1ª Edição. 2010.

**ESTRATÉGIA NACIONAL DE EDUCAÇÃO FINANCEIRA (ENEF) – Plano** Diretor do Governo Brasileiro. Disponível em: <[www.vidaedinheiro.gov.br/Imagens/Plano%20Diretor%20ENEF.pdf](http://www.vidaedinheiro.gov.br/Imagens/Plano%20Diretor%20ENEF.pdf)>. Acesso em maio de 2011.

**ESTRATÉGIA NACIONAL DE EDUCAÇÃO FINANCEIRA DEL EL SALVADOR**. Disponível em: <[http://www.educacionfinanciera.gob.sv/contenido/conozcanos/plan\\_ef.pdf](http://www.educacionfinanciera.gob.sv/contenido/conozcanos/plan_ef.pdf)>. Acesso em janeiro de 2013.

**ESTRATÉGIA NACIONAL DE EDUCAÇÃO FINANCEIRA DOS ESTADOS UNIDOS.** Adueñándonos del futuro – 2006. Disponível em <[http://www.mymoney.gov/sites/default/files/downloads/FLEC\\_espanol\\_7-5-06.pdf](http://www.mymoney.gov/sites/default/files/downloads/FLEC_espanol_7-5-06.pdf)>. Acesso em setembro de 2012.

**ESTRATÉGIA NACIONAL DE EDUCAÇÃO FINANCEIRA DOS ESTADOS UNIDOS.** Promoting Financial Success in the United States – 2011. Disponível em: <[financial-education.org/United\\_States\\_National\\_Strategy\\_for\\_Financial\\_Literacy.html](http://financial-education.org/United_States_National_Strategy_for_Financial_Literacy.html)>. Acesso em 20 de janeiro de 2013.

**ESTRATÉGIA NACIONAL DE EDUCAÇÃO FINANCEIRA DE NOVA ZELÂNDIA.** <<http://www.cfri.org.nz/sites/default/files/docs/FL-NS-National%20Strategy-2012-Aug.pdf>>.

**ESTRATÉGIA NACIONAL DE EDUCAÇÃO FINANCEIRA DE PORTUGAL – 2011 a 2015.** <<http://cliente.bancario.bportugal.pt/pt-PT/Publicacoes/PNFF/Paginas/PNFF.aspx>>.

FERREIRA, Vera Rita de Mello. **Informations Econômicas e Ilusão: uma contribuição psicanalítica ao estudo de fenômenos econômicos.** V. 10, n.1, junho de 2007. Rio de Janeiro: **Ágora**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-14982007000100007&lng=en&rm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-14982007000100007&lng=en&rm=iso)>. Acesso em 6 de janeiro de 2013. <<http://dx.doi.org/10.1590/S1516-14982007000100007>>.

FIX, Mariana de Azevedo Barreto. **Financeirização e Transformações Recentes no Circuito Imobiliário no Brasil.** Tese de doutorado. Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, 2011.

GOMES, Orlando. **Racionalidade e Escolha.** Economia Global e Gestão. Lisboa, v. 12, n. 2 Agosto de 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0873-74442007000200004&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-74442007000200004&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em 7 de janeiro de 2013.

GRIFONI, A. e F. Messy. 2012. **Current Status of National Strategies for Financial Education: a comparative analysis and relevant practices.** OECD Working Papers.

on Finance, Insurance and Private Pensions, N. 16, OECD Publishing. OCDE, Current Status of National Strategies for Financial Education, 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5k9bcwct7xmn-en>>. Acesso em: 7 de agosto de 2012.

HAAS, M. Peter. (org.) 1992. **Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination. Knowledge, Power and International Policy Coordination.** Columbia: University of South Carolina.

Jornal Valor Econômico, caderno especial sobre educação financeira – 27/11/2012 – p. G1.

KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego, Juros e Dinheiro.** São Paulo, Atlas, 1982 [1936].

KINGDON, J.W. **Agendas, Alternatives and Public Policies.** 2ª Ed. New York: Adison Wesley Longman, 1995.

LOBATO, Lenaura. Algumas considerações sobre a representação de interesses no processo de formulação de políticas públicas. **Revista de Administração Pública.** Rio de Janeiro, n. 31, p. 30-48, jan./fev. 1997.

MADURO-ABREU, Alexandre. **Valores, consumo e sustentabilidade.** Tese de doutorado. Centro de Desenvolvimento Sustentável. UNB. 2010

MAFFRA, Lourrene de Cássia Alexandre. **O papel do Banco Mundial na Formação da Agenda de Reformas em C&T e Ensino Superior: a experiência da Argentina e Brasil com comunidades epistêmicas.** Tese de Mestrado. USP. 2011.

MAMUDU, Hadii M; GONZALEZ, Maria Elena; e GLANTZ, Stanto. **The Nature, Scooe, and Development of the Global Tobacco Control Epistemic Community.** American Journal of Public Health. November 2011. Vol. 101, n. 11.

MATTA, Rodrigo Octávio Beton. **Oferta e Demanda de Informação Financeira Pessoal: o Programa de Educação Financeira do Banco Central do Brasil e os universitários do Distrito Federal.** Tese de mestrado. UNB. 2007.

MESSY, F. and C. Monticone. 2012. **The Status of Financial Education in Africa,** OECD Working Papers on Finance, Insurance and Private Pensions, n. 25, OECD Publishing. Acesso em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5k94cqpx90wl-en>>.

**Metodologia de Análise de Políticas Públicas.** Gapi. Unicamp. 2002.

NEGRI, Ana Lucia Lemes. **Educação para o Ensino Médio da Rede Pública: uma proposta inovadora.** Dissertação de mestrado. Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Unisal, 2010.

MINIUCI, Geraldo. **A Organização Mundial do Comércio e as Comunidades Epistêmicas.** Universitas Relações Internacionais. UniCEU/Brasília, v. 9, n. 2, p. 55-90, jul./dez. 2011.

OCDE (a), **Recommendation on Principles and Good Practices for Financial Education and Awareness.** Julho de 2005. Disponível em: <<http://www.oecd.org>> Acesso em: julho 2012.

OCDE (b), **Financial Market Trends**, n. 87, October, 2004.

OCDE (c), **Economic Policy Reforms 2013. Going for Growth.**

PORTILHO, Fátima. **Novos Atores no Mercado: movimentos sociais econômicos e consumidores politizados.** Revista Política e Sociedade. Vol. 8, nº 15, out. 2009.

PÓ, Marcos. **As dimensões dos consumidores na regulação e o posicionamento das agências brasileiras.**

RUA, Maria das Graças. Apostila **Análise de políticas públicas: conceitos básicos.** Disponível em: <[http://vsites.unb.br/ceam/webceam/nucleos/omni/observa/downloads/pol\\_publicas.PDF](http://vsites.unb.br/ceam/webceam/nucleos/omni/observa/downloads/pol_publicas.PDF)>. Acesso em: 5 de setembro de 2012.

RODRIGUES, Marta M. Assumpção. **Políticas Públicas.** Publifolha, 2010.

SAVIO, André Taue. **Uma Contribuição ao Desenvolvimento da Educação em Finanças Pessoais no Brasil.** (2007). (Dissertação de Mestrado). Universidade de São Paulo. São Paulo. 2007

SAITO, André Taue. **Uma Contribuição ao Desenvolvimento da Educação em Finanças.** Dissertação de mestrado FEA/USP. São Paulo/SP. Dezembro de 2007.

SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia.** 8ª Edição. Ed. Best Seller, 2002.

SIMON, A. Herbert. **Comportamento Administrativo: estudo dos processos decisórios nas organizações administrativas**. Rio de Janeiro. FGV, 1971

SOUZA, Thaís Rabelo de. **(Con)formando Professores Eficazes: a relação política entre o Brasil e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) – Tese de mestrado**. UFF/Niterói. 2009.

THE WORLD BANK. **Good Practices for Financial Consumer Protection**. June/12. Disponível em: <<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/ TOPICS/EXTFINANCIALSECTOR/0,,contentMDK:22876721~pagePK:148956~piPK:216618~theSitePK:282885,00.html>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2013.

VEIGA, Humberto. **Case com Seu Banco com Separação de Bens – Como não pagar tarifas e negociar empréstimos e financiamento**. 1ª Ed. Ed. Saraiva. 2012.

WORTHINGTON, A. C. **Predicting Financial Literacy in Australia**. A. C. Worthington University of Wollongong, 2006.

# O Controle dos Custos nos Processos Licitatórios para Aquisição de Bens e Contratação de Obras e Serviços

Lucival Lage Lobato Neto\*

*Introdução. 1 A proposta mais vantajosa para a Administração Pública. 2 Utilização de sistema de custeio por atividades pela Administração Pública. 3 Controle do fator gasto total nos processos licitatórios para aquisição de bens e contratação de serviços e obras. 3.1 Inequações relacionadas ao fator gasto total para contratação mediante processo licitatório. 3.2 Consequências do descumprimento das inequações [1] a [3]. 3.3 Inequações úteis aos processos licitatórios e ao sistema de custos propostos. 4 Controle dos custos relacionados ao processo licitatório para definição dos limites para aplicação da dispensa por pequeno valor. 5 Observações finais.*

## Resumo

Com vistas à melhoria da qualidade dos gastos públicos no Brasil, em consonância com o princípio constitucional da eficiência e com a economicidade, um dos aspectos da fiscalização financeira e orçamentária, este texto sugere o controle dos gastos totais para aquisição de bens e para contratação de obras e serviços e a projeção desses gastos para futuros certames pelos órgãos e pelas entidades da Administração Pública responsáveis pelos processos licitatórios. Para isso, sugere-se utilizar um sistema de custeio por atividades e um conjunto

---

\* Advogado, engenheiro mecânico, pós-graduado em Contabilidade Gerencial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (Ucam), pós-graduado em Direito Público pela Universidade Potiguar (UnP), mestrando em Direito na Universidade Católica de Brasília (UCB), na área de Análise Econômica do Direito (AED), e analista do Banco Central.

de inequações que garantam obtenção de propostas mais vantajosas. Nas observações finais, após concluir pela utilidade do sistema proposto, este texto menciona algumas consequências da sua implementação.

**Palavras-chave:** Gastos. Sistema. Custeio. Inequações. Licitação. Controle. Eficiência. Economicidade.

### ***The Cost Control in the Bidding Process for the Purchase of Goods and Procurement of Engineering Works and Services***

#### ***Abstract***

*To improve the quality of public spending in Brazil, and in line with the constitutional principle of efficiency and economy, one aspect of the financial and budgetary oversight, this paper suggests control of total expenditures for the acquisition of goods and procurement of engineering works and services, and the projection of these expenditures for future hirings, by bodies and entities of the public administration responsible for the bidding processes. For this, it is suggested to use a system of costing activities and a set of inequation that best ensure the attainment of better offers. In the final remarks, after concluding that the proposed system is useful, this paper points out some consequences of its implementation.*

**Keywords:** *Spending. System. Costing. Inequations. Bidding. Control. Principle. Efficiency. Economy.*

## **Introdução**

Melhorar a qualidade do gasto público se tornou um dos objetivos mais prementes do Estado brasileiro nos últimos tempos, por duas razões. A primeira é a notória insatisfação dos cidadãos com serviços públicos prestados, conforme se pôde ver nas manifestações ocorridas em meados de 2013, por todo o país. A segunda é que, devido à incapacidade do Estado brasileiro de aumentar suas

fontes de receitas, em razão de a carga tributária se encontrar no limite suportável pelos seus cidadãos, deve-se melhorar a relação custo-benefício desses serviços e dos demais gastos realizados pela Administração Pública. No âmbito dos processos licitatórios, a melhoria da qualidade do gasto supramencionado pode ser alcançada com a otimização da obtenção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública, que pode se dar de três formas: redução dos custos totais para aquisição de bens e para contratação de obras e serviços (preço do objeto a ser contratado e custo do certame licitatório); melhoria da qualidade dos objetos a serem adquiridos em processos licitatórios; e escolha de contratados idôneos para cumprir obrigações diferidas no tempo.

Para melhor observância da primeira forma de otimizar propostas vantajosas, este artigo sugere controlar os custos totais envolvidos. Para isso, conforme será visto, os órgãos e as entidades da Administração Pública devem utilizar um sistema de custeio que possibilite efetuar o cálculo específico de cada processo licitatório e projetar gastos para certames. Além disso, eles devem observar um conjunto de inequações que garantam a obtenção de propostas mais vantajosas, que se encontrem em conformidade com a legislação licitatória.

Nas observações finais, concluir-se-á que o controle supramencionado é instrumento útil para obtenção de contratos mais vantajosos para a Administração Pública. São consequências da utilização das inequações e do sistema de custeio propostos, entre outras, as seguintes: a necessidade urgente de se definirem novos limites para dispensa por pequeno valor (inc. I e II do art. 24, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993); a revisão desses limites em períodos mais curtos, com base em históricos registrados no sistema de custeio de vários órgãos e entidades; e, provavelmente, a redução do número de servidores envolvidos no setor de licitação por parte de muitos órgãos e entidades da Administração Pública, para se adequar ao sistema de custeio proposto.

## **1 A proposta mais vantajosa para a Administração Pública**

Nos termos do *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, o processo licitatório visa a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Resta saber o que é proposta mais vantajosa. Conforme dispõe Justen Filho (2013,

p. 61), a vantagem relaciona-se à maximização dos recursos econômico-financeiros do Estado, portanto, relaciona-se a dois fatores: o preço e a qualidade do objeto.

Esses fatores são sempre exigidos nos processos licitatórios, em que pese haver preponderância de um ou outro, conforme o tipo de licitação definido no instrumento convocatório. Nos termos do § 1º do art. 45 da Lei nº 8.666, de 1993, são quatro os tipos de licitação, quais sejam, menor preço, melhor técnica, técnica e preço e melhor lance ou oferta. Cada um desses tipos possui um critério de julgamento padronizado que pode ser utilizado pela Administração Pública para seleção da proposta mais vantajosa.

Assim, na licitação do tipo menor preço, basta que os licitantes observem a qualidade mínima disposta em instrumento convocatório, pois o fator preponderante para vencer o certame é o preço mais vantajoso. Na licitação do tipo melhor técnica, o preço e a qualidade são igualmente importantes, pois é consagrado o vencedor, entre os licitantes que aceitarem contratar pelo menor preço apresentado no certame, aquele que tiver apresentado a proposta com o objeto de melhor qualidade. Nas licitações de técnica e preço, para definir o futuro contratado, os dois fatores são ponderados por índices previamente estipulados no edital. Para o tipo melhor lance e oferta, aplicável principalmente à modalidade licitatória de leilão, o preço é a variável a ser definida pelos licitantes, que é o maior obtido, e a qualidade do objeto leiloadado deve ser explicitada pelo órgão ou pela entidade responsável pelo certame, que deve, até, permitir vistorias antes do processo licitatório.

Aos fatores supramencionados, deve ser acrescentado outro, cuja importância se torna evidente em contratos de execução continuada: a qualidade pessoal do licitante vencedor, a fim de garantir que ele tenha idoneidade e condições técnicas e econômico-financeiras, mínimas e necessárias, para cumprir adequadamente o contrato a ser firmado.

Além disso, com base no princípio constitucional da eficiência (Constituição Federal (CF), art. 37, *caput*)<sup>1</sup>, e na economicidade, um dos aspectos da fiscalização financeira e orçamentária (CF, art. 70, *caput*)<sup>2</sup>, deve-se esclarecer que o fator preço

---

1 Na doutrina de Di Pietro (2008, p. 82), a Administração Pública deve atuar com vistas à obtenção dos melhores resultados possíveis. Para isso, dois aspectos devem ser observados: o modo de atuação dos agentes públicos e o modo que a Administração Pública se organiza e se estrutura.

2 Segundo Petter (2007, p. 153), o respeito à economicidade “[...] implica análise com relação ao chamado custo-benefício, ou seja, de um ponto de vista econômico, verificar se as decisões tomadas são razoáveis, ou até mesmo as melhores para as circunstâncias”.

supramencionado deve ser substituído por outro mais completo e adequado para análise das propostas mais vantajosas para a Administração Pública, qual seja, o gasto total para contratação por meio de processo licitatório (aquisição ou alienação de bens e contratação de serviços e obras). Esse fator é composto pelo somatório do preço obtido no processo licitatório com os custos relacionados à realização desse certame, para aquisição de bens e contratação de serviços e obras, e pela diferença entre o preço obtido no processo licitatório e os custos relacionados a esse processo, para a alienação de bens. Para realizar controle adequado desses gastos, os órgãos e as entidades da Administração Pública devem utilizar um sistema de custeio, consoante será explicado a seguir.

## **2 Utilização de sistema de custeio por atividades pela Administração Pública**

No âmbito das Ciências Contábeis, existem inúmeros trabalhos que ressaltam a necessidade de o Estado utilizar um sistema de custeio, com vistas a melhor direcionamento dos recursos públicos. Nesse sentido, Alonso (1999, p. 45) esclarece que a divulgação de medidas de desempenho, tais como as oriundas de um sistema de custeio, é instrumento poderoso para impulsionar mudanças organizacionais, entre outras vantagens apontadas, dado que ela subsidia a tomada de decisões dos gestores, melhora a qualidade dos serviços, combate os desperdícios e subsidia o processo orçamentário. Cadore e Niemies (2008) complementam que a complexidade da estrutura governamental cria obstáculos a serem vencidos pelo sistema de custos, tendo em vista que maior será a quantidade de problemas e ineficiências do Estado, quanto mais complexa ela for. Nesse sentido, reconhecendo a importância da adoção do sistema em tela, o § 3º do art. 50 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2001, a Lei de Responsabilidade Fiscal, estabelece que a “[...] Administração Pública manterá sistema de custos que permita a avaliação e o acompanhamento da gestão orçamentária, financeira e patrimonial”.

Entre os sistemas de custeio passíveis de serem utilizados pela Administração Pública, grande parte dos trabalhos técnicos existentes evidencia que o sistema de custeio por atividade é ideal para ser aplicado pela Administração Pública, quer

seja integralmente<sup>3</sup>, quer seja com alguma flexibilização<sup>4</sup>. Discutir exaustivamente as razões mencionadas pelos especialistas em custos para justificar por que esse tipo de sistema é o mais adequado fugiria ao escopo deste artigo. Contudo, deve-se deixar claro, esses especialistas afirmam que ele possibilita a apuração mais adequada tanto de custos de produtos (bens e serviços) quanto de processos, projetos e metas de qualquer atividade desempenhada pela organização que dele se utilize, além de possibilitar projeções de gastos a serem realizados<sup>5</sup>. Assim, com base nas informações supramencionadas, para o controle de gastos relacionados aos processos licitatórios, proposto neste artigo, o sistema de custeio por atividades é o mais adequado.

Resta esclarecer o que é sistema de custeio por atividades. Para Nakagawa (1995, p. 40), esse sistema de custeio, também conhecido por ABC (*activity-based costing*), é “[...] uma metodologia desenvolvida para facilitar a análise estratégica de custos relacionados com as atividades que mais impactam o consumo de recursos de uma empresa”. Complementam Iudícibus, Martins e Gelbke (2008, p. 379) que o sistema de custeio por atividades, ao direcionar os custos indiretos por atividade, e não por centro de custos ou por departamentos, possibilita identificar:

[...] o fator pelo qual se passa a mensurar, da forma mais lógica possível, quanto de seu custo (de atividade) deve ser atribuído a cada produto. Esse fator, denominado direcionador de custo, por refletir a verdadeira relação entre produtos e a ocorrência dos custos, reduz sensivelmente as distorções causadas por rateios arbitrários dos sistemas tradicionais de custeio.

---

3 Nesse sentido, Alonso (1999, p. 54) conclui: “Já está bem amadurecida a necessidade do setor público no Brasil implementar sistemas de custos. Tais sistemas não precisarão reproduzir toda a evolução dos sistemas de custos do setor privado. É possível e é desejável que os sistemas de custos governamentais sejam desenhados na metodologia ABC, queimando etapas que o setor privado já trilhou, maximizando os benefícios que as informações geradas por tais sistemas propiciarão. A experiência americana recente não deixa dúvidas sobre a viabilidade desta tese.”

4 Silveira, ao analisar a implementação de um sistema de custeio no âmbito do Banco Central, conclui que “[...] o mundo de custeio possível não está nos livros. Apesar da vasta literatura sobre os métodos de custeamento, o mundo real da administração pública pode requerer um modelo híbrido, não previsto na literatura afastando-se de conceitos rígidos e abraçando o pragmatismo.” (SILVEIRA, Henrique F. R. Teoria e Prática sobre ABC no Setor Público. III Congresso Consad de Gestão Pública. Disponível em: <[http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material\\_%20CONSAD/paineis\\_III\\_congresso\\_consad/painel\\_10/teoria\\_e\\_pratica\\_sobre\\_abc\\_no\\_setor\\_publico.pdf](http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CONSAD/paineis_III_congresso_consad/painel_10/teoria_e_pratica_sobre_abc_no_setor_publico.pdf)>. Acesso em 15.10.2013.)

5 Complementa Alonso (1999, p. 50) que o sistema de custeio por atividades (ABC) é uma ferramenta poderosa para “[...] simular os impactos sobre custos decorrentes de ações de melhoria de processos ou de reengenharia dos mesmos”.

Deve-se agora responder a uma pergunta: como o sistema de custeio por atividades possibilitará a análise mais adequada para averiguar a obtenção das propostas mais vantajosas para a Administração Pública? Os critérios procedimentais e jurídicos se encontram a seguir.

### **3 Controle do fator gasto total nos processos licitatórios para aquisição de bens e contratação de serviços e obras**

Para licitações cujo objeto é a aquisição de bens ou a contratação de serviços ou obras, as propostas mais desejáveis serão aquelas que levem em conta o menor gasto total para a contratação mediante processo licitatório, em que pesem os outros fatores devam também ser igualmente considerados. Entre os tipos de licitação que se enquadram nessa categoria, encontram-se os seguintes: menor preço, melhor técnica e técnica e preço.

#### **3.1 Inequações relacionadas ao fator gasto total para contratação mediante processo licitatório**

Para os tipos de licitação supramencionados, podem ser formuladas as seguintes inequações para obtenção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública:

$$Clic + Plic \leq Pm \quad [1]$$

$$Pine < Plic \quad [2]$$

$$Plic \leq Pmax \quad [3]$$

onde:

Clic = custos associados ao processo licitatório, tanto os diretos, quanto os indiretos;

Plic = melhor preço obtido na fase de julgamento do processo licitatório;

Pm = preço do mercado, que é preço médio ou mediano do bem, do serviço ou da obra, obtido mediante ampla pesquisa de mercado, conforme será mais bem explicitado a seguir;

Pine = preço inexequível, ou seja, o preço que não se reveste de condições de serem cumpridas, devido ao fato de os encargos serem maiores que as receitas auferidas, acarretando prejuízos ao licitante, caso ele seja contratado;

Pmax = preço máximo a ser pago pelo objeto da licitação, que pode ser estabelecido no instrumento convocatório, a critério do órgão ou da entidade responsável pelo certame, nos moldes expressos no inc. X do art. 40 e no inc. II do art. 48, ambos da Lei nº 8.666, de 1993; salvo para o tipo de licitação melhor técnica, cuja inclusão é obrigatória, consoante estabelece o § 1º do art. 46 da Lei nº 8.666, de 1993.

Quanto à inequação [1], sua interpretação é simples. Tendo em vista que os atos da Administração Pública devem ser pautados pela eficiência e pela economicidade, o somatório do preço obtido na licitação (Plic) com os gastos totais para realização desse certame (Clic) não pode ultrapassar, em tese, o valor que seria gasto com a contratação direta do mesmo objeto ao preço de mercado (Pm), considerando que os gastos para realizar essa contratação seriam computados em ambos os lados da inequação, portanto, devem ser excluídos da análise<sup>6</sup>.

Relativamente aos gastos com Clic, devem ser registrados dois pontos relevantes. Primeiro, se houver dois ou mais objetos para serem contratados na mesma licitação, esses gastos deverão ser rateados entre eles com base nos preços obtidos nesse certame. Segundo, para contratos de execução continuada, poder-se-ia inferir que o ideal seria considerá-los diluídos no período máximo possível de vigência contratual, nos mesmos moldes realizados para a escolha da modalidade de licitação a ser utilizada. Contudo, não há garantia de que esse contrato seja prorrogado pelo prazo total permitido. Além do mais, os preços oferecidos pelos licitantes a serem julgados se referem ao prazo e aos quantitativos relacionados ao contrato a ser firmado, na sua vigência original, sem possíveis aditivos. Portanto, o melhor é considerar esses custos, assim como ocorre com o Plic e o Pm, pelo período originalmente previsto na minuta de contrato disposta no instrumento convocatório.

---

<sup>6</sup> Entre esses custos, há uma pesquisa ampla no mercado para especificá-lo adequadamente, ou seja, para definir o objeto a ser contratado de forma clara, sucinta, suficiente e precisa, consoante se extrai do inc. I do art. 40 da Lei nº 8.666, de 1993, a elaboração da minuta do contrato e a cotação de preços por telefone (fax) ou *e-mail*. Embora sejam cancelados, esses gastos também deverão ser realizados com parcimônia, em atendimento ao princípio da eficiência e à economicidade (um dos aspectos da fiscalização financeira e orçamentária).

Para fins de processo licitatório<sup>7</sup>, entende-se por Pm o preço médio ou mediano do bem, do serviço ou da obra a ser contratada, obtido com base em pesquisa que contenha, pelo menos, três cotações válidas na mesma praça onde ocorrerá o certame. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União (TCU) vem dispondo em várias de suas decisões, tais como o Acórdão nº 3.068/2010-Plenário<sup>8</sup> e o Acórdão nº 3.026/2010.<sup>9</sup> Por outro lado, quando não for possível obter o número de três propostas, deve-se esclarecer adequadamente esse fato nos autos do respectivo processo licitatório.

Para as licitações do tipo melhor técnica, o Pm deve corresponder ao menor preço entre os preços de mercado relacionados aos padrões de qualidade possíveis para o objeto da licitação. Para as licitações do tipo técnica e preço, o Pm deverá ser o preço relacionado ao objeto da melhor proposta, portanto, o órgão ou entidade responsável pelo certame deve possuir os preços de mercado de todas as técnicas esperadas. Nesse último caso, a não observância da inequação supramencionada pode também significar que os fatores de ponderação não foram adequadamente definidos de forma que se possibilitasse a escolha de uma proposta com o preço acima do preço de mercado.

É certo que, para análise do Pm, as mesmas condições relacionadas ao objeto da licitação devem ser consideradas. Por exemplo, se a compra do objeto da licitação for parcelada, a pesquisa do preço do mercado deve levar essa forma de pagamento em conta; se for uma compra conjunta de dois ou mais órgãos por meio do sistema de registro de preços, de forma que implique ganho de escala, o quantitativo global deve ser a base para a pesquisa do preço de mercado.

Contudo, nem sempre é possível obter propostas válidas (detalhadas e confiáveis) dos pretensos licitantes para essas pesquisas de preços. Tal fato se dá porque há um custo razoável para preparar uma proposta comercial de boa qualidade, e os pretensos licitantes consultados não veem vantagens em fornecer esses dados. Pelo contrário, informações corretas sobre seus verdadeiros preços podem prejudicá-los durante a licitação vindoura. Portanto, existe uma dificuldade natural para se conseguir uma boa pesquisa de preços.

7 A Microeconomia tem conceito mais amplo, mas de difícil mensuração no caso concreto: o preço de mercado de um bem representa o preço que se forma num mercado, por meio da compatibilização dos interesses contrários de consumidores e fornecedores, que ocorre quando a quantidade desejada por aqueles se iguala à quantidade ofertada por estes (preço de equilíbrio).

8 TCU, Acórdão no 3.068/2010-Plenário, TC-024.376/2008-6, Min. Rel. Benjamin Zymler, DOU de 17.11.2010.

9 TCU, Acórdão nº 3.026/2010-Plenário, TC-006.150/2004-8, Min. Rel. Raimundo Carreiro, DOU de 10.11.2010.

Assim, para evitar o problema supramencionado em licitações de obras e serviços, deve-se subsidiar a estimativa de preços com planilhas de custos elaboradas pelo órgão ou pela entidade da Administração Pública responsável pelo processo licitatório, a constar de instrumento convocatório, nos termos do inc. II do § 2º do art. 7º e do inc. II do § 2º do art. 40, ambos da Lei nº 8.666, de 1993, cujos dados (insumos, encargos trabalhistas, depreciação de máquinas) devem vir de fontes diversas que não os fornecedores dos serviços ou empreiteiros de obras.

Para averiguação da confiabilidade dos preços pesquisados para aquisição de bens e serviço comuns, deve-se confrontá-los com preços existentes em sistema de registro de preços, cuja data de registro seja próxima à da licitação a ser realizada e em situações equivalentes (quantidade e qualidade do objeto, praça), considerando que os primeiros valores devem ser, logicamente, um pouco maiores. Essa confrontação deve ser feita tanto durante a estimativa orçamentária quanto na fase de julgamento das propostas. Caso haja alguma diferença substancial entre o valor da pesquisa de mercado e os valores pesquisados no sistema de registro de preços nessa fase externa, deve-se ajustar o valor do preço de mercado.

Aliás, com base nas suas amplas bases de dados e num instrumental estatístico, os sistemas de registro de preços, tais como o *comprasnet*, poderiam estabelecer estimativas de Pm para as compras e a contratação de serviços comuns, que poderiam, até mesmo, ser usadas para efeitos orçamentários. Também nesse diapasão, para obras e serviços de engenharia, as leis de diretrizes orçamentárias<sup>10</sup> preveem, como parâmetro de avaliação de custos unitários, valores menores ou iguais à mediana de objetos semelhantes constante de registros oficiais, particularmente o Sistema Nacional de Pesquisa de Custos, os Índices da Construção Civil (*Sinapi*) e o Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (*Sicro*).

Além disso, é importante ressaltar que os preços obtidos em processos licitatórios (*Plic*) podem ser menores que a média dos preços em transações entre particulares, para situações equivalentes (em quantidade e qualidade do objeto e duração do contrato de aquisição). Existem seis justificativas:

---

10 Nesse sentido, pode-se ver no art. 127, da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) n.o 12.309, de 9 de agosto de 2010; no art. 125 da LDO n.o 12.465, de 12.8.2011; no art.102 da LDO n.o 12.708, de 17.8.2012.

- a) nos processos licitatórios públicos, há, em regra, menos riscos para os licitantes do que os encontrados nos processos de contratação entre particulares. Portanto, a margem de lucro daqueles processos pode ser menor. Entre as razões para redução dos riscos, encontram-se as seguintes:
- I. há menos assimetria de informações<sup>11</sup> em desfavor dos participantes dos certames licitatórios do que as encontradas na maioria dos processos de contratação entre particulares, pois, nos editais licitatórios, são evidenciados, entre outros dados, os objetos a serem contratados, de forma detalhada e clara, os prazos e as condições de pagamentos;
  - II. em tese, a Administração Pública é um cliente idôneo, pois paga suas obrigações, nem que seja por meio de precatório. Além disso, a Administração Pública direta e indireta não se submete ao regime falimentar;<sup>12</sup>
  - III. o equilíbrio econômico-financeiro da proposta é garantido pela CF (art. 37, XXI) e pela Lei n.º 8.666, de 1993 (art. 65, II, “d”), para hipóteses de fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de efeitos incalculáveis;
- b) os particulares podem se submeter a margem de lucro menores do que as normalmente praticadas no mercado, particularmente em duas situações: quando a Administração Pública servir de vitrine para divulgação de produtos e serviços; e quando os particulares necessitarem de certidões de qualificação técnica para participar de futuros certames;
- c) a competitividade inerente aos processos licitatórios, principalmente nos pregões, faz com que a margem de lucro praticada neles seja menor que a praticada normalmente no mercado;
- d) se o preço da licitação (Plic) se encontrar acima do preço de mercado (Pm), pode ser reduzido, nos seguintes modos:
- I. para modalidade pregão, o leiloeiro pode negociar diretamente o preço final para que seja obtido menor preço, nos termos do inc. XVII do art. 4º da Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002;
  - II. para as outras modalidades, nos termos do § 3º do art. 48 da Lei n.º 8.666, de 1993, é possível solicitar novas propostas aos licitantes, quando todas as

11 Segundo Pindyck e Rubinfeld (2006, p. 530), informação assimétrica é uma “situação na qual o comprador e o vendedor possuem informações diferentes sobre uma transação”.

12 Segundo o art. 2º da Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, não se submetem à lei de falências, entre outras instituições: empresa pública, sociedade de economia mista, instituição financeira pública e instituição pública legalmente equiparada a instituição financeira. Contudo, relativamente às entidades públicas que sejam instituições financeiras ou equiparadas, aplica-se a norma específica, que trata também de falência – Lei n.º 6.024, de 3 de março de 1974, art. 21, “b”.

apresentadas forem desclassificadas, até mesmo por preços excessivos. Essas propostas devem ser apresentadas no prazo de oito dias úteis, salvo para modalidade convite, cujo prazo para apresentação pode ser reduzido para três dias úteis;

- e) o órgão ou a entidade da Administração Pública responsável pelo processo licitatório poderá fixar um Pmax no instrumento convocatório, conforme se verá posteriormente, que deve ser inferior ao Pm, de forma que se garanta o cumprimento da inequação [1];
- f) para as licitações que utilizam a modalidade pregão na forma eletrônica, que é empregada na maioria das compras de bens e contratações de serviços, pois os objetos delas constantes podem ser classificados como comuns<sup>13</sup>, a ocorrência de conluio para ajuste de preços entre os licitantes se tornou muito difícil.

Contudo, na prática das licitações públicas, infelizmente, são passíveis de serem observados preços muito maiores do que os obtidos em transações semelhantes entre particulares. Isso pode ocorrer porque o órgão responsável pelo processo licitatório pode ser mal pagador, porque faltam informações necessárias para realizar o contrato (processo licitatório realizado com desleixo), ou porque houve corrupção ou conluio entre os licitantes.

Quanto à equação [2], deve-se registrar que a importância da identificação de preços inexequíveis em processos licitatórios é bastante ventilada pela doutrina administrativa<sup>14</sup> devido a suas consequências negativas para a Administração Pública<sup>15</sup>. Entre as aventadas, encontram-se a realização de serviços com qualidade inferior à disposta nos editais e o descumprimento de cláusulas secundárias do contrato, tais como deixar de recolher os encargos tributários e sociais relacionados.

---

13 Nos termos do § 1º do art.1º da Lei nº 10.520, de 2002, bens e serviços comuns são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade do bem ou serviço possam ser objetivamente definidos por edital, por meio de especificações usuais no mercado. Assim, os pregões se aplicam à maioria dos bens e serviços, particularmente àqueles que utilizam as licitações do tipo menor preço. Além disso, a legislação infralegal pode estabelecer supremacia dos pregões na forma eletrônica sobre os presenciais, como ocorre com a federal.

14 Segundo esclarece Niebuhr (2006, p. 212), nos processos licitatórios, “[...] é imprescindível avaliar se as propostas lançadas pelos licitantes possuem condições concretas de serem executadas (que são exequíveis). Não basta selecionar a proposta com o menor preço ou com melhor qualidade: é imperioso verificar-se se ela pode ser mantida, ou seja, se o licitante tem meios para adimplir a obrigação a ser assumida”.

15 Nessa esteira, Justen Filho (2012, p. 756) esclarece: “O licitante vencedor procurará alternativas para obter resultado econômico satisfatório. Isso envolverá a redução da qualidade da prestação, a ausência de pagamento dos tributos e encargos devidos, a formulação de pleitos perante a Administração e assim por diante.”

Assim, devido ao fato de o pregão obter notoriamente preços mais baixos que as demais modalidades de licitação, a identificação da inexecutabilidade nesse processo ganha relevância. Por exemplo, Nascimento, Salvador e Telles (2013)<sup>16</sup> observaram que os contratos resultantes da modalidade pregão, relativamente a uma amostra significativa de contratos continuados da Administração Pública Federal no Espírito Santo, duram menos, devido à qualidade dos objetos contratados ser inferior à constante dos editais. Consequentemente, há uma provável causa subjacente do fim prematuro dos supramencionados contratos, especialmente para serviços, qual seja, obtenção de preços inexequíveis nos certames. Tal fato se dá porque a regra é que os produtos mais baratos tenham qualidade inferior. Assim, os titulares desses contratos tentaram reequilibrar unilateralmente as equações econômico-financeira dos contratos com diminuição da qualidade dos objetos a serem fornecidos.

Existe uma regra objetiva para determinar se um preço é ou não inexequível para obras e serviços de engenharia, disposta nos §§ 1º e 2º do art. 48 da Lei nº 8.666, de 1993, cujos parâmetros de avaliação são as propostas contidas no próprio certame. Embora seja um critério objetivo, sua aplicação deve admitir prova em contrário do licitante que se sentir prejudicado, em consonância com os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Portanto, ela é uma presunção relativa de inexecutabilidade. Essa regra é aplicável exclusivamente às licitações do tipo menor preço. Consequentemente, não se aplica a uma boa parte dos objetos supramencionados, que exigem os tipos melhor técnica e técnica e preço. Contudo, é possível estender a sua utilização aos demais objetos de licitações públicas (aquisição de bens e contratação de serviços que não sejam de engenharia), desde que o tipo de licitação seja o menor preço, consoante vem entendendo o TCU.<sup>17</sup>

A equação [3] se baseia na definição do Pmax no instrumento convocatório, consoante estabelece o inc. X do art. 40 da Lei nº 8.666, de 1993. Embora ela não seja obrigatória por lei, torna-se fundamental, pois essa definição pode funcionar como coeficiente de segurança para cobrir maior gravame dos custos que ocorrem na licitação, de forma que o somatório desses custos com o Plic não

16 Segundo esses autores, “[...] a qualidade dos serviços foi um fator preponderante na não renovação dos contratos de pregões utilizados como base da análise desta pesquisa, afetando a eficácia destes contratos [...]”.

17 TCU, Acórdão no 697/2006-Plenário, TC 012.727/2006-4, Min. Rel. Ubiratan Aguiar, DOU de 15.5.2006.

ultrapasse o Pm, garantindo a obtenção de uma proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Contudo, para essa fixação, devem ser levados em conta outros fatores, tais como as características do mercado do objeto da licitação, a modalidade de licitação utilizada e o uso ou não de sistema de registro de preços, com vistas a evitar que a licitação seja frustrada pela fixação de um Pmax bem abaixo do Pm.

Seguindo a doutrina de Justen Filho (2012, p. 639), existe mais uma razão para fixar o Pmax no instrumento convocatório: é o único meio eficaz de evitar o risco de se contratarem particulares sem cobertura orçamentária. Também nesse diapasão, o TCU vem entendendo, consoante se pode ver, por exemplo, na Decisão nº 60/1999<sup>18</sup>, que esse parâmetro deve estar expresso nos editais, todas as vezes em que for possível exigi-lo.

### 3.2 Consequências do descumprimento das inequações [1] a [3]

As inequações estabelecidas nos subitens 3.1 descrevem situações em que a Administração Pública, ao trabalhar com eficiência, obtém propostas vantajosas. Entretanto, conforme já mencionado, é possível que elas não sejam observadas. Resta saber, também pautado pela eficiência e pela economicidade, quais as atitudes a serem tomadas e quais os parâmetros a serem observados.

Primeiramente, o que ocorre quando nenhum dos preços propostos pelos licitantes observa a inequação [2], ou seja, quando todos os preços forem inexequíveis? Consoante o disposto no § 3º do art. 48 da Lei nº 8.666, de 1993, as propostas serão desclassificadas, observando a necessidade de realizar a motivação adequada, e deverão ser solicitadas novas propostas aos participantes do certame. Assim, considerando que as justificativas sobre a inexequibilidade das propostas foram dadas pela Administração Pública aos licitantes, seria esdrúxula, para não dizer impossível, a não obtenção de propostas exequíveis, que observem a inequação [1]. Contudo, caso isso aconteça, não restará outra opção que não desclassificar todos os proponentes e realizar novo certame.

Segundo, o que ocorrerá se o Plic ultrapassar o valor do Pmax, descumprindo a inequação [3]? Ele, com os demais preços ofertados, será desclassificado,

---

<sup>18</sup> TCU, Decisão nº 60/1999, Primeira Câmara, Min. Rel. Humberto G. Souto. Proc. TC nº 926.037. 1998-6, DOU de 5.4.1999.

tornando a licitação frustrada? De plano, deve-se esclarecer que a resposta adequada depende da modalidade de licitação.

Para a modalidade pregão, o pregoeiro deve negociar o preço com o melhor classificado, visando a observar o limite supramencionado (inc. XVII do art. 4º da Lei nº 10.520, de 2002). Se o primeiro colocado não quiser baixar o preço, ele será desclassificado, e o pregoeiro deverá chamar os demais licitantes, sucessivamente, na ordem de classificação, com vistas a buscar uma proposta que observe o limite em tela. Caso todos os licitantes não aceitem e, conseqüentemente, sejam desclassificados, deve-se realizar nova licitação, pois não será possível solicitar novas propostas<sup>19</sup>, nos termos do § 3º do art. 48 da Lei nº 8.666, de 1993.

Para as demais modalidades, todas as propostas serão desclassificadas por preço excessivo, e novas propostas serão solicitadas a todos os licitantes, nos termos do § 3º do art. 48 da Lei nº 8.666, de 1993, pois, caso contrário, a licitação se tornará frustrada. Se, novamente, embora seja extremamente improvável, todos os preços ofertados forem desclassificados por serem superiores ao Pmax, pode-se realizar contratação direta por dispensa de licitação, nos termos do inc. VII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, desde que sejam observadas outras duas condições: a) um ou mais particulares devem estar dispostos a contratar pelo preço adequado, que deve ser inferior ao Pmax; b) o parâmetro de análise do valor máximo a ser aceito será oriundo de um registro de preço, quer esse registro seja próprio, quer seja de entidade congênere.

Terceiro, quais seriam as conseqüências da não observância da inequação [1], ou seja, de o somatório do Plic com Clic ultrapassar o valor do Pm? Do mesmo modo da análise do descumprimento da inequação [3], a resposta depende da modalidade de licitação.

Se a modalidade for o pregão, do mesmo modo das situações em que o Plic supera o Pmax, o pregoeiro deve negociar o preço com vistas a ajustá-lo, nos moldes do inc. XVII do art. 4º da Lei nº 10.520, de 2002. Não sendo possível baixar o preço, o objeto deve ser adjudicado ao melhor proponente, desde que o seu preço não seja excessivo, cujo tratamento será demonstrado na sequência.

Para as demais modalidades, a inobservância da inequação [1] deve ser averiguada atenciosamente, pois ela só pode significar: preço alto, processo

<sup>19</sup> Segue-se a mesma linha de Justen Filho (2013, p. 384), que dispõe sobre a impossibilidade de aplicar a solução do § 3º do art. 48 da Lei nº 8.666, de 1993, quando as propostas forem desclassificadas no pregão.

licitatório dispendioso, pesquisa de preço mal feita ou combinação de dois ou mais dos problemas em tela. Assim, em que pese sejam observados e registrados os problemas supramencionados, a única atitude possível, conforme o disposto no inc. II do art. 48 da Lei nº 8.666, de 1993, é desclassificar os preços excessivos. Por outro lado, não sendo possível desclassificar por esse motivo, embora não seja observada a inequação [1], deve-se contratar a melhor proposta válida.

Nota-se que não existe definição legal do que seja preço excessivo. Portanto, há norma aberta a ser preenchida pela doutrina e pelas posições dos tribunais de contas e do Judiciário. Por exemplo, segundo dispõe o TCU, para ser preço excessivo, ele deve ser manifestamente incompatível com os preços praticados no mercado, ou seja, muito acima desse preço<sup>20</sup>. Nesse sentido, Pereira Júnior (2009, p. 305) esclarece que, para ser preço excessivo, “[...] a margem de superação seja tal que não possa ser considerada como oscilação em torno da média aceitável, por razões conjunturais ou sazonais [...]”, ou seja, existe uma margem de lucro muito superior à encontrada no mercado. Complementa Justen Filho (2012, p. 354), ao dispor que “[...] a lei não quis estabelecer uma regra-padrão, aplicável a todos os casos. É que cada mercado e cada produto tem suas características”. Portanto, conclui-se que uma margem de lucro excessiva deve ser observada dentro do mercado em que um produto analisado está inserido, tendo em vista que:

- a) existem mercados que trabalham com margem de lucro alta, pois vendem pouco, tais como uma mercearia; outros ganham no giro (margem de lucro pequena), pois vendem em grande quantidade, tais como os supermercados;
- b) existem mercados mais competitivos, por conseguinte, com margens de lucro menores; outros são menos competitivos, com margens de lucro maiores.

Por outro lado, as consequências legais da desclassificação são as seguintes: o órgão ou a entidade responsável pelo processo licitatório pode solicitar novas propostas aos licitantes, nos termos do § 3º do art. 48 da Lei nº 8.666, de 1993, ou realizar novo certame; e, caso sejam solicitadas as propostas supramencionadas, nova desclassificação por preço excessivo pode resultar em nova licitação ou na contratação direta por dispensa, nos termos do inc. VII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, desde que haja um ou mais particulares dispostos a contratar pelo preço

---

20 TCU, Acórdão nº 1.726 – Plenário, TC- 006.747/2002-9, Min. Rel. Ubiratan Aguiar. DOU de 7.1.2003.

adequado, que deve ser inferior aos preços ofertados no processo licitatório, e o parâmetro de análise do valor máximo a ser aceito será oriundo de um registro de preço, quer esse registro seja próprio, quer seja de entidade congênere.

### 3.3 Inequações úteis aos processos licitatórios e ao sistema de custos propostos

Além das inequações supramencionadas, existem duas outras que são úteis ao controle do processo licitatório e ao próprio sistema de custeio por atividades a ser implementado, conforme será visto agora.

A inequação [4], apresentada a seguir, deve ser aplicada exclusivamente quando, após a desclassificação de todos os proponentes por preço excessivo, o órgão ou a entidade responsável pelo processo licitatório for avaliar a possibilidade de solicitar novas propostas (§ 3º do art. 48 da Lei nº 8.666, de 1993):

$$P_{lic} - P_{pp} \geq \Delta CLic \quad [4]$$

onde:

$P_{lic}$  = melhor preço obtido na fase de julgamento do processo licitatório;

$P_{pp}$  = preço projetado para novas propostas;

$\Delta CLic$  = custo para analisar as novas propostas.

Tanto o valor de  $P_{pp}$  quanto de  $\Delta CLic$  devem ser estimados. O primeiro deve ser calculado com base nos preços constantes de registros de preços, tais como o comprasnet, ou os preços oriundos de certames licitatórios. Nota-se que essa estimativa se torna mais adequada se forem utilizados os preços cotados em outros certames pelos próprios licitantes que serão responsáveis por novas propostas, mesmo que eles não tenham vencido esses processos. Além disso, quanto mais próxima for da quantidade, da qualidade e do prazo do certame, melhor será a estimativa. Por outro lado, se não for possível utilizar algum dado de um registro de preço, poder-se-á aplicar percentual redutor sobre o valor oriundo da pesquisa de preços de mercado anteriormente realizada. Por fim, o  $\Delta CLic$  deve ser estimado com o histórico anteriormente registrado pelo sistema de custeio da própria licitação.

A observância da inequação [4] fortalece as decisões relacionadas à solicitação de novas propostas, pois, provavelmente, será alcançada posição mais vantajosa para o órgão ou a entidade responsável pelo processo licitatório, pois os gastos irão se reduzir. Por outro lado, se a inequação em tela não for observada, duas constatações importantes devem ser feitas: não valeria a pena solicitar novas propostas, e existiria considerável possibilidade de o processo de análise das propostas ser ineficiente (fases de habilitação e julgamento), particularmente, haver excesso da mão de obra utilizada ou lentidão na realização dos trabalhos de avaliação.

Já a inequação [5], expressa a seguir, é um instrumento útil para, após o recebimento das derradeiras propostas dos licitantes, auxiliar a decisão conclusiva sobre o processo licitatório, a ser tomada pelo órgão ou entidade da Administração Pública responsável por ele.

$$\text{Clic} + \text{Plic} \leq \text{Pm} + \text{Pnl} + \text{Pna} \quad [5]$$

onde:

Clic = custos associados ao processo licitatório, tanto os diretos quanto os indiretos;

Plic = melhor preço obtido na fase de julgamento de um processo licitatório;

Pm = preço do mercado do bem objeto do certame licitatório;

Pnl = previsão do prejuízo oriundo da realização de nova licitação;

Pna = previsão de outros prejuízos oriundos da ausência do objeto desejado pela Administração Pública devido à licitação frustrada, a ocorrer durante o período entre as duas licitações.

Deve-se esclarecer que o valor de Clic é, provavelmente, bem próximo ao valor Pnl, tendo vista que, se alguns custos não foram computados no primeiro, também não seriam no segundo<sup>21</sup>; e o prejuízo oriundo da não realização do processo licitatório é, em regra, muito baixo. Portanto, a inequação [5] poderia ser simplificada, em várias situações, para  $\text{Plic} \leq \text{Pm}$ .

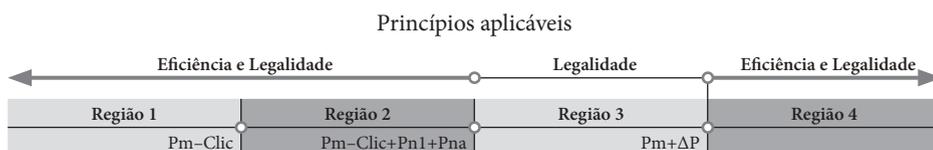
A interpretação da inequação [5] é clara. Ela estabelece situações em que valeria a pena manter o processo licitatório vigente, tendo em vista que o somatório

<sup>21</sup> Entre esses custos, encontra-se uma pesquisa ampla no mercado para especificá-lo adequadamente, ou seja, para definir o objeto a ser contratado e a elaboração da minuta do contrato.

de Plic com Clic, embora seja superior ao Pm, descumprindo a inequação [1], não ultrapassaria o valor do somatório desse preço com prejuízos oriundos da licitação frustrada, ou seja, o valor excedente dos gastos do órgão ou da entidade da Administração Pública licitante que violaria a inequação [1] seria inferior aos prejuízos oriundos da licitação frustrada. Por outro lado, o descumprimento da inequação [5] não significa, necessariamente, que deverá ser obrigatório realizar novo certame, pois nem sempre se pode garantir que novo Plic compense os prejuízos de uma licitação anteriormente frustrada, e a lei só obriga a desclassificar todos os licitantes, quando os seus preços apresentados forem excessivos.

Em síntese, considerando as propostas finais de um processo licitatório, em consonância com as equações [1] e [5], pode ser observado o gráfico a seguir:

Gráfico 1: Regiões de localização do Plic que definem atitudes a serem tomadas



Na região 1, o Plic corresponde a uma proposta vantajosa, pois a inequação [1] é observada. Na região 2, o Plic da licitação original deve ser aceito, porque o valor do somatório de Plic com Clic que ultrapassa o valor de Pm é inferior aos prejuízos oriundos da licitação frustrada. Na região 3, o órgão ou a entidade da Administração Pública deve manter a licitação original, consoante dispõe a lei de licitações, dado que o preço não é excessivo (é inferior ao preço de mercado com um excesso, ou seja, inferior a  $Pm + \Delta P$ ). Na região 4, o preço seria excessivo. Assim, para a modalidade pregão, deve-se realizar nova licitação; para as demais modalidades licitatórias, deve-se realizar contratação direta por dispensa de valor ou novo certame, nos termos do inc. VII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, desde que sejam observados os três requisitos necessários nele expressos, consoante já explanado, ou, caso contrário, realizado novo processo licitatório.

Nota-se que, nas regiões 1, 2 e 4, a atuação administrativa se encontra em conformidade com os princípios da legalidade e da eficiência, e com o aspecto da fiscalização financeira e orçamentária da economicidade. Na região 3, a atuação administrativa se encontra em consonância com o primeiro princípio, em que

pese existir possibilidade razoável de ser contrariado o princípio da eficiência, ou seja, de haver confronto entre os dois princípios, e de o primeiro prevalecer. Essa prevalência se dá, consoante as lições de Alexy (*apud*. BENAVIDES: 2007, p. 280), porque, no confronto entre dois grupos de princípios, prevalece aquele que tiver maior valor para o caso concreto, afastando o outro grupo.

#### **4 Controle dos custos relacionados ao processo licitatório para definição dos limites para aplicação da dispensa por pequeno valor**

A justificativa mais adequada para existência desse tipo de dispensa (inc. I e II do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993) é que as vantagens econômicas obtidas com um processo licitatório para aquisição de bens ou para contratação de obras e serviços (redução de preços pela realização da licitação) normalmente não compensariam as desvantagens dele advindas (o custo para sua realização)<sup>22</sup>. Nesse sentido, Justen Filho (2012, p. 335) dispõe que:

[...] pequena vantagem econômica da contratação não justifica gastos com uma licitação comum. A distinção legislativa entre concorrência, tomada de preços e convite se filia não só à dimensão econômica do contrato. A lei determinou que as formalidades prévias deverão ser proporcionais às peculiaridades do interesse e de necessidade pública. Por isso, tanto mais simples serão as formalidades e mais rápido o procedimento licitatório quanto menor for o valor a ser despendido pela Administração Pública.

A contratação direta por dispensa por valor é ato discricionário, portanto necessita de adequada motivação. Nesse sentido, no âmbito federal, o inc. IV do art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, deixa clara essa necessidade.

---

<sup>22</sup> Consequentemente, não existe justificativa plausível para a existência do § 1º do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, que aumenta os limites da dispensa por valor de 10% para 20% sobre o valor máximo para o convite, aplicáveis a compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedades de economia mista, empresas públicas e autarquias ou fundações qualificadas como agências executivas, pois os custos para realização de todo processo licitatório (Clic) devem variar, por exemplo, com a complexidade do objeto a ser adquirido, com a modalidade licitatória empregada e com o total de licitantes, mas não com a qualificação do contratante. Pelo contrário, agências executivas, empresas públicas e sociedades de economia mista devem atuar de forma mais eficiente que os demais órgãos e entidades da Administração Pública, portanto, deveriam gastar menos para realizar seus processos licitatórios.

Conseqüentemente, além da observância dos limites pré-definidos em lei, essa dispensa só é possível, em consonância com os princípios de eficiência e economicidade, se houver previsão de que a inequação [1] será descumprida, ou seja, quando o somatório do preço previsto na licitação com os custos estimados para realização do processo licitatório for superior ao preço de mercado.

Relativamente aos limites supramencionados, deve-se esclarecer que eles foram fixados há mais de quinze anos, portanto, estão defasados. Assim, provavelmente, existem situações cujos valores prováveis de contratação se encontram um pouco acima desses limites, mas que também não deveriam ser objetos de processo licitatório. Portanto, a revisão desses limites se torna premente<sup>23</sup>.

É também importante registrar que, em várias unidades da Federação, para essas contratações diretas, pode ser aplicado um procedimento licitatório<sup>24</sup> denominado cotação eletrônica, que, embora não seja modalidade licitatória, possui níveis de competitividade, publicidade e impessoalidade mais expressivos que uma simples cotação de preços no mercado, embora seus custos não sejam muito superiores. Portanto, com a cotação eletrônica, as vantagens da utilização da dispensa por valor se tornam, em tese, ainda mais claras.

## 5 Observações finais

O controle adequado dos custos para realização de processos licitatórios para aquisição de bens e para contratações de obras e serviços é instrumento útil para obtenção de contratos vantajosos para a Administração Pública. Além disso, observa-se que:

- a) a União, os estados e os municípios deveriam elaborar sistemas de custeio por atividades (ABC) que fossem suficientemente eficientes para estimar os gastos com as licitações em andamento e as vindouras e, por consequência, aplicar o controle dos custos supramencionados de forma mais efetiva;

23 Do mesmo modo, deveriam ser alterados os limites relacionados às modalidades de licitação, dispostos no art. 23 da Lei nº 8.666, de 1993.

24 Nesse sentido, esclarece a seguinte decisão do TCU (Acórdão nº 100/2003, do TCU, Plenário, Min. Rel. Marcos Bemquerer, DOU de 24.2.2003): "O processo administrativo pelo qual a Administração Pública – sem escolher uma das modalidades de licitação previstas no art. 22 da Lei nº 8.666, de 1993 – realiza pesquisa de preços no mercado é também um procedimento licitatório, pois objetiva a contratação da empresa que oferecer a melhor proposta."

b) entre as consequências oriundas da utilização das inequações e do sistema de custeio propostos, encontram-se as seguintes:

- I. haveria definição de novos limites para dispensa por pequeno valor (inc. I e II do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993) e revisão desses limites em períodos mais curtos;
- II. provavelmente, para se adequar ao sistema de custeio proposto, muitos órgãos e entidades da Administração Pública reduziriam o número de servidores envolvidos no setor de licitação;
- III. aumentaria o estímulo para utilização de métodos mais econômicos e eficientes para realizar as contratações públicas, tais como registro de preços para dois ou mais órgãos e entidades da Administração Pública e cotação eletrônica, pois haveria meios de medir os efeitos;
- IV. haveria mais incentivo para realizar outras alterações na Lei nº 8.666, de 1993, que tornariam o processo licitatório mais barato, tais como a alteração da ordem das fases de habilitação e julgamento das propostas.

É relevante deixar claro que o mesmo sistema de custeio pode ser aplicado a alienações de bens, de forma que se garanta a obtenção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública.

## Referências

ALONSO, Marcos. Custo no Serviço Público. **Revista do Serviço Público**. Fundação Escola Nacional de Administração Pública. Ano 50, n. 1 (Jan-mar/1999). Brasília: ENAP, p. 37 a 63.

BENAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Malehiros, 2007.

CADORE, Douglas E. e NIEMIES, Janaína. **Implantação de um Sistema de Custeio na Administração Pública**. *Synergismus Scientifica* UTPR, Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Pato Branco 3(1), 2008. Disponível em <<http://revistas.utfpr.edu.br/pb/index.php/SysScy/article/view/391/185>>. Acesso em: 22.10.2013.

DI PIETRO, Maria S. Z. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; e GELBCKE, Ernesto R. **Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

\_\_\_\_\_. **Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)**. 6ª ed. São Paulo: Dialética, 2013.

NASCIMENTO, Antônio Paula; SALVADOR, Nadir; e TELLES, Tânia Eliete de Oliveira. **Um Estudo Empírico sobre a Eficácia dos Contratos de Serviços Continuados, Licitados por meio de Pregão (Leilão Reverso)**. Disponível em: <[http://www.aedb.br/seget/artigos07/1349\\_ARTIGO\\_PREGAO\\_SERVICOS\\_CONTINUADOS.pdf](http://www.aedb.br/seget/artigos07/1349_ARTIGO_PREGAO_SERVICOS_CONTINUADOS.pdf)>. Acesso em: 5.6.2013.

NAKAGAWA, Masayuki. **ABC. Custeio Baseado em Atividades**. São Paulo: Atlas, 1995.

NIEBUHR, Joel de Menezes. 4ª ed. **Pregão Presencial e Eletrônico**. Curitiba: Zênite, 2006.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PETTER, Josué L. **Direito Financeiro**. Doutrina, jurisprudência e questões de concurso. 2ª edição. São Paulo: Verbo Jurídico, 2007.

PINDYCK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. Tradução de Eleutério Prado. 6ª ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

SILVEIRA, Henrique F. R. **Teoria e Prática sobre ABC no Setor Público**. III Congresso Consad de Gestão Pública. De 15 a 17 de março de 2010. Disponível em: <[http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material\\_%20CONSAD/paineis\\_III\\_congresso\\_consad/painel\\_10/teoria\\_e\\_pratica\\_sobre\\_abc\\_no\\_setor\\_publico.pdf](http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Material_%20CONSAD/paineis_III_congresso_consad/painel_10/teoria_e_pratica_sobre_abc_no_setor_publico.pdf)>. Acesso em 15.10.2013.

# O Combate ao Financiamento do Terrorismo no Brasil e a Teoria Econômica: riscos e medidas prudenciais

Mauro Salvo\*

*Introdução. 1 Base teórica: economia do crime. 2 Terrorismo: racionalidade, financiamento e combate. 3 Terrorismo e seu financiamento no Brasil. 4 Análise dos dados: as “armas” de combate ao financiamento do terrorismo no Brasil. 5 Considerações finais.*

## Resumo

O objetivo deste artigo é avaliar a luta contra o terrorismo no Brasil, por meio do combate ao seu financiamento. Para isso, utiliza-se a teoria econômica do crime e a abordagem principal-agente num estudo exploratório, entendendo-se o Combate ao Financiamento do Terrorismo (CFT) como um problema de falha de informação. No texto, são discutidos quais os dados disponíveis e quais deveriam ainda ser produzidos para uma eficiente avaliação dos riscos e detecção das ameaças, a fim de responder quem, onde, quando e qual tipo de atentado poderia ocorrer. Adicionalmente, preocupa-se com a possibilidade de os mercados e os agentes econômicos no país estarem sendo utilizados para viabilizar atos terroristas, mesmo que em outros territórios.

**Palavras-chave:** Financiamento do terrorismo. Riscos. Medidas prudenciais. Economia do crime.

---

\* Doutor em Economia.

## *Combating the Financing of Terrorism in Brazil and Economic Theory: risks and prudential measures*

### *Abstract*

*The objective of this article is to assess the fight against terrorism in Brazil by combating its financing. To that end, the economic theory of crime and the principal-agent problem were applied in an exploratory study. Combating the Financing of Terrorism (CFT) is understood as an information failure issue. The article discusses which data are available and which should be produced in order to efficiently assess the risks, detect threats and determine who, where, when and what type of attack may occur. It also addresses the possibility of markets and economic agents within the country being used to make terrorist acts viable, even when committed in other countries.*

*Keywords: financing of terrorism, risks, prudential measures, economics of crime.*

### **Introdução**

O objetivo deste artigo é avaliar os riscos de organizações criminosas utilizarem os mercados brasileiros para financiamento do terrorismo e principalmente para prática de atos terroristas no Brasil. O trabalho também pretende propor mecanismos de monitoramento do fluxo de recursos estrangeiros que apresentem indícios de financiamento ao terrorismo, sejam eles pessoas, mercadorias ou transações financeiras. A proposta visa a conhecer o *modus operandi* dos grupos terroristas e a tentar antecipar possíveis atentados, frustrando-os.

A motivação para este trabalho deriva da crescente internacionalização da economia brasileira e da cada vez mais frequente realização de grandes eventos de interesse e repercussão globais (esportivos, culturais, empresariais, religiosos e políticos), que podem tornar o Brasil alvo de ações terroristas.

O novo contexto das relações internacionais e de percepção da ameaça terrorista gerou consequências não apenas para os governos nacionais, instados a maior grau de cooperação entre si e a esforços de atualização de suas legislações e estruturas administrativas voltadas para o enfrentamento do terrorismo, mas também para as pessoas e empresas, que passaram a se deparar com novos obstáculos à movimentação de passageiros e produtos entre países (ESTEVES, 2007, p. 93).

Tendo em vista o exposto acima, este texto visa a contribuir com um tema pouco explorado na literatura econômica brasileira. A colaboração consiste em associar elementos da teoria econômica à problemática do terrorismo, mais especificamente à detecção e ao combate ao seu financiamento. Acredita-se que aspectos desenvolvidos pela microeconomia e abordagens do tipo das desenvolvidas pela análise econômica do direito possam ser de grande valia para se tratar do tema proposto.

Buscar-se-á, por meio da utilização da teoria econômica, sugerir formas de monitoramento com o intuito de explicar, detectar, prevenir e antecipar possíveis atos terroristas no Brasil, baseando-se na experiência de outros países e em relatórios elaborados e divulgados por organismos internacionais de inteligência, associando-se à teoria econômica para elaborar um modelo de monitoramento da movimentação de recursos que sinalize eventual ligação a grupos terroristas.

Para tanto, buscar-se-á identificar, com base nas tipologias conhecidas, por meio das informações disponíveis, possíveis riscos da presença da atuação de organizações terroristas que utilizam transações financeiras e comerciais para seu financiamento. Portanto, ressalta-se tratar de um estudo exploratório de caráter teórico.

Na seção seguinte, será apresentada a teoria econômica do crime, por se acreditar que seja adequada para tratar do tema proposto. A seção 2 será dedicada à análise da racionalidade da ação terrorista e aos meios de combatê-la. Na seção 3, será analisado o combate ao financiamento do terrorismo no Brasil. Em seguida, serão examinados alguns dados estatísticos, o que já pode ser feito e as sugestões de melhoria. Por fim, as últimas considerações, reforçando a importância de abordar esse tema tanto no campo acadêmico como na implementação de políticas públicas.

## 1 Base teórica: economia do crime

Considerando-se que os grupos terroristas agem racionalmente, a utilização da teoria econômica em geral mostra-se pertinente para explicar seus atos passados e tentar prever os futuros. De acordo com Anderton e Carter (2006, p. 455), virtualmente todos os fatores do modelo de maximização da utilidade podem ser usados para explorar a alocação dos recursos dos terroristas e ajustar os esforços das autoridades para contê-los. Dessa forma, neste artigo, optou-se pela aplicação da teoria econômica do crime e da abordagem agente-principal à problemática do combate ao financiamento do terrorismo.

As pessoas respondem a incentivos, ou seja, tomam decisões comparando custos e benefícios. Seu comportamento mudaria quando essa relação se alterasse. Esse pensamento pode ser utilizado para qualquer ação humana, até mesmo para ações criminosas, visto tratar-se de atividades humanas. Gary Becker (1968), com o artigo seminal *Crime and Punishment: an economic approach*, impôs um marco à abordagem sobre os determinantes da criminalidade, ao desenvolver um modelo formal, em que o ato criminoso decorreria de uma avaliação racional em torno dos benefícios e dos custos esperados nele envolvidos, comparados aos resultados da alocação do seu tempo no mercado de trabalho legal. Basicamente, a decisão de cometer ou não o crime resultaria de um processo de maximização de utilidade esperada, em que o indivíduo confrontaria, de um lado, os potenciais ganhos resultantes da ação criminosa, o valor da punição e as probabilidades de detenção e aprisionamento associadas; de outro, o custo de oportunidade de cometer crime, traduzido pelo salário alternativo no mercado de trabalho.

Após Gary Becker, os economistas vêm ficando cada vez mais convencidos de que incentivos de ordem econômica podem ser fatores determinantes no envolvimento dos indivíduos com o crime (ao menos no que diz respeito aos delitos contra a propriedade). Burdett (1999), na tradição de pesquisa de Gary Becker, traz à baila o conceito de “custo-benefício do crime”, fazendo-o central em suas formulações. A ideia principal é a de que as ações ilícitas dos criminosos de carreira subentendam uma avaliação individual, da parte deles, da relação custo-benefício em delinquir. Segundo a teoria em exame, o cometimento da ação criminosa, na avaliação do potencial delinquente, dependeria de três fatores: o tamanho da recompensa proporcionada pelo cometimento do crime

(na suposição de que a ação criminosa fosse bem-sucedida); a probabilidade de ser preso e condenado; e o rigor da pena a cumprir (na suposição de que a ação criminosa fosse malograda), ou seja, quanto maior o tamanho da recompensa potencial em delinquir, maiores serão os índices de criminalidade, e, ao contrário, quanto maiores as probabilidades de prisão e de apenamento rigoroso, menores serão os índices de criminalidade.

Na perspectiva da teoria econômica do crime, em sua esmagadora maioria, o criminoso é uma pessoa normal que pondera e decide dentro de uma determinada estrutura de incentivos ou condicionantes. Portanto, o evento crime é visto como uma decisão em que são ponderados os benefícios e os custos e como uma troca intertemporal, entre o benefício imediato e um custo provável no futuro (punição). Os benefícios consistem nos ganhos monetários e psicológicos proporcionados pelo crime. Por sua vez, os custos englobam a probabilidade de o indivíduo que comete o crime ser preso, as perdas de renda futura decorrentes do tempo em que estiver detido, os custos diretos do ato criminoso (tempo de planejamento, instrumentos etc.) e os custos associados à reprovação moral do grupo e da comunidade em que vive. Uma notação possível dessa equação seria: crime =  $b - p \cdot c$ , onde  $b$  é o benefício do crime,  $p$  é a probabilidade de prisão, e  $c$ , os custos medidos pela perda de renda durante o tempo de prisão mais os custos diretos e morais.

Dessa forma, quanto maior for a percepção sobre a probabilidade de o indivíduo ser preso e condenado, mais elevado será o custo do crime. O fundamento é a dissuasão dos crimes por meio do efeito incapacitante e simbólico exercido pela certeza, celeridade e severidade na aplicação das penas. O efeito dissuasão ocorre quando a punição sinaliza para os demais indivíduos que, caso cometam crimes, serão também punidos. A proposição é que maior percepção do risco aumenta a variável  $p$  da equação, elevando o lado dos custos. Em suma, deve-se implementar políticas de redução dos benefícios dos criminosos e aumentos dos seus custos.

A abordagem do modelo agente-principal tem-se mostrado muito produtiva no entendimento dos resultados obtidos por meio de uma interação de relacionamentos entre grupos. Um grupo, o principal, coloca um conjunto de incentivos; o outro, o agente, responde a esses incentivos. Na teoria econômica da criminalidade, o governo faz o papel de principal ao colocar os incentivos para o agente, via  $p$  (probabilidade de ser pego e punido),  $s$  (severidade da pena)

etc., e o agente é o criminoso, que responde praticando crimes, que são uma resposta lógica aos incentivos existentes na sociedade. O governo determina a severidade das penas e a intensidade dos esforços (e) de combater o crime. O nível desse último será fator determinante da probabilidade de identificar e punir criminosos (BRENNER, 2009, p. 50). No modelo agente-principal, o governo busca alcançar dois objetivos: a) manter a criminalidade em nível baixo; e b) minimizar as despesas dos órgãos de combate ao crime. Pode parecer estranho considerar a responsabilidade civil como incentivo, contudo, vale lembrar que, para a teoria da agência, os incentivos podem ser tanto “positivos” quanto “negativos”, ou seja, tanto a expectativa de remuneração quanto a de punição servem para incentivar o comportamento esperado.

Espera-se que, com a introdução de incentivos positivos e punitivos, os indivíduos sejam motivados a permanecer comprometidos com os objetivos institucionais e a não romper com as regras estabelecidas dentro e fora das instituições. Sendo assim, podemos afirmar que é por meio da instituição (NORTH, 1990) que os contratos são regulados, as regras são acordadas e as incertezas são reduzidas, provendo estrutura e ordem ao cotidiano das sociedades, desenhando novas formas de atuação, coibindo comportamentos antiéticos das partes e, por que não, diminuindo os custos de transação econômicos e sociais.

A regulação contratual ou econômica visa a coibir, por exemplo, o não cumprimento de uma obrigação por qualquer das partes, a não entrega do produto ou prestação do serviço (inadimplência), o benefício adquirido sem a devida contrapartida (*free rider*) ou a incorporação de benefícios não constantes no acordo (*rent seeking*) ou, ainda, as distorções causadas pelo descasamento entre a conduta do gestor e do acionista decorrente da assimetria de informação existente entre ambos (*principal-agent problem*). A teoria dos incentivos procura conformar um arcabouço que considere basicamente três problemas gerados pela informação assimétrica: a seleção adversa, o *moral hazard* e a impossibilidade de verificação.

Um problema de *moral hazard* existe quando a ação do agente não é verificável, ou quando o agente recebe uma informação privada depois de a relação ter-se iniciado. Arrow (1985) classificou os problemas de *moral hazard* como do tipo *hidden action* (ação oculta), que são ações que não podem ser completamente

observadas ou inferidas por outros, sendo, portanto, impossível estabelecermos ou condicionarmos contratos completos sobre tais ações.

A regulamentação pode e deve ter também o intuito de aumentar a informação. Nela deve estar prevista a obrigatoriedade de prestar informações periodicamente. Uma vez que o governo tem um incentivo para tentar reduzir o problema de *moral hazard* criado pela informação assimétrica, deve estabelecer leis para forçar as firmas a aderirem a princípios e a manterem controles internos que ajudem a verificação de sua conduta.

O monitoramento é uma das maneiras de o principal reduzir o problema de agência, engajando-se na produção de informação por meio de maior acompanhamento das atividades dos agentes, tal como por meio de auditorias frequentes, para constatar a robustez das informações. O problema com esse método é que o processo de monitoramento pode ser dispendioso em termos de recursos financeiros e tempo, isto é, os custos de verificação são elevados.

Resolver o problema de falha informacional ajudaria a melhorar os resultados, conhecendo melhor (leia-se, mensurando) a atividade criminosa, ou atípica/suspeita, seus custos e benefícios. Ato contínuo seria adequar a regulamentação e o monitoramento, além de elevar o custo de transação dos criminosos e sua percepção da probabilidade de ser punido.

Para produzir informações, necessita-se de amparo normativo, e o aprimoramento da regulação precisa estar baseado em informações estatísticas. O mesmo ocorre com a inteligência que precisa de informações e, para se ter boas informações, precisa-se de inteligência. As seções seguintes visam a contribuir, mesmo que marginalmente, para o melhoramento desse processo.

## 2 Terrorismo: racionalidade, financiamento e combate

Embora haja quase consenso em classificar de terrorista um determinado ato de violência, separando-o de outros tipos de crimes violentos, há uma vasta discussão sobre a definição do termo terrorismo. Tanto o ambiente acadêmico quanto o político e o jurídico enfrentam essa dificuldade, tendo em vista os desdobramentos que pode desencadear. John Horgan (2006, p. 25) alerta para o problema e define o terrorismo de forma ampla:

Em termos gerais, o que concebemos como terrorismo implica o uso ou a ameaça de violência como meio para alcançar algum tipo de efeito dentro de um contexto político. Esta definição é muito geral, porém indica o consenso mais amplo (e aceitável) a que podemos chegar sobre o que é o terrorismo.

Não existe consenso acerca da definição de terrorismo. Em 2000, foi estabelecido um Comitê Especial no âmbito da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) a fim de negociar uma Convenção Global sobre Terrorismo Internacional. Entretanto, ainda não foi estabelecido um critério único para todos os países. Tendo em vista que uma determinada definição de terrorismo adotada pode servir a interesses políticos, algumas vezes, desfavoráveis a outros estados, o estabelecimento de um consenso acerca do tema fica prejudicado (PANIAGO *et al.*, 2007, p. 13).

Apesar de esse processo de conceituação denotar um viés científico à discussão da tipologia desse ilícito, as diferentes definições de terrorismo adotadas pelos países respondem mais às demandas políticas e estratégicas de cada estado que ao consenso acadêmico sobre o assunto (BARCELLOS, 2007, p. 29).

De acordo com Wilkinson (1992, p. 228):

É geralmente aceito que o terrorismo é uma forma especial de violência política. Não é uma filosofia ou um movimento político. O terrorismo é uma arma ou método que tem sido utilizado ao longo da história por Estados e organizações subestatais para toda uma variedade de causas ou propósitos políticos. Esta forma especial de violência política tem quatro características principais: é premeditado e visa criar um clima de medo extremo ou terror, que é dirigido a um público mais amplo do que as vítimas imediatas da violência; inerentemente envolve ataques aleatórios e alvos simbólicos, incluindo civis; os atos de violência cometidos são vistos pela sociedade em que ocorrem como extranormal, no sentido literal de violação das normas sociais, causando um sentimento de indignação; e o terrorismo é usado para tentar influenciar o comportamento político de alguma forma: por exemplo, para forçar os adversários a conceder algumas ou todas as demandas dos perpetradores, para provocar uma reação maior, para servir como um catalisador para um conflito mais geral, ou para divulgar uma causa política.

A conferência sobre *Root Causes of Terrorism*, que ocorreu em Oslo em junho de 2003, abordou as causas do surgimento do terrorismo e o associou às seguintes: falta de democracia, liberdades civis e respeito às leis; estados frágeis ou falidos; modernização rápida; ideologias extremistas do tipo religioso ou secular; antecedentes históricos de violência política, guerras civis, revoluções, ditaduras ou ocupações; hegemonia do poder e repartição desigual deste; governos corruptos ou ilegítimos; fatores externos poderosos que mantêm no poder um governo ilegítimo; repressão por parte das forças de ocupação estrangeira ou potências coloniais; experiências de discriminação baseada em origens étnicas ou religiosas; não integração ao Estado de grupos dissidentes ou classes sociais emergentes; experiências de injustiça social; presença de líderes ideológicos carismáticos (BJÖRGO, 2003).

O atrativo do terrorismo como ferramenta tática é fácil de compreender. Segundo Friedland e Merari (1985), a violência terrorista se baseia em diversas premissas. A primeira consiste em que os atentados aparentemente aleatórios podem chamar a atenção de um público que, de outra forma, seria indiferente ao programa do movimento terrorista. Outra premissa diz que, perante a perspectiva de uma campanha prolongada de atentados, a opinião pública acabará preferindo aceitar as demandas dos terroristas.

Segundo Owada (2009, p.1):

A essência da ordem jurídica internacional é a de defender o Estado de direito na sociedade internacional como sociedade de seres humanos. Se a busca da felicidade e bem-estar dos seres humanos é a razão pela qual a espécie humana veio a formar uma sociedade é intitulado de se proteger contra a violência do terrorismo, que tenta destruir a razão de ser da nossa sociedade. O Estado de direito é a chave para alcançar esse objetivo. No entanto, ao abordar a questão do terrorismo por esse ângulo, é importante ter em mente os dois aspectos em que o Estado de direito é relevante para a questão do terrorismo – ou seja, o primeiro aspecto que o Estado de direito tem de prevalecer a proteger a sociedade de atos de terrorismo ao criminalizar o terrorismo e, segundo o aspecto de que o Estado de direito tem de ser rigorosamente mantido em explorar medidas eficazes para combater o terrorismo.

Wilkinson (1992, p. 247) reitera os princípios de uma resposta eficaz ao terrorismo:

Estes são: não render-se aos terroristas, e uma absoluta determinação para derrotar o terrorismo no ambiente do Estado de direito e do processo democrático; nenhum acordo ou concessões, mesmo diante de intimidação e de chantagem; um intenso esforço para levar os terroristas à justiça, processo e condenação em tribunais de direito; medida firme para punir Estados patrocinadores que dão refúgio, armas, explosivos, dinheiro e apoio moral e diplomático aos terroristas, uma determinação de nunca permitir que a intimidação terrorista bloqueie ou atrapalhe esforços políticos e diplomáticos para resolver os conflitos em regiões dilaceradas.

De acordo com Horgan (2006, p. 160), o terrorismo tende a ser uma atividade organizada na qual intervém certa quantidade de pessoas que desempenham funções distintas, que variam desde as mais relevantes operacionalmente até outras meramente de apoio. Para compreender a atividade terrorista, pode-se teoricamente separá-la em quatro fases distintas de um processo. São elas: decisão e busca; escolha do alvo; preparação ou atividade pré-terrorista; execução do atentado; atividades posteriores ao atentado e análise estratégica.

Manter em funcionamento uma organização terrorista é uma tarefa dispendiosa. A fase que antecede um ataque pode ser bastante complexa. Para resumir os pontos, Horgan (2006, p. 164) afirma que:

- a) exceto para organizações terroristas pequenas, os atentados são atos de violência planejados e calculados;
- b) é necessário algum tipo de dirigentes que tomam decisões e orientam as atividades;
- c) a escolha dos alvos deve considerar o contexto geral das necessidades e os objetivos da organização;
- d) o próprio ato pode ter um propósito que seja abertamente crítico ou criminoso. Muitos alvos individuais ou materiais podem ter um valor direto de caráter político ou simbólico, o que reflete a complexa dinâmica do contexto da organização terrorista;
- e) em termos estratégicos e criminológicos, esta etapa pode caracterizar-se como uma fase de busca para uma situação pré-delituosa que se pode denominar pré-terrorista.

A preparação do atentado terrorista pode ser vista como a fase tática na qual se deve identificar os alvos eleitos e decidir a melhor forma de executar a operação. Nessa fase estão incluídas: a necessidade de identificar alvos, vigiá-los e avaliar riscos; a identificação e a seleção das pessoas mais adequadas; requisitos de treinamento geral e preparação específica, considerando-se as características do alvo; funções de desenho, construção e fabricação dos dispositivos necessários; e teste e preparação dos dispositivos.

Na fase de execução do atentado, encontram-se os seguintes fatores: as demandas logísticas de montar o dispositivo e a mão de obra necessária no cenário do atentado; a manutenção da vigilância e medidas de segurança para a operação; a dinâmica do próprio atentado, que está condicionada à situação do momento; e, se for o caso, o processamento das armas depois do atentado.

A fase final posterior ao atentado consiste em avaliar os fatores da situação que condicionam a fuga das pessoas que operaram o ato, a destruição das provas e a avaliação completa da operação em todas as fases.

Como pode se observar do exposto e em conformidade com as palavras de Hoffman (1998), “nenhum grupo terrorista comete atentados de forma aleatória ou desprovida de sentido... nunca os utilizará simplesmente como um exercício de horror carente de sentido”.

Tendo em mente que os grupos terroristas têm dois tipos de demanda de fundos, quais sejam, fundos para manutenção de suas estruturas e fundos para os gastos decorrentes dos ataques, as autoridades supervisoras devem orientar os agentes designados a desenvolverem mecanismos de detecção de riscos adequados para seus respectivos segmentos de atuação. O *Financial Action Task Force* (FATF) publicou relatório sobre o financiamento do terrorismo com diversos estudos de caso ilustrando como grupos terroristas levantam, usam e movimentam recursos financeiros.

De acordo com pesquisas realizadas em âmbito internacional, verificou-se que os custos para realizar um atentado terrorista isoladamente são relativamente baixos se comparados com os danos que pode causar.

Tabela 1 – Os Custos dos Ataques Terroristas

Ataques	Data	Custo estimado
Sistema de transporte de Londres	7 de julho de 2005	GBP8,000
Bombas nos trens de Madrid	11 de março de 2004	USD10,000
Caminhões-bomba em Istambul	15 e 20 de novembro de 2003	USD40,000
Bombas no Jakarta JW <i>Marriot Hotel</i>	5 de agosto de 2003	USD30,000
Bombas em Bali	12 de outubro de 2002	USD50,000
Ataque ao USS Cole	12 de outubro de 2000	USD10,000
Ataques a embaixadas na África	7 de agosto de 1998	USD50,000

Fonte: FATF (2008)

Entretanto, a manutenção de uma rede terrorista, ou mesmo de uma célula específica, pode requerer um montante elevado de recursos para cobrir despesas de recrutamento, treinamento, planejamento e gastos correntes que precedem os ataques.

O financiamento do terrorismo incorpora as atividades distintas de levantamento de fundos, acumulação e ocultação de fundos, usando-os para sustentar a infraestrutura de organizações terroristas e transferir fundos para apoiar ou realizar ataques específicos. Os fundos utilizados para apoiar o terrorismo podem ser gerados por meios legais ou ilegais. Organizações humanitárias ou empresas legítimas podem ser usadas inadvertida ou conscientemente como um canal para financiamento ou outro apoio logístico ao terrorismo (*UNITED NATIONS*, 2009, p. 3).

De acordo com o relatório citado, as organizações terroristas podem financiar-se por meio de fontes legítimas ou ilegítimas. Observou-se que essas organizações recebem suporte considerável de Organizações não Governamentais (ONGs) e autofinanciamento por intermédio de simpatizantes da causa.

Organizações não governamentais possuem características que as tornam particularmente atraentes para os terroristas ou vulneráveis ao mau uso de financiamento do terrorismo. Elas aproveitam a confiança do público, têm acesso a fontes consideráveis de recursos, e suas atividades muitas vezes utilizam dinheiro em espécie intensivamente.

É importante reconhecer a diferença entre ONGs exploradas pelos financiadores do terrorismo e organizações sem fins lucrativos que são cúmplices de financiamento

do terrorismo. Ambos os casos têm ocorrido, mas relatórios de tipologia e sua aplicação nem sempre deixam isso claro (*UNITED NATIONS*, 2009, p. 17).

Os recursos de empresas legítimas podem ser usados como uma fonte de recursos para apoiar atividades terroristas. Esse é um risco particular em setores que não exigem qualificações formais e em que começar um negócio não requer grandes investimentos. O risco de uma empresa desviar fundos para apoiar a atividade terrorista é maior quando a relação entre as vendas declaradas e as vendas reais é difícil de verificar, como é o caso de negócios que transacionam intensamente com dinheiro vivo.

As organizações criminosas e os grupos terroristas continuam a desenvolver redes internacionais e estabelecer alianças de conveniência. A globalização permitiu que ambas as organizações expandissem e diversificassem suas atividades, aproveitando a internacionalização das comunicações e dos sistemas bancários, bem como a abertura de fronteiras para facilitar suas atividades. Nas palavras de Ehrenfeld (2002, p. 393):

... as organizações criminosas estão muitas vezes colaborando com os terroristas. Suas atividades vão desde o comércio de drogas ilegais, diamantes, dinheiro falso, documentos de identificação, pirataria de CD e vídeos, carros roubados, tráfico de pessoas e prostituição, manipulação de mercados e orquestramento de esquemas de fraude de vários milhões de dólares.

Há um mercado para obtenção ilegal de dados pessoais, incluindo números de conta de cartão de crédito, assim como informações pessoais, como nome completo do titular do cartão, endereço de cobrança, número de telefone, datas de início e de validade, o código de segurança do cartão etc.

Seja por meio da ausência de controle jurisdicional efetivo, tolerância a organizações terroristas e suas atividades, ou apoio ativo para organizações terroristas, paraísos fiscais, estados falidos e patrocinadores estatais criam ambientes propícios ou dão apoio a organizações terroristas. Esses tipos de jurisdição continuam a representar fontes cruciais de apoio a organizações terroristas atuais.

Terroristas e grupos terroristas têm muitos métodos à sua disposição para transferir fundos pelo mundo. Eles podem usar sistemas financeiros formais ou canais não regulamentados, ou simplesmente movimentar recursos através

das fronteiras em dinheiro vivo. Há poucos indicadores disponíveis para ajudar os entes designados a reconhecer que uma atividade suspeita é especificamente relacionada com o financiamento do terrorismo (UNITED NATIONS, 2009, p. 11).

Existem três métodos principais pelos quais os terroristas movimentam o dinheiro ou o transferem. O primeiro é por meio da utilização do sistema financeiro, o segundo envolve o movimento físico de dinheiro (por exemplo, a utilização de *cash couriers*), e o terceiro é pelo sistema de comércio internacional. A multiplicidade de estruturas organizacionais utilizadas por redes terroristas, a evolução contínua das técnicas em resposta a medidas internacionais e a natureza oportunista do financiamento do terrorismo tornam difícil identificar um método favorito ou mais comum de transmissão.

As instituições financeiras e outros prestadores de serviços financeiros regulamentados representam o setor financeiro formal e servem como porta principal, por meio da qual fluem as transações comerciais. Além disso, os serviços e os produtos disponíveis por meio do setor financeiro formal servem como veículos para movimentação de fundos que apoiam organizações terroristas e custeiam os atos terroristas. A velocidade e a facilidade com que os fundos podem ser movidos dentro do sistema financeiro internacional permitem movimentar recursos terroristas de forma eficiente e eficaz e, muitas vezes, sem detecção entre as jurisdições e dentro delas.

A identificação e a interrupção do financiamento do terrorismo são naturalmente mais difíceis quando as autoridades são confrontados por redes “informais” de apoio que não operam como parte de organizações bem estruturadas com papéis claros e linhas de prestação de contas.

O sistema de comércio internacional está sujeito a uma ampla gama de riscos e vulnerabilidades que fornecem a oportunidade para organizações terroristas transferirem valores e bens por meio de fluxos comerciais aparentemente legítimos. Nas últimas décadas, o comércio internacional cresceu significativamente: o comércio global de mercadorias já ultrapassa US\$9 trilhões por ano, e o comércio global de serviços supera US\$2 trilhões (de acordo com a Organização Mundial do Comércio – OMC). Uma análise mais aprofundada dos métodos e técnicas específicos utilizados para explorar o sistema comercial para fins de financiamento do terrorismo poderia ajudar no desenvolvimento de medidas para identificar e combater essa atividade.

O movimento físico de dinheiro é uma forma de os terroristas transferirem fundos sem encontrar as salvaguardas de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e Combate ao Financiamento do Terrorismo (PLD/CFT) estabelecidas em instituições financeiras. Estima-se que alguns grupos têm convertido altos valores em dinheiro e em itens de difícil rastreamento, como *commodities*, do tipo ouro ou pedras preciosas, a fim de transacionar ativos fora do sistema financeiro.

Em grande medida, os terroristas necessitam de fundos para constituir um ambiente favorável para sustentar suas atividades – e não apenas para realizar ataques específicos. Interromper seu financiamento – geração e movimentação de fundos – cria um ambiente hostil para o terrorismo. Mesmo os melhores esforços das autoridades podem falhar para evitar ataques específicos. No entanto, quando os fundos disponíveis para os terroristas são limitados, declina sua capacidade geral, limitando seu alcance e efeito.

As autoridades nacionais podem ajudar o setor financeiro, bem como os outros setores e pessoas designadas, em seus esforços para identificar e prevenir o financiamento do terrorismo por meio da partilha de inteligência. A informação financeira por si só não pode ser suficiente para evidenciar a atividade de financiamento do terrorismo. No entanto, quando combinadas com a inteligência antiterrorista obtida por meio da vigilância da gama de atividades e redes terroristas, as informações financeiras podem ser aproveitadas para fornecer às instituições financeiras uma indicação concreta de possível atividade terrorista.

Enquanto as instituições financeiras continuam a detectar operações suspeitas e relatá-las, as autoridades competentes devem assumir a responsabilidade de analisar essas operações e determinar se elas realmente envolvem o financiamento do terrorismo. Elas também devem trabalhar para desenvolver indicadores (tipos de operações, produtos e assim por diante) que relacionem as transações suspeitas com o financiamento do terrorismo. Tanto quanto possível, esses indicadores devem ser diferenciados daqueles de lavagem de dinheiro. Essa análise também poderia ajudar os estados a assegurarem que a regulamentação é sadia (UNITED NATIONS, 2009, p. 12).

Iniciativas nacionais e internacionais ainda focam mais no setor financeiro formal, sem levar em consideração o fato de que terroristas têm pesadamente migrado para atividades criminosas, utilizando sistemas financeiros informais e transações em espécie para movimentar fundos. Tendo em mente que as

organizações terroristas estão mudando suas estruturas e seus métodos de financiamento, as estratégias internacionais para o combate ao financiamento do terrorismo deveriam ser adaptadas adequadamente (DALYAN, 2008, p. 147-8).

Obviamente, alguns meios de combate ao financiamento do terrorismo seriam mais fáceis de implementar e mais efetivos para alcançar o objetivo desejado; assim, a equação de custo-benefício deveria estar entre as opções das autoridades (OWADA, 2009).

Levando-se em conta a complexidade da atividade terrorista, conclui-se que o seu combate também seja complexo. Dessa forma, optou-se neste artigo por concentrar a análise numa das formas de combate, qual seja, interromper o financiamento do terrorismo. Assumindo a atividade terrorista como uma conduta humana e racional, acredita-se que o aparato da teoria econômica possa ser útil para essa finalidade, visto que o financiamento do terrorismo ocorre num ambiente econômico.

### 3 Terrorismo e seu financiamento no Brasil

Apesar de parte da opinião pública brasileira e de mesmo alguns ditos especialistas acreditarem que o país não tem papel a desempenhar no atual combate ao terrorismo liderado, principalmente, pelos países protagonistas do cenário mundial, isso está longe de ser verdade.

A Agência Brasileira de Inteligência (Abin) segue a definição específica elaborada pela Câmara de Relações Exteriores e Defesa Nacional subordinada à Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, definindo terrorismo como:

... ato de devastar, saquear, explodir bombas, sequestrar, incendiar, depredar ou praticar atentado pessoal ou sabotagem, causando perigo efetivo ou dano a pessoas ou bens, por indivíduos ou grupos, com emprego da força ou violência, física ou psicológica, por motivo de facciosismo político, religioso, étnico/racial ou ideológico, para infundir terror com o propósito de intimidar ou coagir um governo, a população civil ou um segmento da sociedade, a fim de alcançar objetivos políticos ou sociais (PANIAGO *et al.*, 2007, p. 14).

Também é o ato de:

apoderar-se ou exercer o controle, total ou parcialmente, definitiva ou temporariamente, de meios de comunicação ao público ou de transporte, portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, instalações públicas ou estabelecimentos destinados ao abastecimento de água, luz, combustíveis ou alimentos, ou à satisfação de necessidades gerais e impreteríveis da população. Trata-se de ação premeditada, sistemática e imprevisível, de caráter transnacional ou não, que pode ser apoiada por Estados, realizada por grupo político organizado com emprego de violência, não importando a orientação religiosa, a causa ideológica ou a motivação política, geralmente visando destruir a segurança social, intimidar a população ou influir em decisões governamentais (PANIAGO *et al.*, 2007, p. 15).

Na opinião de Esteves (2007, p. 93), o Brasil, mesmo não tendo sido atingido diretamente pelo terrorismo, tem de se adequar às novas condições da conjuntura universal/mundial, caso queira manter e ampliar a sua condição de *global player*. Na mesma linha, Paniago *et al.* (2007, p. 16) defendem:

Apesar de nunca ter ocorrido um atentado em solo nacional, o País pode ser palco de um ataque, tendo em vista, principalmente, a presença de representações diplomáticas e empresariais de países considerados inimigos por organizações terroristas internacionais. Além disso, o País atualmente tem interesses em vários continentes, em sociedade com empreendimentos de países considerados alvos do terrorismo. Assim, o Brasil não pode descuidar do acompanhamento da atuação de grupos extremistas internacionais, e a cooperação com outros Estados é crucial para prevenir e combater o fenômeno do terrorismo. Ressalta-se que as organizações terroristas não reconhecem fronteiras, logo, nenhum país estaria livre dessa ameaça.

Não há evidências de células terroristas em atividade no Brasil. Todavia, a realização de grandes eventos em território brasileiro, recebendo representantes das mais diversas nações e atraindo a atenção de boa parte da população mundial, torna o país um alvo potencial, mesmo que eventual.

Outro problema para o Brasil é a frequente associação entre grupos terroristas e os traficantes de drogas, estes sim bem presentes no país. A essa associação, dá-se o nome de narcoterrorismo. Para Paniago *et al.* (2007, p. 17), uma vez que as organizações criminosas têm o lucro como motivação principal, não devem ser classificadas como terroristas, mesmo que empreguem métodos típicos do terrorismo. No que concerne ao Brasil, seria, portanto, inapropriado o uso do termo narcoterrorismo. Definições à parte, a associação entre as organizações terroristas e os traficantes é uma tipologia conhecida e recorrente.

Mesmo que os conceitos de organizações terroristas e organizações criminosas não sejam exatamente idênticos, ambas se voltam para a execução de atividades ilícitas, mas há distinção entre seus objetivos. Uma organização criminosa visa, com sua atividade, a benefícios econômicos e à obtenção de lucro. Uma organização terrorista almeja objetivos políticos e ideológicos. Como signatário das principais convenções internacionais contra o terrorismo, o Brasil também entende o terrorismo como uma forma de crime organizado transnacional (PANIAGO *et al.*, 2007, p. 17).<sup>1</sup>

Diante das afirmações de organismos internacionais de que atos terroristas tiveram como base de apoio o território nacional, o país sofre pressões para a adoção de medidas que visem a neutralizar eventuais ameaças terroristas, incluindo o aprimoramento do controle de estrangeiros e do envio de recursos financeiros ao exterior (PANIAGO, 2007(a), p. 24).

Dessa forma, o Brasil vem criando condições para cumprir as recomendações contidas na Resolução nº 1.373, de 28 de setembro de 2001, do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>2</sup>, que inclui um conjunto de regras para o controle de operações financeiras, combate à lavagem de dinheiro ligada ao financiamento do terrorismo, fiscalização das fronteiras e certificação de segurança de portos e aeroportos. Ainda no âmbito dos instrumentos normativos da ONU e da Organização dos Estados Americanos (OEA), o Brasil aderiu a todas as convenções sobre combate ao terrorismo.

---

1 Cabe lembrar que, para a finalidade deste artigo, a ligação entre o terrorismo e a teoria econômica está no financiamento dessas organizações, e o seu combate o relaciona com a análise econômica do direito.

2 A resolução vinculativa a todos os Estados membros da ONU exige que todos os membros suprimam o financiamento do terrorismo, criminalizem o apoio ativo ou passivo para os terroristas antes de um ato terrorista, bloqueiem os fundos rapidamente, compartilhem informações operacionais, tomem as medidas necessárias para impedir a prática de atos terroristas, neguem refúgio para os financiadores, planejadores e apoiadores e prestem assistência técnica para melhorar a cooperação multilateral nesse campo (DALYAN, 2008, p. 142).

As pressões internacionais para que o Brasil seja um parceiro ativo das grandes potências no combate ao terrorismo internacional já são sensíveis e tendem a crescer. A participação nesse processo vai ao encontro dos interesses do País, de maior presença no cenário mundial, inclusive com assento permanente no Conselho de Segurança da ONU (PANIAGO, 2007(a), p. 28).

Um campo de atuação ainda a ser explorado em profundidade é o financiamento ao terrorismo. A falta de pessoal especializado em número suficiente e o acesso deficiente aos dados do sistema financeiro impedem que se conheçam, em detalhes, as operações suspeitas. Essa lacuna tem sido suprida por meio do Conselho de Controle das Atividades Financeiras (Coaf), do Ministério da Fazenda, instituído em 1998 (PANIAGO, 2007(a), p. 26).

Cumpre ressaltar, entretanto, que essa fragilidade é verificada em muitos países. Especialistas acreditam que, devido ao imenso volume de operações financeiras realizadas todos os dias no mundo, o rastreamento dessas movimentações deve ser feito apenas nos casos de pessoas suspeitas e tão somente com o intuito de corroborar ou refutar indícios, visto ser muito difícil caracterizar o financiamento do terrorismo, devido ao fato de que as organizações extremistas, muitas vezes, escondem-se sob a fachada de instituições de caridade, empresas, fundações e associações (PANIAGO, 2007(a), p. 26-7).

O Brasil, sendo signatário da Carta das Nações Unidas, segue as resoluções emitidas pelo órgão. Para o caso do CFT, obriga-se, por força de lei, às pessoas físicas ou jurídicas designadas, que comuniquem imediatamente a existência de fundos, de outros ativos financeiros ou de recursos econômicos pertencentes ou controlados, direta ou indiretamente, pelas pessoas e entidades listadas nas resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU).

#### **4 Análise dos dados: as “armas” de combate ao financiamento do terrorismo no Brasil**

A análise dos dados, das informações e da regulamentação existente sobre combate ao financiamento do terrorismo pode ser dividida em três grandes eixos de movimentação: o fluxo financeiro, o fluxo comercial e o fluxo de pessoas.

Com o objetivo de simplificar, serão apresentados os fluxos entre países, todavia é importante esclarecer que os fluxos domésticos também podem apresentar riscos e ameaças.

É difícil determinar a eficácia da legislação que criminaliza o financiamento do terrorismo. Em parte porque um efeito preventivo presumido é, por definição, não mensurável, mas também porque as disposições de financiamento do terrorismo foram introduzidas recentemente (*UNITED NATIONS*, 2009, p. 6).

As informações que interessam nesses fluxos são principalmente (e não exaustivamente): país de origem/destino, valores, moedas, formas de transferências, tipo de produto, identificação do comprador/vendedor, entre outras. Com base nessas informações, pode se adequar melhor a análise às tipologias já detectadas.

Pela ótica da movimentação financeira, verifica-se que os dados divulgados mensalmente pelo Banco Central do Brasil referentes ao setor externo, incluindo o Balanço de Pagamentos, não permitem ao público em geral (pesquisadores, acadêmicos, consultores etc.) elaborar estudos conclusivos a respeito dos riscos do financiamento ao terrorismo no Brasil, nem mesmo levantar indícios. Isso se deve à forma como os dados estão agregados. Todavia, o Banco Central dispõe de informações muito úteis que constam dos registros de operações cambiais, tais como nome e país do pagador/recebido no exterior, motivação econômica para a realização da transação (natureza-fato), forma como foi feita a troca das moedas (espécie, cheque, teletransmissão etc.). Além disso, a instituição financeira no Brasil que intermedeia a transação deve manter em sua posse os documentos que embasam sua fundamentação econômica.

Esse banco de dados, quando associado a informações disponíveis em outros órgãos públicos, torna-se de inestimável valor no combate ao financiamento ao terrorismo. Como exemplo podemos citar os dados cadastrais, patrimoniais e de renda de pessoas físicas e jurídicas em poder da Secretaria da Receita Federal (SRF). Além das informações citadas, os órgãos públicos dispõem de muitas outras informações que, em conjunto e se adequadamente analisadas, podem constituir-se numa importante “arma” de combate ao financiamento do terrorismo.

Para a finalidade deste artigo, consideraram-se os negócios realizados pelo Brasil com os países listados pelo CSNU. No momento em que este artigo foi escrito, havia onze países listados. São eles: Afeganistão, República Democrática do Congo, Costa do Marfim, Coreia do Norte, Eritreia, Irã, Iraque, Libéria, Líbia,

Somália e Sudão, para os quais se recomenda redobrar a atenção, ressaltando-se que cuidados devem ser tomados para todo e qualquer fluxo de recursos, mercadorias e pessoas.

Do ponto de vista das transações comerciais, as autoridades dispõem de um conjunto adicional de informações que podem auxiliar substancialmente a análise dos riscos de financiamento ao terrorismo no Brasil.

A tabela a seguir mostra o fluxo de comércio do Brasil com os países listados. Nela pode-se observar que não se trata de grandes parceiros comerciais do Brasil, tendo em vista que as exportações para os onze países totalizaram, em 2012, apenas USD3,2 bi, e as importações, USD1,2 bi. Entre esses países, destacam-se Irã, Iraque e Líbia, sendo que os demais apresentaram fluxo de comércio bastante tímido, quando comparado ao volume total de comércio exterior do Brasil.

**Tabela 2 – Comércio Exterior 2012 – USD FOB**

Pais	Exportação	Importação	Saldo
Afganistão	8.366.059	121.977	8.244.082
Costa do Marfim	93.788.723	174.541.704	- 80.752.981
Congo, R. D.	45.737.670	15.719.290	30.018.380
Coreia do Norte	3.428.440	41.454.472	- 38.026.032
Eritreia	21.501.620	177.002	21.324.618
Irã	2.183.927.959	23.720.378	2.160.207.581
Iraque	288.058.434	962.148.647	- 674.090.213
Libéria	31.402.700	3.410.516	27.992.184
Líbia	423.172.992	-	423.172.992
Somália	11.756.652	3.106.834	8.649.818
Sudão	81.792.984	125.128	81.667.856
Total	3.192.934.233	1.224.525.948	1.968.408.285

Fonte: MDIC – Sistema Alice

Entretanto, quando analisados do ponto de vista do combate ao financiamento do terrorismo, esses valores não seriam tão inexpressivos, cabendo uma análise mais minuciosa e com foco específico para o tema. Deve-se observar o padrão do comércio com esses países, considerando-se, por exemplo, os valores (magnitude e se há fracionamento), a forma de pagamento, as pessoas físicas e

jurídicas envolvidas, periodicidade e tipo de mercadorias. Cabe destacar que tais informações constam dos documentos de comércio exterior e estão disponíveis eletronicamente para as autoridades brasileiras (SRE, Coaf e Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – MDIC).

O Ministério do Turismo divulga relatório anual (Estatísticas Básicas de Turismo – Brasil) com a quantidade de turistas que chegam ao Brasil, segundo o continente e países de residência permanente. O último relatório disponível traz as informações para 2011, e nele não é possível verificar o trânsito de turistas oriundos dos países listados, visto que mostra somente cinquenta países, aqueles que remetem mais turistas por continente, e os demais estão agregados como outros países para cada continente.

Isso nos leva a crer que o fluxo de turistas dos países listados, quando há, é inexpressivo. Todavia, é importante destacar que o Departamento de Polícia Federal (DPF) e o Ministério do Turismo dispõem das informações, mesmo que não as publiquem, caso haja a necessidade de monitorar esses dados a título de prevenção a atos de terrorismo e do seu financiamento.

Considerando somente a avaliação quanto às recomendações especiais referentes ao CFT, observou-se que, dos 161 países verificados pelo FATF, vários têm muito progresso a fazer. Entre eles, 46 são considerados economias desenvolvidas e 115 são considerados economias em desenvolvimento. Em estudo de Verdugo (2011), a média geral para a avaliação das nove recomendações concernentes à CFT foi 3,35, sendo que as economias desenvolvidas obtiveram média de 4,5, e as economias em desenvolvimento, média de 2,2. Numa escala que varia entre 0 e 9, o maior *score* foi 7,33, obtido pelo Reino Unido, e o pior, 0 (zero), obtido por nove países (Tanzânia, Serra Leoa, Paraguai, Paquistão, Equador, Ilhas Cook, Burquina Faso, Botsuana e Benin), todos em desenvolvimento.

Segundo o critério do estudo, a política do Brasil para combate ao financiamento do terrorismo foi avaliada com *score* 2,67. Quando comparado com as economias desenvolvidas, o Brasil se coloca bem abaixo da média (4,5) e à frente de apenas cinco países, empatando com quatro. Se comparada com as economias em desenvolvimento, sua política CFT está pouco acima da média (2,2), sendo superada por 21 países, empatando com onze (entre 115).

Os países que apresentam elevados riscos de negócios que poderiam servir ao financiamento do terrorismo e, portanto, suscitam maior atenção quando

efetuem transações com o Brasil, dividem-se em três grupos. São eles: os países listados pelo FATF como deficientes em suas políticas CFT; aqueles cuja CSNU entende que possam facilitar, cooperar ou tolerar atividades das organizações terroristas em seus territórios; e os paraísos fiscais que o FATF entende como uma tipologia usual. Ressalta-se que alguns países podem constar em mais de uma das listas. Dos onze países listados pelo CSNU, quatro também são considerados pelo FATF como com deficiências em suas políticas CFT. Dos países listados pelo FATF, somente a Turquia obteve *score* superior ao brasileiro. Além dos países listados pelo CSNU, o FATF listou 43 jurisdições, e a SRF do Brasil listou 57 países classificados como paraísos fiscais.

Dos países cuja CSNU recomenda atenção especial quanto ao financiamento do terrorismo, apenas o Sudão foi avaliado pelo FATF e obteve um grau de aderência abaixo da média, tanto geral como quando comparado somente com as economias em desenvolvimento.

O último relatório de avaliação mútua que o FATF elaborou referente ao Brasil data de 2010. Nele foram avaliadas a implementação e a efetividade das 40 + 9 recomendações daquele organismo. Para os fins deste trabalho, serão analisadas apenas as avaliações que dizem respeito às nove recomendações sobre a política de combate ao financiamento ao terrorismo.

A seguir está transcrito o resumo da avaliação do FATF para o Brasil (FATF, 2010, p. 4).

As principais recomendações feitas ao Brasil incluem: criminalização do FT de forma compatível com as exigências internacionais; ... alargar a responsabilidade civil ou administrativa das pessoas jurídicas que lavam o dinheiro ou financiam o terrorismo; assegurar que medidas de confisco sejam sistematicamente aplicadas; implementar leis e procedimentos eficazes para a aplicação de medidas de bloqueio em conformidade com as Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas (RCSNUs); alargar a obrigação de declarar os transportes físicos transfronteiriços de dinheiro e instrumentos negociáveis ao portador; promover as competências de supervisão e recursos em algumas áreas; aumentar a fiscalização de instituições financeiras não bancárias; e alargar as obrigações de prevenção e combate à PLD/CFT a todas as categorias de atividades e profissões não financeiras designadas (APNFD).

Segue o quadro que resume os conceitos atribuídos ao Brasil para sua política CFT. Ressalta-se que, após a avaliação realizada em 2010, as autoridades brasileiras tomaram diversas providências com vistas a ajustar-se às recomendações. Espera-se que a próxima avaliação do FATF para o Brasil seja bem mais positiva, aproximando-o dos conceitos obtidos pelos países mais bem avaliados pelo organismo.

#### Quadro 1 – Resumo da avaliação mútua do Brasil

RE.I – Implementação dos instrumentos da ONU	Não Cumprido
RE.II – Criminalização do FT	Não Cumprido
RE.III – Bloqueio e confisco de bens pertencentes a terroristas	Não Cumprido
RE.IV – Comunicação de operação suspeita	Majoritariamente Cumprido
RE.V – Cooperação Internacional	Parcialmente Cumprido
RE.VI – Obrigações ALD/CFT para serviços de transferência de dinheiro/valores	Majoritariamente Cumprido
RE.VII – Regras de transferências eletrônicas via cabo	Majoritariamente Cumprido
RE.VIII – Organizações sem fins lucrativos	Não Cumprido
RE.IX – Declaração & Revelação de movimentos transfronteiriços de valores	Parcialmente Cumprido

Fonte: FATF/GAFI

Em decorrência da avaliação do FATF, o Brasil adotou uma série de medidas legais e infralegais para ajustar-se às recomendações e aos padrões mais elevados de boas práticas na prevenção e no combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Entre as mais relevantes está a regulamentação dos procedimentos para transporte de valores e trânsito de dinheiro em espécie e instrumentos de pagamento ao portador pela fronteira.

Talvez a medida mais importante tenha sido a publicação da Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, que amplia o universo de pessoas físicas e jurídicas obrigadas a manter controles internos e reportarem transações suspeitas às autoridades, além de ampliar o rol de possibilidades de sua ocorrência. Espera-se que essas medidas ajudem a aumentar a quantidade e a qualidade das informações e, conseqüentemente, a efetividade da política CFT.

## 5 Considerações finais

Considerando os argumentos expostos e os números apresentados neste artigo, fortalece-se o ponto de vista da necessidade de dedicar especial atenção à questão do terrorismo, em geral, e de seu financiamento, em específico.

O alcance global e imediato das notícias, a amplitude e a diversidade das transações financeiras e comerciais, assim como o rápido crescimento da mobilidade das pessoas tornam as ameaças e os riscos também globais. Evidentemente, alguns países são alvos preferenciais de grupos terroristas de forma constante, outros podem ser alvos eventuais.

Com base nisso, considera-se que o aumento da importância relativa do Brasil no cenário global, em termos econômicos e políticos, associado à ocorrência de eventos de interesse mundial, pode torná-lo um alvo de atos terroristas, e, por isso, o desenvolvimento e a implementação de instrumentos e métodos de inteligência são de extrema necessidade para detecção, dissuasão e combate da ameaça do terror. No que concerne ao financiamento do terrorismo, o Brasil já dispõe de estrutura para o enfrentamento, sendo necessário proceder a alguns ajustes e convencer os profissionais envolvidos, tanto do setor privado como do setor público, de que devem se preocupar com a ameaça da ação terrorista em território brasileiro.

Por fim, a consideração que resume a linha de atuação que as autoridades deveriam tomar no combate ao financiamento do terrorismo é que melhor regulamentação implica obtenção de melhores estatísticas e informações que, por sua vez, possibilitam melhor monitoramento e, em consequência, o cumprimento das leis, se for o caso, por meio da aplicação de punições, que, espera-se, sejam capazes de dissuadir os grupos terroristas. Esses elementos constituem a base para futuras investigações.

## Referências

ANDERTON, C.; CARTER, J. Applying Intermediate Microeconomics to Terrorism. **The Journal of Economic Education**, 37, nº 4, Fall, 2006, p. 442-58.

ARROW, K. The Economics of Agency. In: PRATT, J.W.; ZECKHAUSER, R. (Ed.). **Principals and Agents: The Structure of Business**. Cambridge, Harvard University Press, 1985.

BARCELLOS, C. Ensaio sobre as Distinções entre Organizações Guerrilheiras e Terroristas. **Revista Brasileira de Inteligência**. Brasília: Abin, v. 3, nº 4, setembro de 2007.

BECKER, G. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**. Vol. 76, p. 175-209, 1968.

BJÖRGO, T. (Ed.) Root Causes of Terrorism: findings from an International Expert Meeting in Oslo 9-11 June 2003, **Norwegian Institute of International Affairs**, Oslo.

BRENNER, G. **Entendendo o Comportamento Criminoso**. AGE Editora. Porto Alegre, 2009.

BURDETT, K.; LAGOS, R.; WRIGHT, R. **Crime, Inequality and Unemployment**. London School of Economics, university of Essex, and University of Pennsylvania, mimeo, 1999.

DALYAN, Sener. Combating the Financing of Terrorism: Rethinking strategies for success. **Defense Against Terrorism Review**. Vol. 1, nº 1, spring 2008, p. 137-153.

EHRENFELD, R. Funding Terrorism: sources and methods. **Confronting Terrorism**. Workshop held at Los Alamos National Laboratory, March 25-29, 2002.

ESTEVES, R. Z. Repercussões da Contenção da Ameaça do Terrorismo Internacional na Economia Brasileira. **Revista Brasileira de Inteligência**. Brasília: Abin, v. 3, nº 4, setembro de 2007.

FATF-GAFI. **40+9 Recommendations**. 2003. Disponível em: <<http://fatf-gafi.org>>. Vários acessos.

FATF/GAFI. **Terrorism Financing**. February 2008. Disponível em: <<http://fatf-gafi.org>> Vários acessos.

FATF-GAFI. **Mutual Evaluation Report: Federative Republic of Brazil**. 25 June 2010. Disponível em: <<http://fatf-gafi.org>>. Vários acessos.

FRIEDLAND, N.; MERARI, A. The Psychological Impact of Terrorism: a double edge sword. **Political Psychology** 6,4. (1985), p. 591-604.

HOFFMAN, B. **Inside Terrorism**. London. 1998, Vitor Gollancz.

HORGAN, John. **Psicología del Terrorismo**. Gedisa Editorial. Barcelona, 2006.

IMF. Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (AML/CFT) – **Report on the review of the effectiveness of the program**. Work Paper. May 2011.

NORTH, D. C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge University Press, 1990.

OWADA, H. **International Terrorism and the Rule of Law**. Real Instituto Elcano, 2009. Disponível em: <<http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano>>. Vários acessos.

PANIAGO, P. T. R. O Papel dos Serviços de Inteligência na Prevenção e no Combate ao Terrorismo Internacional. **Revista Brasileira de Inteligência**. Brasília: Abin, v. 3, nº 4, setembro de 2007(a).

PANIAGO, P. T. R. O Desafio do Terrorismo Internacional. **Revista Brasileira de Inteligência**. Brasília: Abin, v. 3, nº 4, setembro de 2007(b).

PANIAGO, P. T. R. *et al.* Uma Cartilha para Melhor Entender o Terrorismo Internacional: conceitos e definições. **Revista Brasileira de Inteligência**. Brasília: Abin, v. 3, nº 4, setembro de 2007.

UNITED NATIONS. Tackling the Financing of Terrorism. **Counter-Terrorism Implementation Task Force – CTITF Working Group Report**. New York. October, 2009.

VERDUGO, C. Compliance with the AML/CFT International Standard: lessons from a Cross-Country Analysis. **IMF WP/11/177**. July 2011.

WILKINSON, P. International Terrorism: new risks to world order. In: BAYLIS, J. RENGGER, N. J. (Ed.) **Dilemmas of World Politics**. Clarendon Press, Oxford, 1992.

# **Parecer Jurídico 222/2013-BCB/PGBC**

Parecer que analisa a natureza jurídica dos comitês de auditoria e suas semelhanças com os conselhos de administração e fiscal das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

**Igor Arruda Aragão**

Assessor Jurídico

**Danilo Takasaki Carvalho**

Procurador-Chefe

**Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira**

Subprocuradora-Geral

**Cristiano de Oliveira Lopes Cozer**

Procurador-Geral Substituto

Parecer Jurídico 222/2013-BCB/PGBC  
PE 8296

Brasília, 20 de junho de 2013.

*Ementa: Consultoria em regulação do sistema financeiro. Consultoria-Geral da União. Consulta acerca da natureza jurídica dos comitês de auditoria e suas semelhanças com os conselhos de administração e fiscal das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.*

Senhor Procurador-Chefe,

## ASSUNTO

Cuida-se de consulta formulada pela Consultoria-Geral da União (CGU)<sup>1</sup>, por meio do Ofício nº 175/2012-CGU/AGU, de 11 de dezembro de 2012, a respeito da “natureza jurídica dos comitês de auditoria das instituições financeiras [...] e possível correlação com as atribuições desempenhadas em conselhos de administração e fiscal de empresas estatais federais”.

2. A consulta tem por finalidade colher subsídios para a elucidação de questão originada nos autos do Processo Administrativo nº 12105.000001/2012-15, em trâmite no Ministério da Fazenda, relacionada à possibilidade de os servidores titulares dos cargos relacionados no art. 10<sup>2</sup> da Lei nº 11.890<sup>3</sup>, de 24 de dezembro

---

1 A Consultoria-Geral da União é órgão de direção superior da Advocacia-Geral da União, nos termos da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 (institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências), e do Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010 (aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Advocacia-Geral da União).

2 Analista de Finanças e Controle e Técnico de Finanças e Controle, da Carreira de Finanças e Controle; Analista de Planejamento e Orçamento e Técnico de Planejamento e Orçamento, da Carreira de Planejamento e Orçamento; Analista de Comércio Exterior da Carreira de Analista de Comércio Exterior; e Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental da Carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental.

3 Dispõe sobre a reestruturação da composição remuneratória de diversas carreiras e cargos da Administração Pública Federal, entre outras providências.

de 2008, participarem de comitês de auditoria de instituições financeiras federais ou estaduais, com ou sem participação direta ou indireta da União, com respaldo no disposto no art. 17<sup>4</sup>, parágrafo único, *in fine*, daquela lei.

## APRECIACÃO

3. Quando se perquire a respeito da *natureza* de um ser, inanimado ou não, o que se busca é o seu significado último, a sua razão de ser, a sua essência ou substância. A identificação da *natureza jurídica* de um dado instituto jurídico demanda trabalho de investigação semelhante, dirigido, contudo, ao enquadramento do objeto do estudo em uma determinada categoria jurídica. Para Maria Helena Diniz<sup>5</sup>, natureza jurídica é um termo derivado da Filosofia do Direito que significa a “afinidade que um instituto jurídico tem, em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído a título de classificação”. Orientado por esse entendimento, parte-se à elucidação da natureza jurídica dos comitês de auditoria de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

4. A constituição de comitês de auditoria por parte das empresas que atuam nos mercados nacionais, notadamente o financeiro, é relativamente recente. O movimento foi influenciado pelo *Sarbanes & Oxley Act (SOA)*<sup>6</sup>, editado nos Estados Unidos em 2002. Essa lei, concebida em resposta a diversos escândalos contábeis detectados em grandes corporações norte-americanas no final do século XX e início do século XXI, tem o objetivo expresso de “proteger investidores por meio da melhoria na acurácia e na confiabilidade da evidenciação disponibilizada pelas empresas”<sup>7</sup>.

---

4 “Art. 17. Aos titulares dos cargos integrantes das Carreiras de que trata o art. 10 desta Lei aplica-se o regime de dedicação exclusiva, com o impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada, potencialmente causadora de conflito de interesses, ressalvado o exercício do magistério, havendo compatibilidade de horários.

Parágrafo único. No regime de dedicação exclusiva, permitir-se-á a colaboração esporádica em assuntos de sua especialidade, devidamente autorizada pelo Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, pelo Ministro de Estado da Fazenda, pelo Ministro de Estado do Controle e da Transparência ou pelo Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, conforme o caso, para cada situação específica, observados os termos do regulamento, e a participação em conselhos de administração e fiscal das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, bem como quaisquer empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha participação no capital social.

5 DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico – Vol. 3, J – P, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 381.

6 Disponível no sítio da *U.S. Securities and Exchange Commission*, no endereço eletrônico: <<http://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>>.

7 Informação extraída do Voto BCB nº 134/2003, que deu origem à Resolução nº 3.081, de 29 de maio de 2003, que disciplinava os comitês de auditoria, anteriormente à Resolução nº 3.198, de 2004.

5. Entre as diversas exigências estabelecidas pelo SOA, encontra-se a obrigatoriedade de as empresas listadas nas bolsas dos Estados Unidos constituírem “comitê de auditoria”, órgão societário que a referida lei, em sua Seção 2, descreve do seguinte modo:

[...] um comitê (ou órgão equivalente) estabelecido pelo conselho de administração de um emissor, e no âmbito da estrutura desse conselho, com a finalidade de supervisionar os processos de apresentação de demonstrações contábeis e financeiras e a auditoria das demonstrações financeiras do emissor [...]<sup>8</sup>

6. De acordo com o disposto na Seção 301 do SOA, o comitê de auditoria deve apresentar, entre outras, as seguintes características:

- i) ser diretamente responsável pela indicação, remuneração, contratação e supervisão do trabalho de qualquer empresa de auditoria independente contratada pela companhia com o objetivo de preparar e emitir relatórios de auditoria ou trabalhos relacionados;
- ii) a auditoria independente deverá reportar-se diretamente ao comitê de auditoria;
- iii) os membros do comitê de auditoria devem ser membros do conselho de administração do emissor e ser independentes, não devendo ser membros da diretoria ou de qualquer outro comitê do conselho de administração;
- iv) o comitê de auditoria deve estabelecer procedimentos para o recebimento, a retenção e o tratamento de reclamações do emissor ou de seus funcionários relativas a assuntos de contabilidade, controles internos e auditoria.

7. Observa-se, portanto, que os comitês de auditoria, na forma concebida no SOA, são órgão societários vinculados ao conselho de administração, cuja finalidade é auxiliar os membros do referido conselho a supervisionar a contabilidade da companhia, o processo de elaboração dos relatórios contábeis e financeiros e a auditoria independente realizada com base nas demonstrações financeiras e contábeis da sociedade.

---

8 Tradução livre do autor a partir do original: “[...] a committee (or equivalent body) established by and amongst the board of directors of an issuer for the purpose of overseeing the accounting and financial reporting processes of the issuer and audits of the financial statements of the issuer; [...]”

8. No Brasil, as companhias, via de regra, não são obrigadas a constituir comitês de auditoria. No caso das companhias abertas, há obrigatoriedade, apenas, de submissão de suas demonstrações financeiras à auditoria por auditores independentes, nos termos do art. 177, § 3º, da Lei nº 6.404<sup>9</sup>, de 15 de dezembro de 1976, a “Lei das Sociedades Anônimas (LSA)”. Para as companhias fechadas, a contratação de auditoria independente é uma faculdade. Nada obstante, as autoridades responsáveis pela regulação dos mercados de capitais, financeiro e de seguros privados, nitidamente influenciadas pelo SOA, passaram a obrigar as instituições sujeitas à sua ação regulatória, em hipóteses específicas, a constituírem comitê de auditoria.

9. A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por exemplo, por meio da Instrução nº 509, de 16 de novembro de 2011<sup>10</sup>, determinou que as companhias que queiram usufruir da prerrogativa prevista no 31-A<sup>11</sup> desse ato normativo possuam, “em funcionamento permanente”, “Comitê de Auditoria Estatutário – CAE”. Segundo o art. 31-B do mencionado ato normativo, o CAE deve ser previsto no estatuto da companhia como **órgão de assessoramento vinculado diretamente ao conselho de administração**. Entre as competências do CAE, listadas no art. 31-D da citada Instrução, é oportuno destacar: i) opinar sobre a contratação e destituição do auditor independente; ii) supervisionar as atividades dos auditores independentes e das áreas de controles internos, de auditoria interna e de elaboração das demonstrações financeiras da companhia; e iii) avaliar e monitorar as exposições de risco da companhia.

10. O Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), por sua vez, mediante a Resolução nº 118<sup>12</sup>, de 22 de dezembro de 2004, determina que as sociedades seguradoras, de capitalização e entidades abertas de previdência complementar que apresentem valores de patrimônio líquido ajustado ou de provisão técnica em montantes iguais ou superiores aos estabelecidos naquele ato

---

9 Dispõe sobre as Sociedades por Ações.

10 A Instrução nº 308, de 14 de maio de 1999, dispõe sobre o registro e o exercício da atividade de auditoria independente no âmbito do mercado de valores mobiliários, define os deveres e as responsabilidades dos administradores das entidades auditadas no relacionamento com os auditores independentes, e revoga as Instruções CVM nos 216, de 29 de junho de 1994, e 275, de 12 de março de 1998. A Instrução nº 509, de 16 de novembro de 2011, introduziu os arts. 31-A a 31-F na Instrução nº 308, de 1999, os quais tratam especificamente do “Comitê de Auditoria Estatutário – CAE”.

11 Extensão do prazo em relação ao qual o auditor independente, pessoa física ou jurídica, pode prestar serviços a um mesmo cliente, de 5 para 10 anos consecutivos.

12 Dispõe sobre a prestação de serviços de auditoria independente para as sociedades seguradoras, de capitalização e entidades abertas de previdência complementar e sobre a criação do Comitê de Auditoria.

normativo devem constituir **órgão estatutário** denominado comitê de auditoria (art. 12), o qual deve reportar-se diretamente ao conselho de administração da sociedade supervisionada ou da instituição líder do conglomerado, conforme o caso (art. 16).<sup>13</sup> O art. 17 da mencionada Resolução confere ao comitê de auditoria, entre outras, as seguintes atribuições: i) recomendar à administração a entidade a ser contratada para prestação dos serviços de auditoria independente; ii) revisar, previamente à publicação, as demonstrações contábeis, inclusive parecer do auditor independente; iii) avaliar a efetividade das auditorias independente e interna, inclusive quanto à verificação do cumprimento de dispositivos legais e normativos aplicáveis à sociedade supervisionada, além de regulamentos e códigos internos.

11. Também o Conselho Monetário Nacional (CMN) passou a obrigar as instituições sujeitas à supervisão do Banco Central do Brasil, em determinadas situações, a constituírem comitê de auditoria. A matéria está disciplinada na Resolução nº 3.198, de 27 de maio de 2004, que altera e consolida a regulamentação relativa à prestação de serviços de auditoria independente para as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil e para as câmaras e prestadores de serviços de compensação e de liquidação.

12. O Capítulo V do Regulamento Anexo à citada Resolução nº 3.198, de 2004, cuida especificamente do comitê de auditoria. Regulamenta a instituição e extinção do comitê (art. 10), sua composição (art. 12), as condições de investidura de seus membros (art. 13) e suas atribuições (art. 15).

13. De acordo com o referido Regulamento, as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil (BCB), exceto sociedades de crédito ao microempreendedor, que apresentem valores de patrimônio de referência, de administração de recursos de terceiros ou de captação de depósitos em montantes iguais ou superiores aos montantes estabelecidos naquele artigo, devem constituir **órgão estatutário** denominado comitê de auditoria (art. 10), o qual deve reportar-se diretamente ao conselho de administração ou, na sua inexistência, à diretoria da instituição (art. 14).

14. O comitê de auditoria de instituições sujeitas à supervisão do Banco Central do Brasil deve ser composto, no mínimo, por três integrantes, observado que pelo menos um deles deve possuir comprovados conhecimentos nas áreas

---

13 Na ausência de conselho de administração, o parágrafo único do art. 16 da Resolução nº 118, de 2004, do CNSP, prevê que o comitê de auditoria deverá reportar-se “à Presidência, ou ao Presidente, e à assembleia de acionistas da sociedade supervisionada.”

de contabilidade e auditoria. Caso um membro deixe o comitê, só poderá voltar a integrá-lo após decorridos, no mínimo, três anos do final do seu mandato anterior, que deve ser de cinco anos para as instituições com ações negociadas em bolsa de valores e sem mandato fixo para aquelas de capital fechado. A função de integrante do comitê de auditoria é indelegável (art. 12) e a utilização do termo “comitê de auditoria” é de uso restrito de órgão estatutário constituído na forma daquele Regulamento (art. 10, § 2º).

15. A fim de garantir a independência dos membros do comitê de auditoria, a Resolução nº 3.198, de 2004, no art. 13 do seu Regulamento anexo, estabelece, como condições básicas para o exercício da função, no caso das instituições com ações negociadas em bolsa e nas de capital fechado cujo controle seja detido pela União, Estados ou Distrito Federal:

- i) não ser, ou não ter sido nos últimos doze meses, diretor ou funcionário, responsável técnico, gerente, supervisor ou qualquer outro integrante com função de gerência, da equipe envolvida nos trabalhos de auditoria ou membro do conselho fiscal da instituição ou de suas ligadas;
- ii) não ser cônjuge, ou parente em linha reta, em linha colateral e por afinidade até o segundo grau dos diretores da companhia ou de suas ligadas, dos responsáveis técnicos, do gerente, do supervisor ou de qualquer outro integrante, com função de gerência da equipe envolvida nos trabalhos de auditoria na instituição; e
- iii) não receber qualquer outro tipo de remuneração da instituição ou de suas ligadas que não seja aquela relativa a sua função de membro do comitê de auditoria ou do conselho de administração.

16. De acordo com o art. 15 do multicitado Regulamento, compete ao comitê de auditoria de instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil, em resumo: (a) recomendar, à administração, a entidade a ser contratada para prestação dos serviços de auditoria independente, avaliando a sua efetividade, inclusive quanto à verificação do cumprimento de dispositivos legais e normativos aplicáveis à instituição, além de regulamentos e códigos internos; (b) revisar as demonstrações contábeis, inclusive parecer de auditor independente; (c) avaliar o cumprimento, pela administração, das recomendações feitas por auditores independentes ou internos; (d) estabelecer e divulgar procedimentos para recepção e tratamento de informações acerca do descumprimento de

dispositivos legais e normativos aplicáveis à instituição, além de regulamentos e códigos internos; (e) recomendar o aprimoramento de políticas, práticas e procedimentos identificados no âmbito de suas atribuições; e (f) verificar o cumprimento de suas recomendações.

17. Observa-se que os comitês de auditoria de instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil possuem características bem definidas quanto à sua constituição, composição e atribuições, as quais lhe conferem natureza própria, isto é, distinta de outros órgãos da sociedade, notadamente do conselho de administração e do conselho fiscal. A Resolução nº 3.198, de 2004, em seu art. 10, deixa expresso que essa natureza é de **órgão estatutário**. Nada obstante, considerando, ainda, que o comitê deve se reportar diretamente ao conselho de administração ou, na inexistência dele, à diretoria da instituição, nos termos do art. 14 do Regulamento Anexo à Resolução nº 3.198, de 2004, é possível identificá-lo, de forma ainda mais precisa, como **órgão estatutário com funções técnicas e de aconselhamento da administração da instituição**.

18. É sabido que os órgãos societários com competência e composição disciplinados em lei são apenas a assembleia geral, o conselho de administração, a diretoria e o conselho fiscal. No entanto, o art. 160 da LSA, evidencia que o estatuto pode prever outros órgãos, **com funções técnicas ou de aconselhamento**. Eis o que dispõe o citado dispositivo:

Art. 160. As normas desta Seção aplicam-se aos membros de quaisquer órgãos, **criados pelo estatuto, com funções técnicas ou destinados a aconselhar os administradores**. (G.n.)

19. No caso das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, pode-se citar como exemplo de órgão com funções técnicas e de aconselhamento, além do comitê de auditoria, o “comitê de remuneração”, previsto nos arts. 11<sup>14</sup> e seguintes da Resolução nº 3.921<sup>15</sup>, de 25 de novembro de 2010.

---

14 “Art. 11. As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, que atuem sob a forma de companhia aberta ou que sejam obrigadas a constituir comitê de auditoria nos termos da regulamentação em vigor, devem instituir, até a data da realização da primeira assembleia geral ou reunião de sócio que ocorrer após 1º de janeiro de 2012, componente organizacional denominado comitê de remuneração.”

15 Dispõe sobre a política de remuneração de administradores das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

20. Fixada, portanto, a natureza jurídica do comitê de auditoria, como **órgão estatutário com funções técnicas e de aconselhamento da administração**, cumpre identificar suas semelhanças e diferenças com os conselhos de administração e fiscal, no âmbito das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

### Posição organizacional

21. O primeiro aspecto que será cotejado diz respeito à posição que os mencionados órgãos ocupam na estrutura orgânica da sociedade, bem como as funções que desempenham.

22. O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, responsável, juntamente com a diretoria, pela administração da instituição (art. 138 da LSA)<sup>16</sup>. Eleitos pela assembleia geral, os conselheiros têm competência para eleger e destituir os diretores a qualquer tempo. Situa-se, portanto, o conselho de administração no alto da hierarquia social.

23. O comitê de auditoria, por sua vez, sem prejuízo de sua independência técnica, é órgão colegiado que se reporta ao conselho de administração (ou à diretoria, caso o conselho de administração não exista). Na verdade, o comitê de auditoria encontra no conselho de administração sua razão de ser, pois, como dito, sua finalidade é justamente assessorar o conselho na supervisão do processo de elaboração das demonstrações contábeis, na indicação e avaliação da efetividade do trabalho das auditorias e no acompanhamento do cumprimento dos controles internos.

24. Já o conselho fiscal é órgão de assessoramento da assembleia geral, em assuntos relacionados à regularidade dos atos de administração da companhia (art. 164 da LSA). No desempenho de suas atribuições, o conselho fiscal requisita informações, examina documentos e opina sobre a legalidade e adequabilidade contábil dos atos da administração, tendo ao seu alcance todos os meios indispensáveis ao exercício de suas competências (art. 163 da LSA). Atua, portanto, esse conselho, com independência em relação aos órgãos de administração.

---

16 De acordo com o art. 138 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, “[a] administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria”.

## Obrigatoriedade de constituição

25. Doravante, passa-se a examinar a obrigatoriedade de constituição dos órgãos em comento.

26. A constituição do conselho de administração é, em regra, facultativa. Apenas em três hipóteses ele é obrigatório por lei: na companhia aberta, na sociedade com capital autorizado e na de economia mista (arts. 138, § 2º, e 239 da LSA).

27. No que se refere ao comitê de auditoria, sua constituição é obrigatória para todas as instituições que apresentem valores de patrimônio de referência, de administração de recursos de terceiros e de captação de depósitos em montantes iguais ou superiores aos montantes estabelecidos no art. 10 do Regulamento Anexo à Resolução nº 3.198, de 2004. Para as demais instituições, sua constituição é opcional.

28. O conselho fiscal é órgão de existência obrigatória, mas de funcionamento facultativo (art. 161 da LSA). Em outras palavras, a companhia terá sempre, formalmente, um conselho fiscal, porém seu funcionamento, conforme dispuser o estatuto, será permanente ou eventual. Só em duas hipóteses o funcionamento desse órgão é permanente: nas sociedades de economia mista (art. 240 da LSA) ou se previsto no estatuto (art. 161 da LSA).

## Composição

29. Quanto à composição dos referidos órgãos, cabem as seguintes considerações.

30. O conselho de administração é composto por, no mínimo, três membros, eleitos pela assembleia geral e por ela destituíveis a qualquer tempo (art. 140 da LSA). Seu mandato é de três anos, permitida a reeleição (art. 143, III, da LSA). Os conselheiros devem ser apenas pessoas naturais (art. 146 da LSA).

31. O comitê de auditoria também deve ser composto por, no mínimo, por três integrantes. O mandato máximo deve ser de cinco anos para as instituições com ações negociadas em bolsa de valores e não há mandato fixo para as de capital fechado (art. 12 do Regulamento Anexo à Resolução nº 3.198, de 2004). Pelo menos um dos integrantes deve possuir comprovados conhecimentos nas áreas

de contabilidade e auditoria que o qualifiquem para a função (art. 12, § 1º, do Regulamento). Nas instituições com ações negociadas em bolsa e nas de capital fechado cujo controle seja detido pela União, Estados ou Distrito Federal, o membro não deve ser, ou não pode ter sido nos últimos doze meses, diretor ou funcionário ou membro do conselho fiscal, seja da instituição, seja de suas ligadas. (art. 13, I, do Regulamento). Não há impedimento, porém, a que o membro do comitê de auditoria seja também membro do conselho de administração da instituição ou de suas ligadas (art. 13, § 2º, do Regulamento). Nas instituições cujo controle seja detido pela União, Estados ou Distrito Federal, o membro do comitê também não deve ser ocupante de cargo efetivo licenciado no âmbito dos respectivos governos e não ser, ou ter sido nos últimos doze meses, ocupante de cargo efetivo ou função no âmbito dos respectivos governos (art. 13, § 1º, do Regulamento).

32. O conselho fiscal, a seu turno, será composto de, no mínimo, três e, no máximo, cinco membros, e suplentes em igual número, acionistas ou não, eleitos pela assembleia geral (art. 161, 1º). São elegíveis apenas pessoas naturais, residentes no Brasil, com curso universitário ou experiência mínima de três anos como administrador de empresa ou conselheiro fiscal (art. 162). Não são elegíveis, por outro lado, diretores e integrantes do conselho de administração da companhia, de sociedade por ela controlada ou integrante do mesmo grupo (art. 162, § 2º, da LSA).

### Modo de funcionamento

33. Passo, a seguir, a comparar o modo de funcionamento dos referidos órgãos.

34. O conselho de administração é um órgão *indivisível*. Seus membros, portanto, não têm competência individual nem deliberam isoladamente, mas apenas como colegiado. Apesar de integrar a administração, o conselho não exerce a representação da sociedade, a qual é privativa dos diretores (art. 138, § 1º, da LSA). As deliberações ocorrem por maioria de votos, mas o estatuto poderá exigir, para determinadas matérias, *quorum* qualificado (art. 140, IV, LSA). Os conselheiros se reúnem periodicamente com o propósito de orientar os negócios da sociedade, bem como para acompanhar e fiscalizar a atuação dos diretores.

35. A Resolução nº 3.198, de 2004, não traz detalhes sobre o funcionamento dos comitês de auditoria. Confere, assim, certa liberdade às instituições

supervisionadas pelo Banco Central do Brasil para que disciplinem esse aspecto no regimento do comitê. Infere-se, contudo, a partir das atribuições do referido comitê, que ele é também um órgão indivisível, ou seja, funciona apenas como órgão colegiado. O art. 15, VIII, do Regulamento anexo aquela Resolução, dispõe que o comitê deve se reunir, no mínimo trimestralmente, com a diretoria da instituição, a auditoria independente e a auditoria interna para verificar o cumprimento de suas recomendações. O mesmo Regulamento, em seu art. 15, X, prescreve, ainda, que o comitê deve reunir-se com o conselho fiscal e o conselho de administração, por solicitação deles, para discutir acerca de políticas, práticas e procedimentos identificados no âmbito das suas respectivas competências.

36. O conselho fiscal, diferentemente do conselho de administração e do comitê de auditoria, é um órgão divisível da companhia. Isso significa que ele opera tanto como colegiado quanto pela atuação individual de seus membros. Da lista legal de competências do conselho fiscal, destacam-se, de um lado, aquelas sobre as quais o colegiado somente pode deliberar se estiver reunido (LSA, art. 163, II, III, V, VII, §§ 5º e 8º), e nas quais prevalece o princípio majoritário; e, de outro, as competências que o membro pode exercer individualmente, isto é, sem a necessidade de prévia deliberação com seus pares (LSA, art. 163, I, IV, §§ 2º e 4º).

### Competências

37. Enfim, passa-se a confrontar as competências dos órgãos em estudo.

38. O conselho de administração é órgão decisório e fiscalizador, com competências para deliberar sobre quaisquer matérias relacionadas à administração ordinária da instituição, exceto as que se inserem na competência privativa da assembleia geral. Nos termos do art. 142 da LSA, compete-lhe especificamente: i) fixar a orientação geral dos negócios sociais; ii) eleger e destituir os diretores; iii) fiscalizar a gestão dos diretores; iv) convocar a assembleia geral; v) manifestar-se sobre o relatório da administração, as contas da diretoria e sobre atos ou contratos; vii) deliberar sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição; viii) autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a terceiros; e ix) escolher e destituir os auditores independentes, se houver.

39. O comitê de auditoria possui competências voltadas ao assessoramento da administração da sociedade na supervisão dos trabalhos da auditoria interna e independente, no acompanhamento do processo de elaboração e divulgação das demonstrações contábeis e avaliação do cumprimento dos controles internos. Essas atribuições foram relacionadas, de modo sintético, no item 16 da presente manifestação, ao qual se roga ao leitor que se reporte.

40. Já o conselho fiscal possui atribuições voltadas à fiscalização da gestão da instituição. De modo específico, compete-lhe, segundo o art. 163 da LSA: i) fiscalizar, por qualquer de seus membros, os atos dos administradores; ii) opinar sobre o relatório anual da administração; iii) opinar sobre a emissão de debêntures ou bônus de subscrição, planos de investimento ou orçamentos de capital, distribuição de dividendos, transformação, incorporação, fusão ou cisão; iii) denunciar aos órgãos de administração ou à assembleia geral os erros, fraudes ou crimes que descobrirem; iv) analisar o balancete e demais demonstrações financeiras. Além disso, se a instituição tiver auditores independentes, o conselho fiscal, a pedido de qualquer de seus membros, poderá solicitar-lhes esclarecimentos ou informações, e a apuração de fatos específicos (art. 163, § 4º, da LSA).

41. A comparação entre as características dos referidos órgãos revela que o comitê de auditoria diferencia-se substancialmente do conselho de administração, porém, até certo ponto, guarda similitude, no que se refere às suas atribuições, com o conselho fiscal.

42. Como visto, o conselho de administração é órgão integrante da administração da sociedade, previsto em lei, com poderes para decidir sobre praticamente todos os aspectos relacionados à gestão dos negócios da sociedade. O comitê de auditoria, por sua vez, é órgão subalterno ao conselho de administração, destinado a auxiliá-lo no exercício de apenas algumas de suas competências, quais sejam, aquelas voltadas à fiscalização da gestão dos diretores, ao acompanhamento das práticas contábeis empregadas pela sociedade e à escolha e avaliação da efetividade das auditorias independente e interna. Esse órgão estatutário jamais poderia substituir o conselho de administração ou exercer suas atividades, em virtude da indelegabilidade dos poderes e atribuições conferidos por lei aos órgãos de administração, prevista no art. 139<sup>17</sup> da LSA.

---

17 “Art. 139. As atribuições e poderes conferidos por lei aos órgãos de administração não podem ser outorgados a outro órgão, criado por lei ou pelo estatuto.”

A circunstância de não haver impedimento a que os membros do conselho de administração sejam também membros do comitê de auditoria não denota identidade de atribuições entre esses órgãos; antes, revela a ascendência que o órgão de administração possui sobre o referido comitê.

43. De modo diverso, o conselho fiscal, diante dos poderes que lhe foram conferidos para exercer a fiscalização da gestão da sociedade, notadamente fiscalizar os atos dos administradores, examinar as demonstrações financeiras e solicitar esclarecimentos ou informações dos auditores independentes (LSA, art. 163, incisos I, VII e § 4º), tangencia diversas atribuições do comitê de auditoria. A esse respeito, é oportuno registrar que a Resolução nº 3.081, de 29 de julho de 2003, que disciplinava os comitês de auditoria anteriormente à Resolução nº 3.198, de 2004, permitia que o conselho fiscal, mediante adaptação de suas funções, exercesse as funções do comitê de auditoria. Criava-se, assim, o que o mercado passou a denominar “conselho fiscal turbinado”. No entanto, essa possibilidade foi eliminada pela Resolução nº 3.170, de 2004, que revogou, nesse ponto, a Resolução nº 3.081, de 2003. A regra não foi restaurada até hoje. Segundo se extrai do Voto BCB nº 353, de 2003 (anexo ao Voto CMN nº 126, de 2003), que conduziu à aprovação da Resolução nº 3.170, de 2004, a revogação dessa faculdade teve a intenção de deixar clara a distinção e complementaridade dos referidos órgãos.

44. Se é certo que o conselho fiscal pode desempenhar atribuições próprias do comitê de auditoria, o inverso não pode ocorrer. Isso porque o § 7º do art. 163 da LSA estabelece que as atribuições e poderes conferidos pela lei ao conselho fiscal não podem ser outorgados a outro órgão da companhia.

45. Uma semelhança marcante entre o comitê de auditoria e o conselho fiscal reside na circunstância de ambos funcionarem como órgãos de assessoramento, conquanto essa característica seja mais perceptível no primeiro órgão referido. Todavia, enquanto o comitê de auditoria se destina a assessorar diretamente a administração da sociedade, o conselho fiscal trabalha em prol da assembleia geral. O conselho fiscal, por força de sua atribuição de fiscalizar os atos dos administradores (art. 163, I, LSA) atua de forma mais independente em relação à administração da sociedade. Já o comitê de auditoria apresenta-se inteiramente subordinado ao órgão de cúpula da administração.

46. Cabe, ainda, ressaltar que o art. 13, I, “a”, 4, do Regulamento anexo à Resolução nº 3.198, de 2004, impede que, nas instituições com ações negociadas

em bolsa e nas de capital fechado cujo controle seja detido pela União, Estados ou Distrito Federal, participem do comitê de auditoria os membros do conselho fiscal da instituição e de suas ligadas. De outro lado, saliente-se que, nos casos em que o membro do comitê de auditoria for empregado da companhia ou de sociedade controlada ou do mesmo grupo, não poderá ele ser eleito para o conselho fiscal, em virtude do disposto no § 2º<sup>18</sup> do art. 162 da LSA.

47. Por último, tendo em vista a questão primordial que originou a consulta objeto da presente manifestação, ressalte-se novamente que, nas instituições cujo controle seja detido pela União, Estados ou Distrito Federal, o membro do comitê de auditoria não deve ser ocupante de cargo efetivo licenciado no âmbito dos respectivos governos e não dever ser, ou ter sido nos últimos doze meses, ocupante de cargo efetivo ou função no âmbito dos respectivos governos (art. 13, § 1º, do Regulamento anexo à Resolução nº 3.198, de 2004).

## CONCLUSÃO

48. Por todo o exposto, concluiu-se que:

- a) a natureza jurídica dos comitês de auditoria é de **órgão estatutário com funções técnicas e de aconselhamento** da administração da instituição;
- b) os comitês de auditoria de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil possuem características que lhe conferem natureza própria, isto é, distinta da de outros órgãos da sociedade, notadamente do conselho de administração e do conselho fiscal;
- c) a comparação entre as características dos referidos órgãos revela que o comitê de auditoria diferencia-se substancialmente do conselho de administração, porém guarda similitude com o conselho fiscal, no que se refere às suas atribuições;

---

18 “Art. 162. Somente podem ser eleitos para o conselho fiscal pessoas naturais, residentes no País, diplomadas em curso de nível universitário, ou que tenham exercido por prazo mínimo de 3 (três) anos, cargo de administrador de empresa ou de conselheiro fiscal.

[...]

§ 2º Não podem ser eleitos para o conselho fiscal, além das pessoas enumeradas nos parágrafos do artigo 147, membros de órgãos de administração e empregados da companhia ou de sociedade controlada ou do mesmo grupo, e o cônjuge ou parente, até terceiro grau, de administrador da companhia.” (G.n.)

- d) o comitê de auditoria assemelha-se ao conselho de administração apenas no que diz respeito à natureza de órgão colegiado. No mais, diferenciam-se essencialmente os referidos órgãos, seja em relação às suas competências, seja no que toca à sua posição na estrutura orgânica da sociedade, seja por força da relação de subordinação que os une;
- e) o comitê de auditoria jamais poderia substituir ou exercer as competências do conselho de administração, em virtude da indelegabilidade dos poderes e atribuições conferidos por lei aos órgãos de administração, nos termos do art. 139 da LSA;
- f) o conselho fiscal, diante dos poderes que lhe foram conferidos para exercer a fiscalização da gestão da sociedade, notadamente fiscalizar os atos dos administradores, examinar as demonstrações financeiras e solicitar esclarecimentos ou informações dos auditores independentes, tangencia diversas atribuições do comitê de auditoria;
- g) semelhança marcante entre o comitê de auditoria e o conselho fiscal reside na circunstância de ambos funcionarem como órgãos de assessoramento, conquanto o primeiro se destine a assessorar os órgãos de administração da sociedade e o segundo, a assembleia geral;
- h) o conselho fiscal poderia, em tese, desempenhar atribuições próprias do comitê de auditoria, mas o inverso não poderia ocorrer, por força da vedação legal a que as atribuições e poderes conferidos pela lei ao conselho fiscal sejam outorgados a outro órgão (art. 163, §7º, da LSA);
- i) o art. 13, I, “a”, 4, do Regulamento anexo à Resolução nº 3.198, de 2004, impede que, nas instituições com ações negociadas em bolsa e nas de capital fechado cujo controle seja detido pela União, Estados ou Distrito Federal, participem do comitê de auditoria os membros do conselho fiscal da instituição e de suas ligadas.
- j) nos casos em que o membro do comitê de auditoria for empregado da companhia ou de sociedade controlada ou do mesmo grupo, não poderá ele ser eleito para o conselho fiscal, em virtude do disposto no § 2º do art. 162 da LSA.
- k) nas instituições cujo controle seja detido pela União, Estados ou Distrito Federal, o membro comitê de auditoria não deve ser ocupante de cargo efetivo licenciado no âmbito dos respectivos governos e não dever ser, ou ter

sido nos últimos doze meses, ocupante de cargo efetivo ou função no âmbito dos respectivos governos (art. 13, § 1º, do Regulamento anexo à Resolução nº 3.198, de 2004).

À consideração de Vossa Senhoria.

*Igor Arruda Aragão*

*Assessor Jurídico*

*Coordenação-Geral de Consultoria Internacional, Monetária e em Regimes Especiais (COPIM)*

De acordo com o bem fundamentado parecer.

2. Pode-se observar, diante da exposição acima, que há semelhanças e dessemelhanças entre os comitês de auditoria e os conselhos de administração e fiscal, a depender do critério que seja adotado.

3. Em última análise, não obstante, todos têm natureza jurídica de órgão societário e são criados pela companhia, mediante previsão em seu estatuto social. Parece-me irrelevante, nesse caso, o fato de os critérios que impõem a obrigação de constituição do órgão societário estarem presentes em ato normativo de estatura legal (v.g., a Lei das S.A.) ou infralegal (v.g., a Resolução nº 3.198, de 2004), conquanto esse último tenha sido editado com base em competência normativa estabelecida em lei (no caso do Conselho Monetário Nacional, a Lei nº 4.595, de 1964).

4. Nessa linha, julgo pertinente acrescentar aos elementos aglutinados pelo parecerista que é possível depreender dos documentos elaborados pela *Securities and Exchange Commission* (SEC),<sup>19</sup> inspiradores da iniciativa do Conselho Monetário Nacional (CMN) de estabelecer a obrigação de criação de comitês de auditoria em instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, que essa espécie de órgão societário tem duas finalidades, uma imediata e outra mediata, que, por sua vez, coincidem com as finalidades dos conselhos de administração e fiscal. A primeira é **resguardar os interesses dos acionistas** e a segunda, **proteger os demais investidores e participantes do mercado;**

---

19 Por todos, cf. *Standards Relating to Listed Company Audit Committees*, disponível em: [http://www.sec.gov/rules/proposed/34-47137.htm#P125\\_20537](http://www.sec.gov/rules/proposed/34-47137.htm#P125_20537). Acesso em: 6 mar. 2013.

finalidades que serão atingidas na medida em que aquele comitê efetue a fiscalização dos atos e dos procedimentos adotados pelas instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil e por seus auditores independentes.

5. Com base nessas avaliações, creio que se pode afirmar que os comitês de auditoria têm a mesma natureza dos conselhos de administração e fiscal, isto é, de órgãos societários criados pelo estatuto social, e igualmente servem para que os acionistas possam fazer valer sua vontade e ver seus interesses defendidos, no que toca à gestão da sociedade. No entanto, não se pode olvidar o fato de que, para executar suas tarefas, cada órgão se vale de conjuntos de atribuições específicos e distintos uns dos outros, conforme descrito no parecer. Enquanto o comitê de auditoria se encontra mais voltado para os processos de controle interno e de elaboração das demonstrações financeiras, o conselho de administração se dirige para a orientação dos negócios da companhia, e o conselho fiscal, para a supervisão geral das atividades dos administradores.

6. Por fim, sugiro que sejam encaminhados à Consultoria-Geral da União os votos CMN nº 36 e 126, ambos de 2003, e 48, de 2004, que fundamentam, respectivamente, a aprovação das Resoluções nº 3.081, de 2003, e 3.170 e 3.198, ambas de 2004, e não contêm informação sujeita a sigilo.

À consideração da Sra. Subprocuradora-Geral titular da Câmara de Consultoria Geral.

*Danilo Takasaki Carvalho*

*Procurador-Chefe*

*Coordenação-Geral de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (CONOR)*

(Seguem despachos.)

De acordo.

Ao Sr. Procurador-Geral, nos termos da Ordem de Serviço nº 4.747, de 19 de abril de 2012.

*Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira*  
*Subprocuradora-Geral do Banco Central*  
*Câmara de Consultoria Geral*

Aprovo.

Expedido o Ofício 4843/2013-BCB/PGBC, que subscrevo, encerre-se o PE.

*Cristiano de Oliveira Lopes Cozer*  
*Procurador-Geral do Banco Central, Substituto*

## **Parecer Jurídico 263/2013-BCB/PGBC**

Parecer que analisa o abono de permanência previsto no § 19 do art. 40 da Constituição Federal de 1988, em razão de estarem satisfeitos os requisitos para aposentadoria previstos no art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005.

**João Marcelo Rego Magalhães**

Procurador

**Leonardo de Oliveira Gonçalves**

Procurador-Chefe

**Cristiano de Oliveira Lopes Cozer**

Procurador-Geral Adjunto do Banco Central

**Isaac Sidney Menezes Ferreira**

Procurador-Geral do Banco Central

Parecer Jurídico 263/2013-BCB/PGBC  
Pt 1201565195

Brasília, 29 de julho de 2013.

*Ementa: Consultoria administrativa. Servidor público. Abono de permanência. Concessão ao servidor que permanece em serviço após satisfazer as condições para aposentadoria com base na regra do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005. Impossibilidade. Ausência de previsão constitucional ou legal. Aplicação de norma por analogia, com fundamento apenas no princípio da isonomia, levaria à criação de regra constitucional pelo administrador. Necessária prevalência do princípio da legalidade constitucional.*

Senhor Procurador-Chefe,

## ASSUNTO

Tratam os autos de requerimento formulado ao Depes pelo servidor xxxx (fl. 1), datado de 31 de agosto de 2012, relativo ao pagamento do abono de permanência previsto no § 19 do art. 40 da Constituição Federal de 1988, em razão de estarem satisfeitos os requisitos para aposentadoria previstos no art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005.

2. Como suporte para tal pleito, afirma o requerente que, “apesar do sistema de simulação de aposentadoria do BC prever o direito ao abono de permanência a partir de 12.11.2012, recente decisão do Tribunal de Contas da União (...) entende ser lícita a concessão de abono de permanência, de que trata o art. 3º, parágrafo 1º, da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, nas hipóteses em que sejam implementados, por servidores ou magistrados, os requisitos para aposentadoria com base na regra do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005, no caso de opção por permanecer em atividade, sendo aplicável

ao caso, por analogia, o disposto no art. 86 da Orientação Normativa MPS/SPS nº 2, de 2009”.

3. Os autos foram instruídos com cópia do inteiro teor do Acórdão nº 1482/2012-TCU-Plenário (fls. 2/8), mencionado pelo requerente em seu pedido, e com a simulação de aposentadoria do SIARH (transação PGRHB136 do Sisbacen, fl. 9), que informa a possibilidade de o requerente solicitar o pagamento do abono de permanência apenas a partir de 12 de novembro de 2012, apesar de sua aposentação com proventos integrais ter sido possível já a partir de 18 de julho de 2012, de acordo com a regra do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 2005.

4. Em seu despacho de fls. 11/13, o Depes/Conor indaga à Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) se “*é possível a aplicação do entendimento do TCU exarado no Acórdão nº 1482/2012-TCU-Plenário, de modo a autorizar o pagamento de abono de permanência ao servidor Domingos Antônio Reis, que implementou os requisitos para aposentadoria com fulcro na regra do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005, bem como nos demais casos análogos*”.

5. O Subprocurador-Geral titular da CC3PG, por seu turno, em razão de se encontrar em situação similar àquela do requerente, absteve-se de atuar neste processo e determinou que as conclusões obtidas por meio deste Parecer sejam submetidas ao Procurador-Geral Adjunto e, posteriormente, ao Procurador-Geral, como determina o inciso I do § 2º do art. 9º da Ordem de Serviço nº 4.747, de 19 de abril de 2012, combinado com a parte final da alínea “a” do inciso V do art. 37 do Regimento Interno do Banco Central.

## APRECIACÃO

### 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ABONO DE PERMANÊNCIA

6. A primeira manifestação histórica de um “abono de permanência” no serviço público pátrio surgiu por um Decreto do príncipe regente Dom Pedro de Alcântara, baixado em 1º de outubro de 1821, em que se previu que os mestres e professores que, tendo completado o tempo de 30 (trinta) anos de magistério,

não quisessem se aposentar, receberiam o acréscimo de 1/4 (um quarto) sobre o valor de seus ordenados<sup>1</sup>.

7. Muito tempo depois, a Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social), previu, em seu art. 32, § 4º, que todo segurado do regime geral com idade de 55 (cinquenta e cinco) anos e pleno direito à aposentadoria por tempo de serviço, que optasse por continuar na qualidade de empregado, faria jus a um abono mensal de 25% (vinte e cinco por cento) do salário de benefício, pago pela instituição de previdência social em que estivesse inscrito.

8. Posteriormente, o Decreto nº 77.077, de 24 de janeiro de 1976 (Consolidação das Leis da Previdência Social – CLPS), em seu art. 43, garantiu ao segurado que, tendo direito à aposentadoria por tempo de serviço, optasse pelo prosseguimento na atividade, um abono de permanência em serviço, mensal, calculado na forma de 25% (vinte e cinco por cento) do salário de benefício, para o segurado com 35 (trinta e cinco) anos ou mais de atividade, e de 20% (vinte por cento) do salário de benefício, para o segurado que tivesse entre 30 (trinta) e 35 (trinta e cinco) anos de atividade.

9. A previsão de um abono mensal de 25% (vinte e cinco por cento) do valor da aposentadoria devida para o segurado com 35 (trinta e cinco) anos ou mais de serviço e para a segurada com 30 (trinta) anos ou mais de serviço estava expressa também no art. 87 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, o que perdurou até a completa revogação da matéria, que se deu com a Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994.

10. Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, em seus arts. 3º, § 1º, e 8º, § 5º, previu que os servidores públicos que tivessem cumprido os requisitos ali estabelecidos (que tratavam, respectivamente, da regra geral e da regra de transição do regime previdenciário então vigente), fariam jus a uma isenção de sua contribuição previdenciária até completar os requisitos da aposentadoria compulsória. Na prática, tal isenção tinha a mesma finalidade dos abonos já conhecidos: incentivar o servidor, por meio de acréscimo em seus vencimentos, a não se aposentar.

11. Em sua conformação atual, como instituto jurídico pertinente ao regime estatutário, o abono de permanência foi introduzido em nosso ordenamento

---

1 Antônio Carlos de Oliveira. *Direito do trabalho e previdência social: estudos*. São Paulo: Ltr, 1996, pág. 21.

pela Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que acresceu ao art. 40 da Constituição Federal de 1988 o seguinte parágrafo:

*Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.*

(...)

*§ 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II.*

12. Além desta previsão genérica, a Emenda Constitucional nº 41, de 2003, nos artigos 2º, § 5º, e 3º, § 1º, previu ainda a percepção do abono de permanência para os servidores que cumprissem os respectivos requisitos. Vejamos o conteúdo de tais dispositivos:

*Art. 2º Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:*

*I - tiver cinqüenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;*

*II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;*

*III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:*

*a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e*

*b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea a deste inciso.*

(...)

*§ 5º O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no caput, e que*

*opte por permanecer em atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.*

*Art. 3º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.*

*§ 1º O servidor de que trata este artigo que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária e que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se homem, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.*

13. Assim, por força do citado art. 2º, § 5º, da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor ingresso no serviço público até 16 de dezembro de 1998 (data de publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998), tendo alcançado 53 (cinquenta e três) anos de idade e 35 (trinta e cinco) de contribuição, se homem, ou 48 (quarenta e oito) anos de idade e 30 (trinta) de contribuição, se mulher, contando em qualquer caso com, no mínimo, 5 (cinco) anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria e observando ainda um período adicional de contribuição calculado na forma da alínea “b” do inciso III do *caput* daquele artigo, optando por permanecer na ativa, faz jus a abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória.

14. Já a regra do art. 3º dessa Emenda ressalva o direito adquirido à aposentadoria bem como à percepção de pensão aos servidores públicos e aos seus dependentes, que, até a data de sua publicação (31 de dezembro de 2003), tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente. A percepção do abono de permanência, como se viu, está garantida pelo § 1º deste mesmo artigo, desde que o servidor que deseje continuar em atividade conte com, no mínimo, 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, se mulher, e 30 (trinta) anos de contribuição, se homem.

## 2. REGRAS ESPECIAIS DE APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO QUE NÃO PREVEEM O ABONO DE PERMANÊNCIA

15. O art. 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, e o art. 3º da Emenda nº 47, de 2005, embora também encerrem regras especiais que, em particular, visam a garantir aposentadoria com proventos integrais aos servidores que ingressaram no serviço público até certa data, não mencionam que a permanência na atividade implicará concessão do abono aqui analisado<sup>2</sup>. Por tal peculiaridade, julgo pertinente trazer à colação aqueles enunciados:

Emenda Constitucional nº 41, de 2003:

*Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:*

*I - sessenta anos de idade, se homem, e cinqüenta e cinco anos de idade, se mulher;*

*II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;*

*III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e*

*IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.*

*Parágrafo único. (Revogado pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)*

Emenda Constitucional nº 47, de 2005:

---

2 Registro, pela possibilidade de influir na disciplina da matéria aqui versada, que tramita na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 418, de 14 de outubro de 2009, apresentada pela Deputada Andreia Zito, que visa inserir no art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 2005, a previsão de abono de permanência ao servidor público que opte por permanecer em atividade depois de haver cumprido as exigências para aposentadoria voluntária, com efeitos retroativos à data de vigência da Emenda Constitucional nº 41, de 2003. A matéria está na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) desde o dia 5 de dezembro de 2012.

*Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:*

*I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;*

*II - vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;*

*III - idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.*

*Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.*

### **3. REGRAS CONSTITUCIONAIS SOBRE APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO E SUA RELAÇÃO COM O ABONO DE PERMANÊNCIA: QUADRO COMPARATIVO**

16. Para melhor compreensão das diversas e sucessivas previsões normativas sobre os critérios de aposentadoria do servidor público, englobando desde a hipótese constitucional geral até as peculiares regras protetivas de situações consolidadas, expressas nas Emendas nº 41, de 2003, e nº 47, 2005, e a respectiva disciplina aplicável ao abono de permanência, apresento o seguinte quadro comparativo:

Regras do Regime Próprio de Previdência do Servidor	Normativo de regência	Hipóteses / Requisitos	Disciplina do Abono de Permanência
<p>Regra Geral</p> <p>Regra especial para os ingressos em cargo efetivo no serviço público até 16 de dezembro de 1998 (data de publicação da EC nº 20, de 1998)</p> <p>[Regra do Pedagogo]</p>	<p>CF, art. 40, §1º</p> <p>EC nº 41, de 2003, art. 2º</p>	<p>I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;</p> <p>II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;</p> <p>III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:</p> <p>a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem; e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;</p> <p>b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.</p> <p>Aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, quando o servidor, cumulativamente:</p> <p>I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;</p> <p>II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;</p> <p>III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:</p> <p>a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e</p> <p>b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea "a", deste inciso.</p>	<p>Previsto abono de permanência para os que atenderam os requisitos do §1º, III, "a" (conforme §19 do mesmo artigo)</p> <p>Previsto abono de permanência para os que atenderam os requisitos do <i>caput</i> (conforme §5º do mesmo artigo)</p>

<p>Regra especial para os que tenham cumprido todos os requisitos para obtenção de aposentadoria ou pensão até 31 de dezembro de 2003 (data de publicação da EC nº 41, de 2003)</p> <p>[Regra de transição entre a EC nº 20, de 1998, e a EC nº 41, de 2003]</p>	<p>EC nº 41, de 2003, art. 3º</p>	<p>É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.</p>	<p>Previsto abono de permanência para os que atenderam os requisitos da aposentadoria voluntária e que contem com, no mínimo, 25 anos de contribuição, se mulher, e 30 anos de contribuição, se homem (conforme §1º do mesmo artigo)</p>
<p>Regra especial de garantia de aposentadoria com proventos integrais para os ingressos até 31 de dezembro de 2003</p> <p>["Regra de Ouro"]</p>	<p>EC nº 41, de 2003, art. 6º</p>	<p>Preencher cumulativamente as seguintes condições (ressalvada a opção pela regra geral ou pela regra do art. 2º da EC nº 41, de 2003):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>I - sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;</li> <li>II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;</li> <li>III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e</li> <li>IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.</li> </ul>	<p>Não há previsão de abono de permanência</p>
<p>Regra especial de garantia de aposentadoria com proventos integrais para os ingressos até 16 de dezembro de 1998</p> <p>[Regra da Soma: 95 para homens e 85 para mulheres]</p>	<p>EC nº 47, de 2005, art. 3º</p>	<p>Preencher cumulativamente as seguintes condições (ressalvada a opção pela regra geral ou pelas regras dos arts. 2º e 6º da EC nº 41, de 2003):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;</li> <li>II - vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;</li> <li>III - idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do <i>caput</i> deste artigo.</li> </ul>	<p>Não há previsão de abono de permanência</p>

#### 4. NATUREZA JURÍDICA DO ABONO DE PERMANÊNCIA

17. Certa controvérsia doutrinária chegou a se formar acerca da natureza jurídica do abono de permanência instituído pela EC nº 41, de 2003. De um lado, ficaram os defensores da tese de que o abono teria natureza indenizatória, o que implicaria, por exemplo, a não incidência do imposto de renda sobre seu valor; de outra parte, estavam aqueles que o tinham por verba remuneratória específica, componente da base de cálculo sobre a qual deve ser auferido o montante daquela exação tributária<sup>3</sup>.

18. Atualmente, entretanto, não cabem maiores dúvidas sobre o caráter remuneratório do abono de permanência, entendimento que está pacificado tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Vejamos os argumentos que corroboram esta afirmação.

19. Inicialmente, cumpre discorrer, mesmo que de forma rápida, sobre as espécies de remuneração que podem ser percebidas pelos servidores públicos, o que faço a partir dos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles<sup>4</sup>:

*(...) a remuneração em sentido amplo da Administração direta e indireta para os servidores da ativa compreende as seguintes modalidades: a) subsídio, constituído de parcela única e pertinente, como regra geral, aos agentes políticos; b) remuneração, dividida em (b1) vencimentos, que corresponde ao vencimento (...) e às vantagens pessoais (...), e em (b2) salário, pago aos empregados públicos da administração direta e indireta regidos pela CLT, titulares de empregos públicos, e não de cargos públicos.*

*(...)*

*Vantagens pecuniárias são acréscimos ao vencimento do servidor, concedidas a título definitivo ou transitório, pela decorrência do tempo de serviço (ex facto temporis), ou pelo desempenho de funções especiais (ex facto officii), ou em razão das condições anormais em que se realiza o serviço (propter laborem), ou, finalmente, em razão de condições pessoais do servidor (propter personam).*

---

3 Sem embargo da polémica doutrinária, a Secretaria da Receita Federal, por meio do Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 24, de 4 de outubro de 2004, apressou-se em declarar que se sujeitavam à incidência do imposto de renda, devendo ser tributado na fonte e na Declaração de Ajuste Anual, na Declaração de Saída Definitiva do País ou na Declaração Final de Espólio, os rendimentos recebidos a título de Abono de Permanência, a que se referem o § 19 do art. 40 da Constituição Federal, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e o art. 7º da Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004.

4 Hely Lopes Meirelles. **Direito administrativo brasileiro**, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, págs. 445/466.

(...)

*Indenizações – São previstas em lei e destinam-se a indenizar o servidor por gastos em razão da função.*

20. Antes de seguir na exposição, cabe advertir que deve ser afastada qualquer analogia com o abono pecuniário de férias instituído pelo art. 143 do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT), que tem, sim, natureza indenizatória segundo o art. 144 do mesmo diploma legal, não apenas porque o regime celetista é diverso do estatutário, mas principalmente porque o termo “abono” foi ali empregado de forma equivocada, estando sedimentado na jurisprudência e na doutrina<sup>5</sup> que o conceito de abono na seara trabalhista deve ser tomado no sentido de antecipação salarial efetivada pelo empregador ao empregado, sendo inquestionável sua natureza jurídica de remuneração, como bem expresso no § 1º do art. 457 da CLT.

21. Especificamente sobre o conceito do abono de permanência, uma das primeiras manifestações doutrinárias pode ser extraída da obra de Mozart Victor Russomano, da qual apresento o seguinte excerto<sup>6</sup>:

*O abono de permanência em serviço é um sucedâneo transitório da aposentadoria por tempo de serviço, usado como estímulo à continuação do segurado em atividade enquanto estiver apto para o trabalho.*

*Por outras palavras: quando se fixou a aposentadoria por tempo de serviço, abriu-se margem a considerá-la um benefício excessivamente precoce, capaz de retirar da atividade produtiva nacional largas parcelas de segurados válidos. A idéia da concessão do abono de permanência nada mais é do que um esforço de fixação do segurado em sua atividade profissional ou econômica. Se preferirmos, é uma barreira à natural tentação do segurado de requerer a aposentadoria por tempo de serviço, concedida em condições muito liberais pelo legislador brasileiro.*

5 Maurício Godinho Delgado, *Curso de direito do trabalho*, 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, págs. 709/710.

6 Mozart Victor Russomano, *Comentários à consolidação das leis da previdência social*, São Paulo: RT, 1977, págs. 193/194.

22. Quanto à função desempenhada pelo abono de permanência previdenciário em relação à aposentadoria voluntária prevista na Constituição Federal, o magistério que merece destaque é o de José dos Santos Carvalho Filho<sup>7</sup>:

*Como depende basicamente da manifestação da vontade, a aposentadoria voluntária – é bom lembrar – não exige que o servidor tenha que afastar-se para a inatividade; ao contrário, pode permanecer trabalhando normalmente, mesmo que reunidos os pressupostos para a aquisição do benefício. Para compensar os servidores em semelhante situação, a Constituição lhes confere o que denominou de **abono de permanência**, cujo valor equivale à importância da contribuição previdenciária que vinham regularmente descontando; sendo assim, o servidor, apto à aposentadoria voluntária e continuando em atividade, fica isento da contribuição previdenciária, o que estampa, na prática, verdadeira elevação remuneratória indireta. O direito ao referido abono se estenderá até o momento em que o servidor atingir a idade-limite para a aposentadoria compulsória (art. 40, § 19, com a redação da EC 41/2003).*

23. De tais ensinamentos não destoa Fábio Zambitte Ibrahim, que tece os seguintes comentários sobre o instituto do abono de permanência<sup>8</sup>:

*O abono de permanência é previsto no art. 40, §19, da Constituição, algo semelhante ao que existia no RGPS. É, em verdade, um estímulo financeiro para o servidor, já com condições de aposentar-se por tempo de contribuição, continuar trabalhando. Usualmente, é interessante para o Poder Público, pois fixa um servidor trabalhando e ainda adia o pagamento de um benefício, e bom para o servidor, que poderá receber uma remuneração superior.*

24. Tais lições, muito claras quanto à natureza jurídica do abono de permanência e quanto aos objetivos pretendidos a partir da criação do instituto pelo legislador constituinte derivado, encontram pleno respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme se vê dos Acórdãos a seguir transcritos (com destaques inovadores):

---

7 José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de direito administrativo*, 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pág. 620.

8 Fábio Zambitte Ibrahim. *Curso de direito previdenciário*, 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, pág. 765.

ADMINISTRATIVO. ABONO DE PERMANÊNCIA. CANCELAMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DA AVERBAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO RURAL. PRAZO DECADENCIAL. ATO COMPLEXO.

(...)

*2. O abono de permanência, instituído pela Emenda Constitucional n. 41/2003, é o reembolso da contribuição previdenciária, devido ao servidor público que, já tendo cumprido todas as exigências legais para se aposentar, decide permanecer em atividade. Assim, para a sua concessão, impõe-se ao servidor público implementar todas as condições para aposentadoria voluntária.*

(REsp 1277616/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/02/2012, DJe 14/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ABONO DE PERMANÊNCIA. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS.

(...)

*2. Esta Seção manifestou-se sobre a natureza jurídica do abono de permanência, quando prestigiou, no acórdão embargado, o entendimento da Segunda Turma, que, ao julgar o REsp 1.105.814/SC, sob a relatoria do Ministro Humberto Martins, reconheceu a incidência do imposto de renda sobre o aludido abono com base nas seguintes razões de decidir: “O abono de permanência trata-se apenas de incentivo à escolha pela continuidade no trabalho em lugar do ócio remunerado. Com efeito, é facultado ao servidor continuar na ativa quando já houver completado as exigências para a aposentadoria voluntária. A permanência em atividade é opção que não denota supressão de direito ou vantagem do servidor e, via de consequência, não dá ensejo a qualquer reparação ou recomposição de seu patrimônio. O abono de permanência possui, pois, natureza remuneratória por conferir acréscimo patrimonial ao beneficiário e configura fato gerador do imposto de renda, nos termos do artigo 43 do Código Tributário Nacional.” (grifou-se). Com efeito, o abono de permanência é produto do trabalho do servidor que segue na ativa, caracterizando inegável acréscimo patrimonial, o que enseja a incidência do imposto de renda. Não cabe a alegação de que o abono de permanência corresponderia a verba indenizatória, pois não se trata de ressarcimento por gastos realizados no exercício da função ou de reparação por supressão de direito.*

(EDcl no REsp 1192556/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 27/10/2010, DJe 17/11/2010)

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – ART. 43 DO CTN –  
PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO – ABONO PERMANÊNCIA  
PREVISTO NO ART. 40, § 19, DA CF – NATUREZA JURÍDICA – VERBA  
REMUNERATÓRIA – IMPOSTO DE RENDA – INCIDÊNCIA.*

*(...)*

*2. Discute-se nos autos a natureza jurídica, para fins de incidência de imposto de renda, da verba denominada abono de permanência cabível ao servidor que, completado as exigências para aposentadoria voluntária, opte por permanecer em atividade.*

*3. É faculdade do servidor continuar na ativa quando já houver completado as exigências para aposentadoria voluntária. A permanência em atividade é opção que não denota supressão de direito ou vantagem do servidor e, via de consequência, não dá ensejo a qualquer reparação ou recomposição de seu patrimônio.*

*4. O abono de permanência possui natureza remuneratória por conferir acréscimo patrimonial ao beneficiário e configura fato gerador do imposto de renda, nos termos do artigo 43 do Código Tributário Nacional.*

*Recurso especial improvido.*

*(REsp 1105814/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 07/05/2009, DJe 27/05/2009)*

25. Como se pode perceber, o abono de permanência foi criado com o objetivo primordial de **incentivar a permanência em atividade do servidor que já completou os requisitos para a aposentação voluntária, sendo materializado por meio de um crédito de valor igual à contribuição previdenciária devida.**

26. Trata-se, portanto, de evidente vantagem pecuniária de previsão constitucional, concedida em decorrência de condições pessoais do servidor (*propter personam*), aferidas individualmente. Não cabe, portanto, falar em verba de natureza indenizatória, pois não há qualquer prejuízo sofrido pelo servidor, seja porque não perde o direito à aposentadoria já conquistado, seja porque opta livremente por não gozar o descanso remunerado, escolhendo continuar suas atividades sem sofrer os efeitos do desconto da contribuição previdenciária.

27. Cabe o registro, por fim, de que a natureza remuneratória do abono de permanência impõe sua inclusão na base de cálculo do imposto de renda, entendimento este, diga-se de passagem, bem sedimentado no âmbito do STJ<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Como se depreende das decisões colacionadas no item 24 *ut supra*.

No que se refere à incidência de contribuição previdenciária sobre o abono, a Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, excluiu expressamente o abono de permanência das verbas que compõem a base de cálculo de contribuição do servidor, conforme teor da redação de seu art. 4º, § 1º, inciso IX<sup>10</sup>.

## 5. QUESTÃO CONTROVERTIDA: NÃO PREVISÃO DO ABONO DE PERMANÊNCIA NAS REGRAS TRAZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 47, DE 2005

28. A controvérsia objeto deste parecer cinge-se ao fato de a Emenda Constitucional nº 47, de 2005, em seu art. 3º, não ter previsto abono de permanência para os servidores que, atendidos seus requisitos para obtenção de aposentadoria, permaneçam em atividade no serviço público, benefício conferido pelo § 19 do art. 40 da Constituição aos que se encontrem em condições de aposentar-se pela atual regra geral do regime próprio de previdência do servidor público. Não custa lembrar que a mesma omissão quanto ao direito ao abono é verificada nas regras do art. 6º da Emenda nº 41, de 2003.

29. Pois bem, é exatamente a partir de tais omissões que surgem duas ordens de argumentação possível: 1) o abono seria devido mesmo com a omissão constitucional<sup>11</sup>, em respeito ao princípio da isonomia, que veda tratamento diverso aos que se encontram na mesma situação jurídica ou quaisquer discriminações desprovidas de razoabilidade; ou 2) não seria devido o abono porque a omissão é, de fato, uma não previsão consciente do benefício, verdadeira vedação, em plena consonância com o princípio da legalidade constitucional<sup>12</sup>,

10 Art. 4º A contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será de 11% (onze por cento), incidentes sobre: (...)

§ 1º Entende-se como base de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual ou quaisquer outras vantagens, excluídas:

(...)

IX - o abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da Constituição Federal, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003;

11 A omissão aqui tratada não é aquela que enseja a utilização de ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou mandado de injunção, pois não há mora do legislador em regulamentar previsão de direito ou garantia constitucional. O que existe, de fato, é uma não previsão em texto de Emenda à Constituição de um direito devido em outras situações.

12 Deve ficar bem assentado que, ao se falar em princípio da legalidade, não se pode limitá-lo ao âmbito das leis e demais espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal. É preciso entender que a noção de legalidade está ligada inclusive e primordialmente à conformidade do ato estatal com a Constituição. Justamente por este motivo, a legalidade mencionada neste estudo é a que se entende por "legalidade constitucional".

que impõe ao administrador só conceder direito que estiver expressamente previsto na Constituição e nas leis.

### 5.1. O princípio da isonomia, a vedação ao tratamento discriminatório e às distinções desprovidas de razoabilidade, o entendimento do Tribunal de Contas da União e o uso da analogia

30. O princípio da isonomia ou da igualdade é de tal relevância que sua fórmula básica – tratar de forma igual os iguais, e desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades – foi positivada no texto de nossa Constituição, como se vê da leitura do art. 5º, *caput*<sup>13</sup>. As grandes questões que envolvem o postulado da isonomia são a busca por revelar em que medida certas categorias diferem e qual o ponto em que um tratamento desigual de certos grupos supostamente desiguais deixa de concretizar essa diretriz e passa a ser uma conduta discriminatória.

31. Desde logo, deve ser dito que apenas as razões que possam ser concretamente apuradas, sem envolver qualquer grau de subjetivismo, é que servem de fundamento para diferenciar um sujeito de outro quanto a certo tratamento jurídico. Todavia, não só razões de ordem jurídica, mas de natureza social, política, econômica e financeira, podem também levar a uma distinção entre categorias, não havendo em tais situações qualquer afronta ao princípio da isonomia. De toda sorte, o tratamento diferenciado deve ser o suficiente para igualar em direitos e obrigações aqueles que estavam em posições assimétricas. Qualquer imposição que destoe do equilíbrio objetivado, mostrando-se desarrazoada, é medida discriminatória e deve ser repelida.

32. Abordando o tema de forma paradigmática em nossa doutrina, servindo de norte a qualquer consideração sobre o assunto, calha transcrever as seguintes lições de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>14</sup>:

---

13 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

14 Celso Antônio Bandeira de Mello. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1995, págs. 41/42.

*Para que um discrimen legal seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impende que concorram quatro elementos:*

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;*
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;*
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;*
- d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.*

*O último elemento encarece a circunstância de que não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais. Não basta, pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexó entre a diferença e um conseqüente tratamento diferenciado. Requer-se, demais disso, que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente. É dizer: as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva não de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional.*

33. Versando sobre a controvérsia aqui examinada e fundado justamente em uma possível discriminação atentatória da isonomia, faz-se necessário considerar o posicionamento do Tribunal de Contas da União (TCU) em relação à não previsão do abono de permanência no art. 3º da Emenda nº 47, de 20005, materializado no Acórdão nº 1482/2012–TCU–Plenário<sup>15</sup>. Em seu voto, o Ministro André Luís de Carvalho acompanhou e incorporou, como razões de decidir, as conclusões obtidas pela Secretaria de Fiscalização de Pessoal, dentre as quais se destaca o seguinte trecho (com grifo inovador):

*25. O próprio Acórdão 698/2010-TCU-Plenário, mencionado pela autoridade consulente, manifestou, por meio do Voto que o suporta, o entendimento de que ‘o abono de permanência foi criado como forma de incentivo para que o servidor permaneça em atividade, retardando a aposentadoria em contrapartida à inexistência de pagamento da contribuição previdenciária’,*

<sup>15</sup> Julgado em 13 de junho de 2012.

*‘a concessão do benefício representa uma economia aos cofres públicos, pois, continuando o agente público em atividade, a Administração não teria que lhe pagar proventos de aposentadoria e nem necessidade de prover nova admissão, com vistas a preencher o cargo que ficaria vago caso o servidor optasse por se aposentar’ e, ‘ao mesmo tempo, institui-se um incentivo para que se possa contar com uma força de trabalho supostamente capacitada e experimentada na atividade’. Desse modo, ‘adotar uma interpretação restritiva aos dispositivos constitucionais que regulam a questão seria caminhar no sentido de apequenar a eficácia do instituto do abono de permanência, contrastando com a própria finalidade dos ditames presentes na Carta Magna. Assim, a interpretação que mais tutela os interesses dos servidores e da Administração é a que protege a meta, o sentido (têlos) dos dispositivos sob análise’, garantindo ‘o referido direito para aqueles que, mesmo podendo se aposentar de forma voluntária com base no art. 2º da EC nº 41/2003, mantenham-se na atividade’, bem como ‘o pagamento do dito benefício para aqueles que reúnem condições para se inativar sob as regras vigentes até a edição da referida EC nº 41/2003, desde que se mantenham em atividade’, ficando evidente ‘que o legislador constitucional, ao criar a figura do abono de permanência, no âmbito da EC nº 41/2003, teve a intenção de estendê-la a todas as hipóteses de aposentadoria voluntária, vigentes àquela época, seja em âmbito constitucional, seja em âmbito legal, em respeito ao direito adquirido até então’ (...) Desse modo, ‘não há justa razão para que alguns servidores públicos com direito à aposentadoria voluntária, ainda que especial, ao optarem por continuar trabalhando até a aposentadoria compulsória, deixem de receber o abono de permanência, enquanto outros, submetidos ao mesmo regime de previdência, fazem jus ao benefício caso permaneçam na ativa’, e ‘a única forma de harmonizar o § 19 do art. 40 da CF aos princípios e valores constitucionais, entre os quais a eficiência administrativa e, sobretudo, a isonomia, é aceitar a tese de que o que justifica o pagamento do abono de permanência aos servidores sujeitos à aposentadoria especial é o seu direito à aposentadoria voluntária que, nesse caso, deve prevalecer à literalidade do texto do dispositivo’.*

34. Na proposta de deliberação, devidamente acolhida pelo colegiado, o Ministro Relator foi ainda mais assertivo (grifos inseridos):

*5. A par de todas as considerações expendidas pela unidade técnica, entendo que, para que se possa obter uma ampla compreensão do tema, necessário se faz estabelecer a devida distinção entre os dois pontos que são tratados nos autos: aposentadoria e abono de permanência.*

6. Ao estabelecer novas regras de aposentadoria para os servidores admitidos antes de 16/12/1998, o art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 6 de julho de 2005, reformou os direitos que já assistiam aos servidores públicos que se encontravam nessa condição. É que, a partir da edição da EC nº 47/2005, tornou-se possível, para aquele se enquadre na regra de transição nela estabelecida, que cada ano de contribuição excedente ao mínimo exigido corresponda a um ano de desconto em relação à idade mínima exigida.

7. Trata-se, volto a dizer, da reforma sobre o direito ao benefício de aposentadoria que assistia a esses servidores, com reflexos exclusivos sobre a contagem de tempo de contribuição, sem que tal modificação tenha resultado em efeitos sobre o regime previdenciário a que eles se encontravam vinculados, tampouco sobre os demais benefícios a que tinham direito antes da mudança e que não foram tratados pela EC nº 47/2005.

8. Bem se vê que, além do benefício de aposentadoria que já lhes era garantido antes da edição da EC nº 47/2005, os servidores com ingresso no serviço público anterior a 16/12/1998 já faziam jus também ao benefício do abono de permanência – para o caso daqueles que, tendo cumprido as condições exigidas para a inatividade, optassem por permanecer na atividade. E, sendo assim, entendo que o silêncio da EC nº 47/2005 quanto ao benefício do abono de permanência não pode ser invocado com vistas a que se dê uma interpretação restritiva ao alcance para a concessão do abono, mesmo porque, segundo a boa técnica de interpretação, como a EC 20/1998 e a EC 47/2005 constituem normas geral e especial, respectivamente, as disposições desta emenda específica não deveriam necessariamente modificar nem revogar as disposições veiculadas por aquela emenda de caráter geral, salvo quando, expressa ou tacitamente, houver disposição em contrário.

9. Enfim, e à vista das considerações ora expendidas, reafirmo minha anuência ao encaminhamento sugerido pela unidade técnica, no sentido de que o consulente seja informado da plausibilidade jurídica de concessão de abono de permanência nas hipóteses em que sejam cumpridos, por servidores ou magistrados, os requisitos para aposentadoria com base na regra do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005, no caso de opção por permanecer em atividade, sendo aplicável ao presente caso por analogia, o disposto nos arts. 58, 67, 81 e 86, da Orientação Normativa MPS/SPS nº 2, de 31 de março de 2009 (...).

35. As razões apresentadas pela área técnica do TCU se apoiam, ainda que não diretamente, na tese de que violaria o princípio da isonomia conceder o referido abono aos servidores que fizeram jus à aposentação com base no art. 40

da Constituição Federal, permanecendo em atividade, e não fazer o mesmo em relação aos que adquiriram o direito à aposentadoria voluntária com base em regras previstas em Emendas Constitucionais posteriores e, da mesma forma, optaram por permanecer em serviço.

36. O aresto exarado pelo TCU alberga ainda a aplicação analógica de alguns dispositivos da Orientação Normativa MPS/SPS nº 2, de 31 de março de 2009, mesmo ausente qualquer disposição constitucional ou legal sobre o pagamento de abono na hipótese prevista na Emenda nº 47, de 2005.

37. Com o devido respeito à posição do eminente Ministro Relator, não vejo como acolher a tese encampada pelo Tribunal de Contas da União, em que se observa a prevalência da regra da isonomia. A concretização de um tratamento isonômico entre categorias que supostamente estejam na mesma situação jurídica deve desafiar, regra geral, a atuação do legislador, seja o constituinte ou o ordinário.

## 5.2. O princípio da legalidade, a lacuna constitucional, o “silêncio eloquente” e a reserva legal para a criação de despesa pública

38. Salvo melhor juízo, a omissão em texto constitucional em matéria de remuneração de servidores públicos – e aqui há de se considerar que o conteúdo de uma Emenda tem o mesmo *status* dos dispositivos constitucionais, por força da noção de “bloco de constitucionalidade” –, ainda que conduzisse, por hipótese, a um tratamento discriminatório entre categorias de condição jurídica semelhante<sup>16</sup>, não pode ser sanada pela aplicação do método integrativo da analogia, devendo a solução de tal lacuna ser formulada pelo legislador, não podendo nem o administrador nem o juiz, por interpretação e vontade próprias, conceder aumento de estipêndios. Nesse sentido, aliás, o teor da Súmula nº 339 do STF:

*Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.*

---

16 Não se afirma que o caso concreto analisado no presente parecer configure situação de tratamento discriminatório. A alusão à existência de discriminação, neste ponto, é feita apenas com propósitos argumentativos.

39. A afirmação lançada no parágrafo anterior repousa na construção teórica do princípio da legalidade, fundamento do Estado Democrático de Direito.

40. Com o objetivo de apresentar a base doutrinária do princípio da legalidade, recorro novamente aos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>17</sup>:

*Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.*

*Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo (...) garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.*

*(...)*

*Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes (...) só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.*

41. A força cogente do princípio da legalidade, que impõe a estrita obediência do administrador ao que está previsto em lei, também está sedimentada no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), como se vê dos seguintes arestos (com grifos):

<sup>17</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, págs. 102/104.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. GRATIFICAÇÃO DE APOIO FAZENDÁRIO - GAF. LEI DISTRITAL 4.728/08. EXTENSÃO DO BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 339/STF.

1. *Integrantes da carreira de Apoio Técnico Fazendário impetraram mandado de segurança buscando a extensão da Gratificação de Apoio Fazendário - GAF, no percentual de 100% do maior padrão da carreira, instituída pela Lei Distrital 4.728/08 somente em favor daqueles que exercem a especialidade de Agente de Portaria.*

2. *A Administração Pública é regida pelo princípio da estrita legalidade, segundo o qual a atuação do administrador depende de autorização legal. Nos casos relativos a despesas públicas, a exemplo da concessão de aumento a servidores públicos, o espectro de atuação da entidade pública ainda encontra-se submetido aos princípios orçamentários, os quais impõem uma série de limitações, como a previsão dos gastos nas leis orçamentárias e o cumprimento dos percentuais contidos na lei de responsabilidade fiscal.*

3. *Tratando-se de gratificação legalmente concedida apenas a uma determinada especialidade, como os Agentes de Portaria, não há violação a direito líquido e certo praticado por autoridade administrativa, quando esta denega a extensão do benefício às demais categorias, porquanto compete-lhe tão-somente cumprir o mandamento contido na lei.*

4. *Não cabe ao Judiciário, sob o fundamento de isonomia, aumentar vencimentos ou estender benefícios remuneratórios a servidor público, por tratar-se de incumbência reservada ao legislador. Incidência da Súmula 339/STF.*

5. *Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.*

*(RMS 31759/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 19/08/2010)*

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO. AFERIÇÃO EM BOMBAS DE COMBUSTÍVEIS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. ART. 8º DA LEI 9.933/99. PENALIDADES. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ISOLADA OU CUMULATIVA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. PLENA OBSERVÂNCIA.

(...)

4. *Os atos da Administração Pública devem sempre pautar-se por determinados princípios, entre os quais está o da legalidade. Por esse princípio, todo e qualquer ato dos agentes administrativos deve estar em total conformidade com a lei e dentro dos limites por ela traçados.*

(...)

(REsp 983245/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 12/02/2009)

42. O que exposto até o momento pode levar à conclusão de que qualquer matéria que não tenha recebido disciplina legal estaria vedada ao administrador. Mesmo considerando tal assertiva como correta, a controvérsia aqui abordada se refere a uma omissão muito peculiar: a omissão constitucional, ou seja, a ausência, total ou parcial, de regra constitucional sobre determinada matéria.

43. Pois bem, em relação à omissão constitucional, afastada a aplicação de analogia fundada no princípio da isonomia<sup>18</sup>, surgem duas hipóteses possíveis: 1) a ausência de previsão não apresenta justificativa razoável, tendo em vista as pautas axiológicas adotadas pela legislação; ou 2) a não previsão foi uma opção consciente do legislador, que não desejava disciplinar o tema e, assim, quis proibir tudo o que não está permitido. A primeira situação é o que se chama de “lacuna constitucional”, enquanto a segunda hipótese consiste na tese do “silêncio eloquente”<sup>19</sup>. Nem sempre a falta de regra constitucional sobre um assunto vai configurar inequívoca opção de silenciar feita pelo legislador, sendo necessária a análise de cada caso para que se possa concluir em um ou outro sentido.

44. Sobre o tema da lacuna (ou omissão) constitucional e do silêncio eloquente, Gilmar Ferreira Mendes tece considerações que ajudam a elucidar o assunto<sup>20</sup>:

*A dificuldade para o intérprete da Constituição pode estar, ainda, na circunstância de se deparar com uma situação não regulada pela Carta, mas que seria de se esperar que o constituinte sobre ela dispusesse. (...) A lacuna pode ser definida, na fórmula precisa e concisa de Jorge Miranda, como “situação constitucionalmente relevante não prevista”.*

(...)

*Outros casos há, porém, em que o problema sob a análise do intérprete não encontra subsunção em uma disposição específica do Texto Constitucional,*

18 Não custa lembrar que a aplicação da isonomia nestes casos levará à absurda situação de o juiz ou o administrador criar norma constitucional por vontade própria.

19 Formulação teórica exposta na obra de Karl Larenz (Metodologia da ciência do direito. Tradução de José Lamego. Revisão de Ana de Freitas. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989).

20 Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, págs. 100/101.

*mas não se flagra um propósito do constituinte de relegar o tema ao jogo político ordinário da legislação infraconstitucional, porque a matéria, à parte o tópico em que ocorre a omissão, é objeto de um tratamento direto e minucioso do constituinte.*

*Nessas hipóteses, o intérprete pode ver-se convencido de que a hipótese concreta examinada pelo aplicador não foi inserida pelo constituinte no âmbito de certa regulação, porque o constituinte não quis atribuir ao caso a mesma consequência que ligou às hipóteses similares de que tratou explicitamente. A omissão da regulação, nesse âmbito, terá sido o resultado do objetivo consciente de excluir o tema da disciplina estatuída. Fala-se, em situações tais, que houve um 'silêncio eloquente' do constituinte, que obsta a extensão da norma existente para a situação não regulada explicitamente.*

*Caso de silêncio eloquente, assim reconhecido pelo STF, é o da regulação dos atos normativos que podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante a Suprema Corte. O art. 102, I, a, fala em leis e atos normativos estaduais ou federais. O silêncio com relação às leis e atos normativos municipais é proposital e excludente dessas modalidades de normas da fiscalização abstrata por meio de ação direta no STF.*

45. A título ilustrativo, cito que o STF já proferiu decisões tanto no sentido de apontar clara configuração de lacuna constitucional quanto em afirmar a ocorrência de silêncio eloquente (grifos inovadores):

*Recurso em Mandado de Segurança. 2. Matéria eleitoral. 3. Organização do Poder Judiciário. Preenchimento de vaga de juiz substituto da classe dos advogados. 4. Regra geral. Art. 94, CF. Prazo de 10 (dez) anos de exercício da atividade profissional. 5. Tribunal Regional Eleitoral. Art. 120, § 1o, III, CF. Encaminhamento de Lista Tríplice. 6. A Constituição silenciou-se, tão-somente, em relação aos advogados indicados para a Justiça Eleitoral. 7. Nada há, porém, no âmbito dessa justiça, que possa justificar disciplina diferente na espécie. 8. Omissão constitucional que não se converte em "silêncio eloquente" 9. Recurso a que se nega provimento*

*(RMS 24334, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 31/05/2005, DJ 26-08-2005 PP-00066 EMENT VOL-02202-02 PP-00245 RTJ VOL-00195-02 PP-00456 LEXSTF v. 27, n. 321, 2005, p. 178-202)*

*Conflito de competência. Litigio entre sindicato de empregados e empregadores sobre o recolhimento da contribuição estipulada em convenção ou acordo coletivo de trabalho. Interpretação do artigo 114 da constituição federal. -*

*distinção entre lacuna da lei e “silêncio eloquente” desta. - ao não se referir o artigo 114 da constituição, em sua parte final, aos litígios que tenham origem em convenção ou acordos coletivos, utilizou-se ele do “silêncio eloquente”, pois essa hipótese já estava alcançada pela previsão anterior do mesmo artigo, ao facultar a lei ordinária estender, ou não, a competência da justiça do trabalho a outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, ainda que indiretamente. Em consequência, e não havendo lei que atribua competência a justiça trabalhista para julgar relações jurídicas como a sob exame, e competente para julga-la a justiça comum. Recurso extraordinário conhecido e provido.*

*(RE 130552, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 04/06/1991, DJ 28-06-1991 PP-08907 EMENT VOL-01626-03 PP-00525 RTJ VOL-00136-03 PP-01340)*

46. Feitas estas considerações, concluo que a omissão no plano constitucional pode ser de duas espécies: 1) omissão própria ou lacuna constitucional: a questão deve ser resolvida por meio de interpretação do Supremo Tribunal Federal<sup>21</sup> ou no plano infraconstitucional, pela atuação do legislador ordinário (salvo se o assunto exigir disciplina estritamente constitucional), sem prejuízo da atuação, a qualquer tempo, do legislador constituinte derivado; ou 2) omissão imprópria ou silêncio eloquente: a Constituição disciplina instituto da mesma espécie e silencia em relação a matéria similar ou trata do tema da forma que entende ser suficiente, devendo o intérprete considerar proibido aquilo que não está permitido, em respeito ao princípio da legalidade (legalidade constitucional).

47. O caso ora analisado, salvo melhor entendimento, é exemplo típico de omissão imprópria ou silêncio eloquente, pois o legislador constituinte previu o abono de permanência nas hipóteses do art. 40, § 19, da Constituição Federal, e dos arts. 2º, § 5º, e 3º, § 1º, da Emenda nº 41, de 2003, sem ter repetido a mesma vantagem no art. 6º desta mesma Emenda, bem como posteriormente, ao prever nova regra de aposentadoria no art. 3º da Emenda nº 47, de 2005, quando o Parlamento teve a oportunidade de avaliar e alterar as regras então vigentes para o regime de aposentadoria do servidor público. Ora, se, após um

21 A menção aqui feita exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal significa que se está a enfatizar o controle concentrado de constitucionalidade, em face de seu efeito *erga omnes*, sem descuidar-se, entretanto, da possibilidade de exame da questão pelos demais tribunais e órgãos do Poder Judiciário pela via do controle difuso, restringidos seus efeitos, é certo, às partes em contenda.

novo e demorado processo legislativo de reforma constitucional, o legislador não optou por alterar aquele art. 6º nem prever o abono na nova hipótese de aposentadoria, é de se concluir que estas duas últimas regras foram, sim, tratadas de forma diferente, não sendo razoável imaginar que o legislador constituinte derivado tenha “esquecido” de prever o abono por duas vezes.

48. Nesta construção sobre o princípio da legalidade, julgo relevante apontar outro óbice para a concessão do benefício do abono de permanência no caso das regras do art. 6º da Emenda nº 41, de 2003, e do art. 3º da Emenda nº 47, de 2005. É que, neste caso particular, o entendimento pelo direito ao abono, fundado no postulado da isonomia e materializado por ato administrativo, configuraria **criação de despesa pública**, matéria pertinente ao âmbito da reserva legal absoluta, conforme o art. 165, inciso III, da Constituição. Vale lembrar ainda que é vedada a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais, na dicção do art. 167, inciso II, também de nossa Carta Maior.

### **5.3. Considerações relativas ao aspecto financeiro do abono de permanência: conclusão no sentido de que as regras de aposentadoria guardam certa distinção**

49. O abono de permanência, ao menos no plano teórico, busca estimular nos servidores a adoção de comportamento (postergação da aposentadoria) que se revela proveitoso para o Poder Público, do ponto de vista financeiro, na medida em que arca somente com o custo do abono, em lugar de despender o correspondente ao vencimento e a contribuição patronal do servidor que irá ser investido no lugar daquele que se aposenta. Era de se esperar que o abono fosse previsto para todas as hipóteses, a menos que, como dito anteriormente, razões não apenas de ordem jurídica, mas de natureza social, política, econômica e financeira conduzam a uma distinção entre as situações disciplinadas na Constituição.

50. Observando com cuidado todas as 5 (cinco) regras que preveem critérios para a obtenção de aposentadoria pelo servidor público, noto que a não previsão do abono de permanência ocorre justamente nas hipóteses em que os requisitos são exigidos exclusivamente para o gozo de aposentadoria com

proventos integrais, ou seja, calculados pela média das bases de contribuição sem a aplicação de qualquer proporcionalidade<sup>22</sup>.

51. De outro lado, as regras que não preveem o abono exigem maior tempo de contribuição junto aos entes federativos que vão arcar com o pagamento das aposentadorias e pensões, o que também garante maior equilíbrio do ponto de vista atuarial.

52. Posto isto, tomo a liberdade de afirmar que as maiores exigências e as maiores contrapartidas que surgem das regras que não mencionam o abono de permanência conferem a estas nítida distinção em relação às demais, notadamente sob o prisma financeiro, sem deixar de contribuir para uma melhor organização das contas públicas, desta feita sob o ponto de vista das ciências atuariais.

53. Observo ainda, também com base nas ideias expostas nos parágrafos anteriores, que é perfeitamente lícito e justo ao poder público deixar de pagar abono na situação de recebimento de benefício da aposentadoria com proventos integrais.

54. Não posso deixar de salientar, por fim, que o servidor pode sempre optar pelas regras que preveem o abono, conforme previsto no art. 6º da Emenda nº 41, de 2003, e no art. 3º da Emenda nº 47, de 2005.

## CONCLUSÃO

55. Por tudo que foi exposto nos capítulos anteriores, apresento as seguintes conclusões sobre a possibilidade de concessão do abono de permanência previsto no § 19 do art. 40 da Constituição Federal ao servidor público que, após satisfazer as condições para aposentadoria com base na regra do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 2005, permanece no exercício de suas atividades, tendo em conta que este dispositivo foi omissivo em prever a mencionada vantagem pecuniária:

---

22 Não se está a afirmar que apenas as regras que não preveem abono de permanência garantem a aposentadoria com proventos integrais. É certo que a regra geral do art. 40, §1º, da Constituição também prevê o cálculo da aposentadoria sem aplicação de proporcionalidade para os servidores com 60 (sessenta) anos de idade e 35 (trinta e cinco de contribuição), se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade e 30 (trinta) de contribuição, se mulher (letra “a” do inciso III). O que se está a dizer é que, se o servidor cumprir os requisitos elencados no art. 6º da Emenda nº 41, de 2003, ou no art. 3º da Emenda nº 47, de 2005, ainda que sem o direito ao abono de permanência, ele será necessariamente aposentado com proventos integrais.

a) a não previsão de abono de permanência no art. 3º da Emenda nº 47, de 2005, bem como no art. 6º da Emenda nº 41, de 2003, não corresponde a lacuna constitucional, mas a não previsão consciente do benefício (“silêncio eloquente”), verdadeira vedação, em plena consonância com o princípio da legalidade constitucional, que impõe ao administrador só conceder direito que estiver expressamente previsto na legislação;

b) a omissão em questão se reveste de caráter especial, tendo em conta que teria surgido a partir de uma não previsão em Emenda à Constituição, que tem a mesma natureza de norma constitucional;

c) a omissão em texto constitucional em matéria de remuneração de servidores públicos não pode ser sanada pela aplicação do método integrativo da analogia, o que é corroborado pelo espírito da Súmula nº 339 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia;

d) no caso em particular, surge outro óbice intransponível, o fato de a concessão do abono pleiteado configurar criação de despesa pública por ato administrativo, sem previsão constitucional ou legal, vedação contida no art. 167, inciso II, c/c art. 165, inciso III, ambos da Constituição Federal;

e) a situação aqui versada mostra-se peculiar, não similar às regras de aposentadoria previstas na Constituição e na Emenda nº 41, de 2003, que albergam o pagamento do abono de permanência, tendo em conta que tanto os requisitos exigidos pelo art. 6º da Emenda nº 41, de 2003, quanto os exigidos pelo art. 3º da Emenda nº 47, de 2005, garantem aposentadoria com proventos integrais ao servidor, sem aplicação de qualquer proporcionalidade;

f) a partir da premissa de que não apenas razões de ordem jurídica, mas de natureza social, política, econômica e financeira podem também levar a uma distinção entre categorias, mostra-se perfeitamente lícito ao poder público deixar de prever o abono na hipótese de concessão de aposentadoria com proventos integrais.

56. Em suma, não é possível a concessão do abono de permanência pelo simples preenchimento dos requisitos expressos no art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 2005.

À consideração de Vossa Senhoria.

*João Marcelo Rego Magalhães*

*Procurador*

*Coordenação-Geral de Consultoria Administrativa (Coadm)*

De acordo.

Ao Senhor Procurador-Geral Adjunto, em razão do despacho de fl. 13.

*Leonardo de Oliveira Gonçalves*

*Procurador-Chefe*

*Coordenação-Geral de Consultoria Administrativa (Coadm)*

Aprovo.

Ao Sr. Procurador-Geral.

*Cristiano de Oliveira Lopes Cozer*

*Procurador-Geral Adjunto do Banco Central*

(Segue despacho.)

Tenho por adequada a manifestação legal da área de consultoria administrativa da Procuradoria-Geral, que com percuência examina a temática do abono de permanência, à luz da disciplina constitucional do assunto.

2. Bem conclui o pronunciamento no sentido de que a ausência de previsão do abono de permanência no art. 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, e no art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 2005, não deve ser

entendida como lacuna a ser preenchida pelo labor integrativo do aplicador do Direito. Afinal, em matéria de remuneração de servidores públicos, vigora o princípio da estrita legalidade, devendo quaisquer vantagens pecuniárias estar expressamente positivadas no ordenamento jurídico, existindo, ademais, previsão orçamentária para seu desembolso.

3. Ademais, em acréscimo à argumentação deduzida no vertente pronunciamento legal, permito-me destacar que o Acórdão nº 1482/2012-Plenário, do Tribunal de Contas da União, parece não ter atribuído à Orientação Normativa MPS/SPS nº 2, de 2009, a interpretação mais consentânea com seu espírito, sendo de todo recomendável revisitar esse ponto, com o objetivo de atribuir ao preceito regulamentar a inteligência mais apropriada.

4. Colhem-se, no mencionado Acórdão (em seus itens 26 e 27 e, posteriormente, no *decisum*), as seguintes assertivas, que demonstram haver-se interpretado o vocábulo “benefício”, no art. 86, § 2º<sup>23</sup>, da Orientação Normativa MPS/SPS nº 2, de 2009, como sinônimo de “abono de permanência” (grifos meus):

*26. Por fim, a Orientação Normativa MPS/SPS nº 2/2009, de cuja aplicação alude a autoridade consulente, dispõe sobre os regimes próprios de previdência social, tratando especificamente em seu art. 86 sobre o abono de permanência, nos seguintes termos (grifos ausentes no original):*

*(...)*

*27. Vê-se, portanto, que o pagamento de abono de permanência a servidores que satisfaçam as exigências para aposentadoria voluntária com base no art. 3º da EC nº 47/2005 é reconhecido pelo art. 86, § 2º, da referida norma previdenciária, mais uma vez indo ao encontro do entendimento já manifestado por este Tribunal quanto à abrangência do texto que criou o benefício.*

*(...)*

---

23 Art. 86. O servidor titular de cargo efetivo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas nos arts. 58 e 67 e que optar por permanecer em atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária, até completar as exigências para aposentadoria compulsória contida no art. 57.

§ 1º O abono previsto no caput será concedido, nas mesmas condições, ao servidor que, até 31 de dezembro de 2003, tenha cumprido todos os requisitos para obtenção da aposentadoria voluntária, com proventos integrais ou proporcionais, com base nos critérios da legislação então vigente, como previsto no art. 81, desde que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos, se homem.

§ 2º O recebimento do abono de permanência pelo servidor que cumpriu todos os requisitos para obtenção da aposentadoria voluntária, com proventos integrais ou proporcionais, em qualquer das hipóteses previstas nos arts. 58, 67 e 81, conforme previsto no caput e § 1º, não constitui impedimento à concessão do benefício [leia-se: benefício de aposentadoria voluntária] de acordo com outra regra vigente, inclusive as previstas nos arts. 68 e 69, desde que cumpridos os requisitos previstos para essas hipóteses, garantida ao segurado a opção pela mais vantajosa.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

(...)

9.2. responder ao nobre Presidente do Conselho Superior da Justiça do Trabalho que é lícita a concessão de abono de permanência, de que trata o art. 3º, § 1º, da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, nas hipóteses em que sejam implementados, por servidores ou magistrados, os requisitos para aposentadoria com base na regra do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005, no caso de opção por permanecer em atividade, sendo aplicável ao caso, por analogia, o disposto no art. 86 da Orientação Normativa MPS/SPS nº 2, de 2009;(...).

5. A compreensão acolhida pela Corte, com a devida vênia, não se mostra a mais adequada, pois não é possível incluir o abono de permanência no espectro semântico do termo *benefício* empregado no art. 86, § 2º, da Orientação Normativa MPS/SPS nº 2, de 2009. Afinal, o abono de permanência, como bem destacado no presente parecer (de forma alinhada, cumpre recordar, com o tratamento tributário que lhe é aplicável), consiste em *parcela remuneratória*, não se confundindo com benefício.

6. Na verdade, o vocábulo *benefício*, no contexto do art. 86, § 2º, da Orientação Normativa MPS/SPS nº 2, de 2009, somente pode ser compreendido como *benefício de aposentadoria voluntária*. Essa interpretação mostra-se infensa a dúvidas quando se verifica que o art. 86, § 2º, ao fazer referência a benefício, o faz para ressaltar sua concessão de acordo com outra regra vigente, “*inclusive as previstas nos arts. 68 e 69*”. Ora, os aludidos preceitos regulamentares (arts. 68 e 69) versam **não** sobre abono de permanência, mas sobre **benefícios de aposentadoria voluntária** (previstos, respectivamente, no art. 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, e no art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 2005).

7. Essa interpretação é corroborada pela circunstância de que só é possível falar em “*cumprimento de requisitos*” e “*opção mais vantajosa*”, como faz o § 2º do art. 86 da Orientação Normativa MPS/SPS nº 2, de 2009, a respeito de benefício previdenciário, nunca em relação ao abono, que é uma verba remuneratória devida em caso de permanência na atividade, mesmo quando preenchidos os requisitos para a aposentadoria voluntária.

8. Nesse contexto, com a ressalva de eventual orientação diversa emitida pela Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, na qualidade de órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (SIPEC), a teor do art. 23, II e III, do Anexo I ao Decreto nº 7.675, de 20 de janeiro de 2012, ou pelo Advogado Geral da União, no exercício das competências previstas na Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, **adoto o presente parecer como orientação jurídica a ser uniformemente observada no âmbito da Procuradoria-Geral do Banco Central**, na forma do art. 37-A, inciso II, da Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998, e do art. 37, inciso VII, do Regimento Interno desta Autarquia.

Com tais considerações, dirija-se o processo ao Senhor Diretor de Administração, para as medidas de alçada, dando-se ciência ao Senhor Presidente do Banco Central acerca do entendimento ora acolhido pela Procuradoria-Geral do Banco Central.

*Isaac Sidney Menezes Ferreira*

*Procurador-Geral do Banco Central*

# **Petição 1.467/2013-BCB/PGBC**

Manifestação jurídica nas Arguições por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 77 e nº 165, nas quais se discutem a constitucionalidade e a legitimidade dos planos econômicos de estabilização monetária editados nas décadas de oitenta e noventa do século XX.

**Isaac Sidney Menezes Ferreira**  
Procurador-Geral

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**MEMORIAL DO BANCO CENTRAL\***

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL  
Nº 77-DF**

**REQUERENTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO SISTEMA  
FINANCEIRO – CONSIF**

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL  
Nº 165-DF**

**REQUERENTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO SISTEMA  
FINANCEIRO – CONSIF**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 591.797-SP**

**RECORRENTE: ITAÚ UNIBANCO S/A  
RECORRIDO: MANOEL DE SOUZA MOREIRA**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 626.307-SP**

**RECORRENTE: BANCO DO BRASIL S/A  
RECORRIDOS: EDWALDO DONIZETE NORONHA E OUTRO(A/S)**

---

\* O presente memorial foi elaborado com base nos principais argumentos veiculados na Petição PGBC-13607/2006 e na Petição PGBC-3440/2009 (cópias anexas), manifestações do Banco Central, na qualidade de *amicus curiae*, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 77-DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 165-DF, respectivamente. A segunda manifestação também foi juntada aos processos eletrônicos referentes aos Recursos Extraordinários nºs 591.797-SP, 626.307-SP, 631.363-SP e nº 632.212-SP, em que se discute parte dos temas contemplados na referida ADPF nº 165-DF, a saber, a validade das normas que disciplinaram os denominados Planos Collor I e Collor II.

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 631.363-SP**

RECORRENTE: BANCO SANTANDER S/A

RECORRIDA: LÚCIA HELENA GUIDONI

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 632.212-SP**

RECORRENTE: BANCO DO BRASIL S/A

RECORRIDA: CÉLIA NATALINA DE LEÃO BENSADON

**CONSTITUCIONALIDADE E LEGITIMIDADE DOS PLANOS  
ECONÔMICOS ADOTADOS PELO ESTADO BRASILEIRO ENTRE  
1986 E 1991.**

PETIÇÃO 1.467/2013-BCB/PGBC  
PT 0901442606

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA,  
PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,

**Processos em que se discutem a constitucionalidade e a legitimidade dos  
planos econômicos**

Atualmente, há seis processos em trâmite no Supremo Tribunal Federal em que se discutem a constitucionalidade e a legitimidade dos planos econômicos de estabilização monetária editados nas décadas de oitenta e noventa.

2. Por meio da **Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 77**, pretende-se, especificamente, dirimir relevante controvérsia acerca da aplicabilidade do art. 38 da Lei nº 8.880, de 1994 (*Plano Real*), elucidando-se se a incidência do índice IGP-2, nos meses de julho e agosto de 1994, sobre contratos financeiros originalmente atualizados pela aplicação do IGP-M, vulneraria a garantia constitucional de inviolabilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

3. Com a **Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 165** busca-se, por sua vez, solução vinculante e *erga omnes* sobre a aplicabilidade das normas instituidoras dos planos de estabilização monetária conhecidos pelas denominações *Cruzado*, *Bresser*, *Verão*, *Collor I* e *Collor II*, esclarecendo-se, também, se a incidência imediata das medidas de transição para o novo padrão monetário teria ofendido a garantia constitucional de inviolabilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

4. Já os **Recursos Extraordinários** nºs 591.797, 626.307, 631.363 e 632.212, têm por objeto alegação de ofensa à garantia de inviolabilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito pela incidência de normas que estabelecem medidas de transição para um novo padrão monetário (Plano Collor I, Planos Bresser e Verão, Plano Collor I e Plano Collor II, respectivamente).

5. A similitude das questões discutidas naquelas arguições e nesses recursos extraordinários permite uma abordagem conjunta de todas elas. O pano de fundo histórico comum, de combate do fenômeno inflacionário que, por muitos anos, assolou o País, por sua vez, recomenda a análise conjunta proposta. A seguir, portanto, após breve explanação acerca da moeda, da inflação e do fenômeno de indexação da economia, demonstra-se como as medidas de transição monetária previstas nas diversas leis instituidoras de novo padrão monetário trouxeram segurança jurídica para os agentes do mercado, preservando o sinalagma contratual e impedindo o enriquecimento sem causa de uma das partes em razão da intervenção exógena do Estado. Explica-se também como eventual declaração de inconstitucionalidade dos planos provocaria enormes distorções retributivas e distributivas no seio da sociedade, retirando eficácia de normas que, inegavelmente, contribuíram para a concretização de inúmeros programas constitucionais de justiça social. Por fim, apontam-se as graves repercussões de ordem socioeconômicas que a eventual declaração de inconstitucionalidade dos planos produziria.

### **Moeda, inflação e indexação**

6. A capacidade de gerir a moeda constitui inequívoca manifestação da soberania estatal. O Texto Constitucional brasileiro é expresso ao estabelecer a competência da União, exercida exclusivamente pelo Banco Central, no particular, para a emissão da moeda (art. 21, VII, c/c art. 164, *caput*, da Constituição Federal). É expresso, também, ao conferir à União competência privativa para legislar sobre a temática a ela correlata (arts. 22, VI e VII, e 48, XIII e XIV, da Constituição Federal).

7. Decorre dessas competências a obrigação do Estado brasileiro de defender a moeda nacional, é dizer, de preservar suas funções fundamentais: meio de troca e pagamento, unidade de conta e reserva de valor. Consubstancia-se, aí, indubitosa diretriz constitucional no sentido de que se dê firme combate a crises inflacionárias.

8. A inflação, como se sabe, constitui fenômeno que atinge, de plano, a funcionalidade da moeda como reserva de valor mediante aumento no nível geral de preços, podendo vir a comprometer seu papel como unidade de conta, a depender do modo como evolua, e, no limite (hiperinflação), todas as suas funções, inclusive meio de pagamento, retirando da moeda até mesmo sua utilidade na intermediação de trocas.

9. Crises inflacionárias não costumam ter vida longa. A brasileira, contudo, durou décadas, vulgarizando o fenômeno inflacionário. Por tal razão, desenvolveram-se, no País, mecanismos imediatistas de convivência com a inflação ou de defesa contra seus efeitos mais visíveis. Promoveu-se intensa indexação da economia, prática consistente na correção da expressão nominal dos preços do presente, com base na inflação passada já apurada, mediante a aplicação de índices de inflação. Ao se generalizar esse tipo de procedimento, entretanto, deixou-se de considerar seus lamentáveis efeitos colaterais.

10. O grande problema da indexação é que ela acaba reproduzindo a inflação pretérita no momento presente, dotando-a da terrível capacidade de se auto-alimentar; pior, disseminando verdadeira *cultura inflacionária*<sup>1</sup>.

11. Atualizações monetárias constantes e generalizadas, baseadas em inflação passada, induzem a expectativa inflacionária dos agentes econômicos, fazendo-a crescer de modo invariavelmente exponencial. Os agentes (vendedores, fornecedores, fisco, assalariados, consumidores, investidores etc.) 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, gerando, com o tempo, a conhecida “bola-de-neve” que caracteriza determinados processos inflacionários, responsáveis por aguda desestabilização da sociedade e pela

---

1 “Esse foi o grande mal que se fez ao Brasil com a adoção da correção monetária institucionalizada. Criou-se uma mentalidade de que onde há inflação não se pode sobreviver sem correção monetária...” (Min. MOREIRA ALVES, voto condutor do julgamento da ADI n.º 493, RT 690/187).

intensificação da desigualdade e da exclusão, notadamente em desfavor da classe excluída do sistema financeiro. Quando isso ocorre, diz-se que a inflação adquiriu um *componente inercial*.

12. Iniciado processo de inflação inercial, caso não venha ele a ser estancado, pode-se chegar a uma hiperinflação propriamente dita, catástrofe socioeconômica em meio à qual se perdem todas as três funções da moeda. Tem-se, então, a aberrante situação de um país sem moeda.

13. Como é consabido, o Brasil esteve muito próximo da hiperinflação e de seus efeitos desastrosos em diferentes momentos da segunda metade da década de 1980 e no início da de 1990. No auge do processo de aceleração de preços, em março de 1990, às vésperas da edição do denominado Plano Collor, a inflação mensal, medida pelo INPC, alcançou 82,18%, o equivalente a uma inflação anualizada de mais de 133.000%.

14. Os planos econômicos adotados sequencialmente no período de 1986 a 1991 objetivaram realinhar preços e coordenar expectativas inflacionárias como forma de combater o comportamento inercial da remarcação de valores. Nesse sentido, a imediata intervenção estatal era mais do que socialmente desejável, era absolutamente necessária.

15. Note-se que, embora seja comum ressaltar o propalado insucesso dos planos econômicos desse período na promoção da plena e definitiva estabilidade de preços, é forçoso admitir que obtiveram êxito ao menos em interromper, ainda que temporariamente, o processo de aceleração inflacionária que conduzia o País ao abismo hiperinflacionário. Não se pode deixar de reconhecer, pois, que o Estado observou seus deveres constitucionais, na ocasião, com vistas a preservar o bem-estar da Nação, a ordem econômica e social e, também, como se verá adiante, os interesses legítimos dos agentes econômicos em particular.

## A atuação do Estado para preservar o sinalagma contratual e a segurança jurídica

16. Sobre o que recai a garantia de inviolabilidade do ato jurídico perfeito, atente-se para trecho do brilhante voto proferido pelo Ministro Nelson Jobim no Recurso Extraordinário 141.190-2/SP<sup>2</sup>:

*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.*

17. 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, contudo, a constitucionalidade do art. 480 do Código Civil, que autoriza medidas desse jaez pelo Poder Judiciário.

18. Outro exemplo de alteração, não prevista no contrato, da expressão numérica de uma prestação, feita para preservar a sua substância, foi dado pelo Ministro Ilmar Galvão, no mesmo Recurso Extraordinário nº 141.190-2/SP. Lembrou o Ministro que o legislador, inúmeras vezes nos tempos de inflação galopante, criou índices de correção monetária para serem imediatamente aplicados aos contratos com execução continuada ou diferida, sem que naquelas oportunidades se perquirisse de violação a direito adquirido ou a ato jurídico perfeito. Veja-se trecho do seu voto:

*Esses índices, verdadeiros padrões de valor da moeda, efetivamente, não poderiam deixar de ter aplicação à generalidade das obrigações, como meio*

2 “APLICAÇÕES EM CERTIFICADOS DE DEPÓSITOS BANCÁRIOS COM VALOR DE RESGATE PRÉ-FIXADO - CDB. DL 2.335 DE 12.6.1987 (CONGELAMENTO DE PREÇOS E SALÁRIOS POR 90 DIAS). PLANO BRESSER. DEFLAÇÃO. TABLITA. APLICAÇÃO IMEDIATA. ALTERAÇÃO DE PADRÃO MONETÁRIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ATO JURÍDICO PERFEITO. O plano Bresser representou alteração profunda nos rumos da economia e mudança do padrão monetário do país. Os contratos fixados anteriormente ao plano incorporavam as expectativas inflacionárias e, por isso, estipulavam formas de reajuste de valor nominal. O congelamento importou em quebra radical das expectativas inflacionárias e, por consequência, em desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos. A manutenção íntegra dos pactos importaria em assegurar ganhos reais não compatíveis com a vontade que deu origem aos contratos. A tablita representou a consequência necessária do congelamento como instrumento para se manter a neutralidade distributiva do choque na economia. O decreto-lei, ao contrário de desrespeitar, prestigiou o princípio da proteção do ato jurídico perfeito (art. 5º XXXVI, da CF) ao reequilibrar o contrato e devolver a igualdade entre as partes contratantes.” (RE 141190, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 14/09/2005, DJ 26-05-2006 PP-00008 EMENT VOL-02234-03 PP-00403)

*de dar estabilidade ao contrato, evitando-se o enriquecimento de uma parte em detrimento da outra.*

*Esse entendimento é também defendido por Ives Gandra, ao gizar que, ‘nos momentos de inflação, as unidades de conta [índices legais de correção] objetivam dar estabilidade ao contrato, evitando enriquecimento indevido de uma parte e empobrecimento de outra. A moeda de pagamento, na busca de um ideal de Justiça, deve ser a moeda de livre curso no país, mas a unidade de conta deve ser aquela que melhor reflita o equilíbrio contratual, podendo ser estipulada no contrato ou estabelecida pelo juízo por força da imprevisão’. A moeda de um país, por consequência, sofre alteração toda vez que o Governo, por meio de lei, modifica seu padrão de valor.*

*Toda vez que tal acontece, está-se diante de lei monetária. Em consequência, os pagamentos, ainda que não se altere a denominação da moeda, haverão de ajustar-se ao nono fluxo da moeda de conta.*

*Não ocorre, aí, o fenômeno de alteração do contrato, constitucionalmente vedado entre nós, mas tão-somente da expressão monetária das obrigações dele decorrentes. Uma coisa são as obrigações contratuais; coisa diversa é a sua expressão monetária.*

19. Ora, como dito anteriormente, 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 dos planos econômicos, invariavelmente houve brusca queda da espiral inflacionária e consequente quebra da expectativa fática dos agentes de mercado. Não fossem as medidas de transição, que previam tabelas defladoras, mudança de índices de correção monetária, ter-se-ia o enriquecimento sem causa do credor, que se beneficiaria de índices já totalmente desligados do novo cenário econômico.

20. Ora, com a aplicação da teoria da imprevisão, cumpre corrigir prestação tornada excessivamente onerosa, justamente para preservar 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. Assim, 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 em novo cenário econômico.

21. O Ministro Nelson Jobim, no seu referido voto, vencedor no julgamento do recurso extraordinário, chegou à mesma conclusão. Leia-se:

*Em fim, a cláusula móvel [o índice de correção monetária] e a ‘tablita’ [a tabela de deflação] ‘tem o mesmo objetivo; garantir a realização das funções da moeda, preservando o equilíbrio contratual’ (C. LACOMBE, idem).*

[...]

*O fator de deflação [...] tem por objetivo a neutralização dos efeitos do PLANO sobre os contratos.*

*Se não houvesse a previsão de deflação, as partes teriam que buscar o equilíbrio contratual em demandas individuais.*

*A deflação, no caso, está para o direito público, como a teoria da imprevisão está para o direito privado.*

*Aqui não é o caso de imprevisibilidade.*

*Trata-se da irresistibilidade da intervenção do Estado na economia.*

*Insisto.*

*O fator de deflação é uma consequência necessária, no caso, do congelamento.*

22. Também o Ministro Sepúlveda Pertence, nos debates orais do mesmo julgamento, concordou que as tabelas de deflação seriam “índice de correção monetária com sinal trocado”, concordando, assim, com os Ministros Nelson Jobim e Moreira Alves que seria inconstitucional, porque ofensivo à garantia de inviolabilidade do ato jurídico perfeito, impedir o reequilíbrio das prestações contratuais.

23. Por outro lado, sobre a possibilidade de o reequilíbrio ser promovido pelo legislador, de forma preventiva e geral, também se manifestou o Ministro Jobim, por ocasião de seu voto. Segue trecho elucidativo:

*A promoção do reequilíbrio do contrato não pode ser [...] uma função exclusiva do judiciário.*

*Não há regra constitucional que proíba o legislador a edição de normas de reequilíbrio de relações jurídicas.*

*MAURÍCIO aponta alguns exemplos:*

a) L. 4.403/21, sobre locação de prédios urbanos, revogada em 1928, mas retomada em 1931 pelo Dec. 19.573;

b) Na L. 8.666, há expressa referência à teoria do fato do príncipe, no art. 65, I, d, com redação dada pela Lei n.º 8.883'.

[...]

*Não há vedação para que a lei fixe regras de reequilíbrio dos contratos.*

*Pelo contrário.*

*A CF atribui competência ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, para dispor sobre 'matéria monetária' (art. 48, III). Atribui, ainda, competência à União para legislar sobre 'sistema monetário' (art. 22, VI) e 'política de crédito' (art. 22, VII).*

*O legislador pode, como tem feito de há muito, dispor sobre indexação.*

*O Governo VARGAS a proibiu, em 1933.*

*O Governo CASTELO BRANCO admitiu a indexação como regra de exceção.*

[...]

*A indexação expandiu-se no Governo COSTA E SILVA, manteve-se nos Governos GEISEL e FIGUEIREDO.*

*O PLANO REAL começou um processo de desindexação.*

[...]

*Tudo isso com legislação.*

*A história legislativa mostra diversas leis disciplinando o tema.*

*É função do legislador.*

*NUSSBAUN, citado por C. LACOMBE, é definitivo.*

*Examina a situação, na Alemanha, antes da 2ª Guerra Mundial, quando da hiperinflação:*

*“De fato, é função do legislador, e não do judiciário, preparar regulamentações de emergência para o ajuste de contratos privados pendentes em casos de mudanças nas condições monetárias [...]”.*

24. Essa é a jurisprudência que, ao longo dos anos, foi sempre reafirmada (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).

25. Sua alteração, longe de prestigiar o princípio da segurança jurídica, inauguraria verdadeiro caos socioeconômico. Em lugar de se reequilibrar os contratos por meio de regra preventiva e geral, a manutenção da substância dos ajustes, do respeito à garantia do ato jurídico perfeito, teria de ser buscada caso a caso junto ao Judiciário, aumentando exponencialmente a judicialização de relações contratuais após a edição de cada plano econômico.

26. Assim, ainda que se pudesse, por absurdo, enxergar na cláusula da inviolabilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito uma faculdade do credor de manter, mesmo em detrimento do devedor e ao arrepio da lei, índices aceitáveis por este somente no contexto anterior ao plano econômico, ter-se-ia de, ponderando princípios, valorizar não uma interpretação distorcida da garantia inserta no art. 5º, XXXVI, da Constituição, mas, antes, o princípio fundamental a que esta deveria servir como mecanismo de proteção: o da segurança jurídica, ínsito à própria noção de Estado de Direito (“Estado da não surpresa”) consagrada logo na cabeça do primeiro artigo da Carta Constitucional de 1988. Ora, o direito adquirido é expressão do princípio maior da segurança jurídica e, por isso, não pode contrariá-lo.

27. Veja-se, ademais, que, além de desequilibrar de modo surpreendente o equilíbrio contratual originário, a mencionada interpretação distorcida do direito adquirido implica afronta ainda mais rasteira ao princípio da segurança jurídica, a saber, o desrespeito manifesto à legalidade estrita preconizada **pelo princípio do nominalismo monetário**. Afinal, sem a referência uniformizadora da lei quanto ao valor da moeda, deixa-se a consistência de suas funções ao sabor da disputa entre uma infinidade de indexadores e de interesses diversos dos atores do mercado, com enormes prejuízos, no médio e no longo prazo, para a sua própria sistematicidade. A jurisprudência do Supremo, por seu turno, nas palavras do eminente Ministro Eros Grau, já destacou que o “*rompimento da regra do nominalismo instala a insegurança nos mercados*”<sup>3</sup>.

---

3 STF, Pleno, AO n.º 1157-4/PI, Rel. Min. GILMAR MENDES, j. 25.10.2006, DJ 16.3.2007, p. 21, trecho de voto vogal.

## Distorção retributiva e distributiva

28. 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 progresso. 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.

29. 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, e de importância capital.

30. Explica-se. Ao se considerar obstada a aplicação de regras de adaptação dos contratos em curso ao novo 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 agentes econômicos em particular, a política de estabilização adotada. Afinal, como já descrito, o respeito às regras defladoras de transição desponta como condição imprescindível à eficácia do plano, porquanto seja imperioso evitar a contaminação do novo cenário com as expectativas próprias do anterior, sementes de inevitável progressão inercial dos preços.

31. Evidentemente, uma vez que este ou aquele agente econômico obtenha, por via jurisdicional, a chancela do trespasse de suas expectativas inflacionárias para o novo regime, outros lhes seguirão. Então, no agregado, a política de estabilização, como um todo, acabará por “fazer água”, por força da atuação antissistêmica de uma jurisdição de processos subjetivos, consagradora de verdadeira judicialização descoordenada da política econômica.

32. Veja-se: mesmo que sejam poucos os agraciados com decisões judiciais favoráveis a suas extemporâneas expectativas, tem-se o grave problema do privilégio: proteção antirrepublicana e antidemocrática de um “direito” não universalizável, porquanto insustentável diante das interações e consequências de seu exercício no sistema econômico. Nesse caso, há o que se

convencionou chamar de *free riders*, os “caronas”, que, furtando-se dos ônus do empreendimento coletivo, não lhes dispensam, todavia, os correspondentes e agradáveis bônus.

33. Por outro lado, se houver muitos beneficiários de ordens judiciais contra o plano de estabilização monetária, ter-se-á, então, um total comprometimento da eficácia da política pública nele (plano) consubstanciada. Nesse caso, o que se dá é a denominada “tragédia dos comuns”: resultado péssimo amargado por todos os que, agindo egoisticamente, em detrimento do todo, com vistas a obter ganhos comparativos imediatistas, acabam por destruir o bem comum do qual dependeriam.

34. Em todo caso, numa ou noutra hipótese, ter-se-á perpetrado fragorosa injustiça distributiva, descumprindo-se preceito fundamental, o da *justiça social*, que, ao menos em muitas das constituições ocidentais, constitui, além ou aquém de um ideal ético, verdadeiro imperativo jurídico-positivo (*vide* arts. 3º, III, e 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988). Isso se reveste de especial gravidade em se tratando de uma política pública de combate à inflação, uma vez que, como visto, tal fenômeno tem, já de *per si*, como um de seus principais efeitos, precisamente o de promover perversa distorção distributiva em desfavor das classes menos favorecidas.

35. Demais disso, não se pode olvidar que os mecanismos deflatores contemplados nas normas que estabelecem os planos econômicos questionados, foram aplicados a diversos tipos de relações obrigacionais (aluguéis, aplicações financeiras, financiamentos, salários etc.). Assim, conforme se figurasse como credor ou devedor, tomando parte nesses diversos tipos de relação com que, em geral, se envolvem os agentes econômicos, os mecanismos deflatores seriam percebidos de modo bem diferente.

36. Tomadores de crédito imobiliário, por exemplo, que se valeram da aplicação desses mecanismos sobre contratos de financiamento celebrados antes da edição de planos econômicos, certamente não reclamaram dos deflatores, em virtude dos quais se evitou o enriquecimento sem causa de instituições financeiras às suas custas. Já investidores, credores dessas mesmas instituições, sentiram-se frustrados, por força da aplicação dos aludidos mecanismos, com a eliminação de vistosos ganhos nominais para os quais apontavam as regras vigentes antes da edição dos planos.

37. Desvelada a assimetria de percepções que se exemplifica com a situação diametralmente oposta desses dois tipos de agentes econômicos (tomadores de empréstimo imobiliário e poupadores), bem se nota, sob mais esse prisma, o tipo de distorção que se vem apontando, especialmente impactante em relação a instituições financeiras. Estas, afinal, por força de seu papel de intermediadoras de recursos, travam grande volume de relações tanto como credoras quanto como devedoras. Assim, conceder aos credores desse tipo de instituição (poupadores, *e.g.*) o favor com que a lei não agraciou os créditos da própria instituição para com seus devedores (mutuários do Sistema Financeiro da Habitação, *v.g.*) acarreta, inevitavelmente, a absorção, pelo sistema, do prejuízo decorrente do tratamento assimétrico descrito, o que leva a uma necessária retração do crédito, mediante a cobrança de taxas exorbitantes para sua concessão, com evidentes prejuízos para tomadores de empréstimos, à custa dos quais, portanto, acabaria por se dar, em última análise, o enriquecimento sem causa dos poupadores. Vale dizer, o prejuízo seria do Sistema Financeiro Nacional, bem comum ligado ao “*desenvolvimento equilibrado do País*” e aos “*interesses da coletividade*” (art. 192 da Constituição Federal); sistema esse que não se confunde com a figura dos empresários que nele atuam e que, portanto, não deveria despertar, quanto à apreciação de suas questões – de ordem pública –, a mesma reserva com que comumente são avaliados os interesses particulares daqueles empresários.

### **Estabilidade monetária como condição de possibilidade primacial para a efetivação de diversas normas constitucionais**

38. Muito se discute acerca do atual déficit de eficácia das normas constitucionais. A discussão não é recente, sendo direcionada muitas vezes ao Poder Público, que tem a obrigação de transformar texto em concreção normativa.

39. Há, todavia, diversos preceitos constitucionais que nem sequer poderão surtir efeitos minimamente consistentes se houver um quadro de agudeza inflacionária. É o caso, por excelência, do art. 3º da Constituição Federal de 1988. Como se poderia “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*”; “*garantir o desenvolvimento nacional*”; “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir*

*as desigualdades sociais e regionais*”; “*promover o bem de todos*”, enfim, em um ambiente econômico erosivo das funções da moeda?

40. O que dizer do direito à liberdade, como construção da autonomia da vontade, em um ambiente inflacionário que potencializa desigualdades sociais e desequilíbrios contratuais? Ser livre não é tão somente ser capaz de, diante de opções, fazer escolhas. Antes, pressupõe a livre formação da vontade que se visa expressar. E essa livre formação da vontade ou personalidade apenas se entremostra viável na medida em que o Estado atue para viabilizar condições mínimas de racionalidade para as interações sociais cooperativas ou, ao menos, de (sobre)vida aos seus cidadãos. Afinal, de nada adianta ser livre se o indivíduo não possui condições materiais para comprar seu vestuário ou seu alimento (inclusão). Em um ambiente inflacionário, pois, o que se impõe ao Estado é a busca incessante da manutenção do valor intrínseco da moeda, com vistas a preservar seu poder de compra e seu papel como referência de valor para boa parte das interações sociais. Afinal, a crescente corrosão salarial pela inflação, para citar apenas um aspecto mais sensível, compromete severamente o pleno exercício de direitos fundamentais à vida, à igualdade e à liberdade.

41. À vista de tais razões, não há como desconsiderar as inegáveis conexões jurídicas entre normas que instituem planos de estabilização monetária e a efetividade da Constituição, viável, como referido, apenas em meio a um ambiente macroeconômico propício ao desenvolvimento da nação e ao gozo de direitos fundamentais por seu povo.

42. Nesse passo, bem se vê que planos econômicos apontam justamente para a concreção dos ditames da justiça social a que se reporta o art. 170 da Constituição Federal de 1988.

### Repercussão social do julgamento

43. A manifestação do Banco Central na ADPF nº 165-DF fez-se acompanhar de nota técnica intitulada *Ações judiciais indenizatórias envolvendo [somente] planos econômicos entre 1987 e 1991*, de 18 de novembro de 2008, elaborada pela Secretaria Extraordinária de Reformas Econômicas e Fiscais do Ministério da Fazenda, mediante a qual se apurou o impacto macroeconômico

potencial das ações. Referida nota técnica demonstra que “o custo potencial das ações relativas aos planos econômicos monta a mais de R\$ 105 bilhões, dos quais R\$ 35 bilhões relativos à CAIXA [Econômica Federal], valor que corresponde a cerca de três vezes o patrimônio líquido da instituição”<sup>4</sup>.

44. Esse dado é refutado pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC e pela Procuradoria-Geral da República – PGR nos recursos extraordinários nº 631.363 e 632.212. Todavia, a Nota Técnica Dipec-2009/250, de 7 de abril de 2009, da Diretoria de Política Econômica do Banco Central, igualmente anexada ao memorial apresentado por esta Autarquia na ADPF nº 165-DF, também acentuou, na mesma linha do Ministério da Fazenda, que, não foram computadas “nessa estimativa [...] as responsabilidades por outros ativos indexados, em especial os do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), administrados pela CEF”, e que “o impacto potencial dessas ações pode ser considerado preocupante, dadas as repercussões possíveis sobre o sistema financeiro, sobre as finanças públicas e, conseqüentemente, sobre o crescimento e o emprego no País.”<sup>5</sup>.

45. O próprio IDEC, com base nos mesmos dados econômicos considerados nas manifestações técnicas do Ministério da Fazenda e do Banco Central, embora discordando de premissas adotadas nas referidas notas, apurou valor superior a R\$102 bilhões<sup>6</sup>, cifra bastante próxima àquela verificada nos estudos desta Autarquia e daquele Ministério.

46. A par disso, ainda que de alguma forma o lucro obtido pelas instituições financeiras decorresse dos planos econômicos – tese que não se sustenta, mas invocada apenas a título argumentativo–, não se permitiria concluir que o sistema poderia suportar, de um só fôlego, o ônus de eventual decisão judicial desfavorável no caso vertente.

47. Deve-se recordar, a propósito, que a legislação obriga as instituições financeiras a investirem parte dos recursos captados em poupança em operações de interesse público, especialmente no setor habitacional. E tais operações sempre foram altamente reguladas, sobretudo no que concerne às taxas de

---

4 Fl. 1.891 dos autos da ADPF nº 165-DF ou pág. 99 do arquivo digital disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2665693>.

5 Fl. 1.878 dos autos da ADPF nº 165 ou pág. 86 do arquivo digital disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2665693>.

6 Fl. 2.821 dos autos da ADPF nº 165 ou pág. 54 do arquivo digital intitulado “58 - PETIÇÃO (144292/2009)”, disponível em [http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=TP&docID=530750#58%20-%20PETI%C7%C3O%20\(144292/2009\)](http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=TP&docID=530750#58%20-%20PETI%C7%C3O%20(144292/2009)).

juros máximas aplicáveis. Havia, ademais, parcela daqueles recursos que compunha encaixe obrigatório, vale dizer, era recolhida ao Banco Central e recebia remuneração equivalente à da poupança, não resultando em nenhum ganho para as instituições financeiras, porquanto a remuneração recebida tenha sido exatamente a mesma devida ao poupador de acordo com as normas cuja constitucionalidade se discute nos feitos sob exame<sup>7</sup>.

48. Não se sustenta, destarte, por mais essas razões, o argumento de que as instituições financeiras lucraram ou se apropriaram de diferenças de remuneração em decorrência dos planos econômicos. Em verdade, a concessão aos poupadores de índices de correção não previstos em lei, sob o pretexto da alegada inconstitucionalidade das normas legais que estabeleciam a aplicação de outros índices, implicaria insofismável desequilíbrio nas contas das instituições financeiras, porquanto não foram elas autorizadas a cobrar de seus mutuários valores não deflacionados.

49. Por fim, outro aspecto que não pode ser desconsiderado: havendo decisão que declare a inconstitucionalidade dos planos econômicos, não se pode afirmar que o pagamento das diferenças pelas instituições financeiras aconteceria de forma diluída no tempo, em razão da demora dos processos de conhecimento e dos procedimentos para cumprimento de sentença. Primeiro, porque a decisão, no caso, presente o reconhecimento da repercussão geral, certamente precipitaria o julgamento das ações individuais e das ações civis públicas atualmente em curso em linha com a jurisprudência dessa Corte Suprema (a viabilidade de eventuais recursos judiciais das instituições financeiras contra as sentenças condenatórias seria prontamente eliminada). Segundo, porque haveria a necessidade de aprovisionar, de logo, o valor das contingências passivas correspondentes a cada processo (as instituições financeiras, afinal, têm de observar normas como a Resolução nº 3.823, de 16 de dezembro de 2009, do Conselho Monetário Nacional – CMN, que regulam a matéria)<sup>8</sup>.

---

7 Há uma tabela que sintetiza os direcionamentos obrigatórios das instituições financeiras no período, que pode ser encontrada à fl. 3.060 dos autos da ADPF nº 165-DF ou à pág. 11 do arquivo eletrônico intitulado “67 - PETIÇÃO (23092/2010) - Banco Central do Brasil apresenta manifestação”, disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2665693>.

8 A avaliação das provisões insere-se no campo da microeconomia, segundo a contabilidade própria de cada instituição financeira, e depende da análise de cada ação contra ela proposta. Por isso, é justificável a ausência de provisão, até o momento, de grande parte dos valores pleiteados pelos poupadores, com destaque para o fato de que, respaldadas pela jurisprudência até aqui assentada pelos Tribunais Superiores, as instituições financeiras ainda não vêm aprovisionando contingências passivas relacionadas às ações em que se discutem os Planos *Collor I e Collor II*.

50. Com isso, os efeitos da decisão, nos processos em foco, não se limitarão ao setor financeiro, visto que, por força da redução do patrimônio líquido das instituições que nele operam, provocada pelo aprovisionamento das contingências que se tornariam iminentes, seriam reduzidos os limites para a criação de moeda escritural, diminuindo a capacidade dos bancos de conceder créditos, com inevitáveis e significativos prejuízos para o sistema econômico como um todo.

## Conclusões

51. Esclareceu-se, portanto, ao longo desta manifestação, que o emprego de índices de correção monetária vigentes antes do advento de cada um dos planos econômicos e a desconsideração das medidas defladoras estatuídas com o novo regime monetário, ao passo em que provocariam insustentável desequilíbrio no sinalagma dos contratos com execução pendente ou em curso, terminariam por violar, a um só tempo, a garantia de inviolabilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, o princípio que veda o enriquecimento sem causa de uma das partes contratantes e o princípio do nominalismo.

52. Demonstrou-se, ademais, que eventual declaração de inconstitucionalidade significaria verdadeiro retrocesso na concretização de todos os objetivos fundamentais da República, relacionados no art. 3º da Constituição, além de negligenciar relevante impacto negativo na economia e na sociedade como um todo.

53. Com essas considerações, o Banco Central espera contribuir, no exercício de suas responsabilidades institucionais, com a justa avaliação jurídico-constitucional de uma política de Estado desenvolvida, ao longo dos anos, em benefício da nação.

Brasília, 7 de março de 2013.

*Isaac Sidney Menezes Ferreira*  
*Procurador-Geral do Banco Central*

## **Petição 6.520/2013-BCB/PGBC**

Manifestação jurídica apresentada pelo Banco Central, visando a integrar a lide como assistente do impetrante, pleiteando a anulação de decisão de Vara do Trabalho que determinou bloqueio de recursos do Fundo Garantidor de Crédito (FGC) para garantir o pagamento de verbas trabalhistas devidas a empregados de sociedade empresária credora de instituição financeira submetida a regime especial.

**Marcio Vidal de Campos Valadares**  
Procurador

**Tania Nigri**  
Procuradora-Chefe Substituta

**Flavio José Roman**  
Procurador-Chefe

**Erasto Villa-Verde Filho**  
Subprocurador-Geral

PETIÇÃO 6.520/2013-BCB/PGBC

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR SIDNEI ALVES  
TEIXEIRA, DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO,

MANDADO DE SEGURANÇA-1001145-44.2013.5.02.0000  
IMPETRANTE: FUNDO GARANTIDOR DE CRÉDITOS (FGC)  
IMPETRADO: MM. JUIZ DO JUÍZO AUXILIAR EM EXECUÇÃO DA  
14ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO (VARA VASP)

BANCO CENTRAL DO BRASIL, autarquia federal, criada pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, CNPJ n.º 00.038.166/0001-05, com sede no Setor Bancário Sul, Quadra 3, Bloco “B”, em Brasília-DF, e Procuradoria Regional em São Paulo, na Av. Paulista, 1804, por seus Procuradores *in fine* assinados (Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, art. 17, I e Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998, art. 4º, I), vem à presença de Vossa Excelência, respeitosamente, expor e requerer o que segue.

## I. BREVE HISTÓRICO DO CASO

1. Por meio do Mandado de Segurança indicado em epígrafe, o Fundo Garantidor de Créditos (FGC) busca ver desfeito ato praticado pelo MM. Juiz do Juízo Auxiliar em Execução da 14ª Vara do Trabalho de São Paulo (Vara VASP). O impetrante insurge-se, especificamente, contra a determinação de bloqueio “*de quaisquer valores existentes em contas e aplicações financeiras*” de sua titularidade. Como a impetração faz referência a uma série de atores raramente

relacionados – o FGC, a VASP e o Banco Rural –, algum esforço inicial voltado à contextualização do ato impugnado parece vir a calhar.

2. O bloqueio referenciado deu-se em ação movida pelo Ministério Público do Trabalho e outros em face da VASP, de seus controladores e de outras sociedades do mesmo grupo econômico (Processo nº 0500700-83-2005-5-02-0014), cujo objetivo é a adoção de medidas judiciais voltadas à satisfação de créditos trabalhistas dos ex-empregados daquela sociedade empresária, entre elas a determinação de bloqueio do patrimônio dos réus. Na vã tentativa de fundamentar o alcance de bens do FGC, que não é parte naquela lide, a autoridade impetrada considerou que (i) as alienações de bens da VASP ocorridas após o ajuizamento da Ação Civil Pública nº 567/2000<sup>1</sup> foram consideradas como fraude à execução, (ii) que dentre aquelas alienações figura a transferência de cabeças de gado da VASP para o Banco Rural S.A. e (iii) que as contribuições do Banco Rural S.A. ao FGC são parte do patrimônio da instituição financeira e podem, portanto, responder pelo dever de restituição de cabeças de gado à (massa falida da) VASP.

3. É relevante notar que o Banco Rural S.A., enquanto operou normalmente, por determinação legal, contribuiu mensalmente para a formação do patrimônio do Fundo Garantidor de Créditos. Como se vem de dizer, constatando a ocorrência dessas contribuições, o impetrado proferiu, em 12 de agosto do ano corrente, a ordem de bloqueio impugnada por este Mandado de Segurança:

*Tendo em vista as recentes notícias sobre a existência de fundos e inúmeras diligências negativas na tentativa de obter ativos financeiros, determino o bloqueio e transferência do valor de R\$ 124.535.312,10 do total destinado aos investidores do Banco Rural S.A., junto ao Fundo Garantidor de Créditos.*

4. Após a apresentação de manifestação do FGC sobre a sua decisão, a autoridade coatora, em 23 de agosto, não só reiterou como ampliou a sua ordem de bloqueio, com a manifestação integralmente copiada abaixo:

*1. O estatuto do Fundo Garantidor de Créditos corrobora o fundamento da determinação anterior de bloqueio de ativos. Isso porque o fundo é formado por contribuições das instituições financeiras participantes, dentre as quais,*

---

<sup>1</sup> Conexa à Ação Civil Pública nº 0500700-83-2005-5-02-0014.

*a executada nestes autos (art. 2º e 3º do Estatuto – doc. 02).*

*2. Mantenho a ordem de bloqueio, inclusive ampliando a proibição para a liberação de qualquer valor em favor de correntistas do Banco Rural S/A e/ou qualquer empresa do Grupo Rural participante do fundo, devendo o FGC trazer, em 10 dias, o histórico de contribuições do Banco Rural e Grupo Rural dos últimos 24 meses, bem como valores que foram liberados desse montante a qualquer correntista.*

*3. Fixo em R\$ 1.000,00 a multa diária por descumprimento da ordem de bloqueio dos valores oriundos do Banco Rural S/A e/ou Grupo Rural. Intime-se, via oficial de justiça*

5. Nas informações prestadas neste Mandado de Segurança pela autoridade judicial coatora, tornaram-se ainda mais claros os fundamentos do ato impugnado:

*Logo, Senhor Relator, os valores não são do Fundo Garantidor, mas provêm das instituições financeiras e se destinam aos correntistas dessas mesmas instituições. A ordem impugnada, mais do que bloqueio, determina a comprovação dos valores recolhidos pelo Banco Rural S/A, justamente para assegurar a restrição apenas das contribuições do executado. (...)*

*Nenhum risco à economia popular ou apto a gerar crise bancária sistêmica, a questão que se coloca diz respeito à prevalência dos créditos trabalhistas sobre créditos de investidores, até porque não se está diante de um banco voltado à economia popular, mas exclusivamente a investimentos de pessoas jurídicas.*

6. Por considerar ilegal a ordem de bloqueio em apreço, o FGC impetrou mandado de segurança com pedido de liminar, para ver suspensa e, posteriormente, cassada a afetação dos seus bens. Requereu, ainda, a manifestação do Banco Central sobre a matéria tratada. É esse o breve relato que serve de base à análise feita a seguir.

## II. O INTERESSE JURÍDICO DO BANCO CENTRAL NA CAUSA

7. O Banco Central do Brasil é uma autarquia federal responsável pela supervisão do sistema financeiro nacional, entre outras relevantes funções. Em

linhas gerais, a supervisão financeira pode ser entendida como a permanente verificação do atendimento às normas disciplinadoras do setor, que compõem a chamada regulação financeira. Os seguintes dispositivos legais, todos da Lei nº 4.595, 31 de dezembro de 1964, dão conta disso:

*Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:*

*(...)*

*VIII - Regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a esta lei, bem como a aplicação das penalidades previstas.*

*(...)*

*Art. 9º Compete ao Banco Central da República do Brasil cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.*

8. Alguns dos principais objetivos das atividades de supervisão financeira, é consabido, são a manutenção da estabilidade do sistema financeiro e a prevenção de crises bancárias, ao passo em que o art. 2º do Anexo I à Resolução nº 4.222, de 23 de maio de 2013, expedida pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), que “*altera e consolida as normas que dispõem sobre o estatuto e o regulamento do Fundo Garantidor de Créditos (FGC)*”, enuncia o comando copiado abaixo:

*Art. 2º O FGC tem por finalidades:*

*I - proteger depositantes e investidores no âmbito do sistema financeiro, até os limites estabelecidos pela regulamentação;*

*II - contribuir para a manutenção da estabilidade do Sistema Financeiro Nacional; e*

*III - contribuir para prevenção de crise bancária sistêmica.*

9. Bem se vê, de partida, que as atividades do Banco Central e do Fundo Garantidor de Créditos apresentam inexorável imbricação. Nesse cenário, um ato que crie obstáculos ao exercício das obrigações legalmente impostas ao Fundo Garantidor de Créditos interfere diretamente no sistema criado para a manutenção da estabilidade do sistema financeiro e a prevenção de crises bancárias, do qual o Banco Central é parte.

10. Ademais, esta Autarquia é responsável por “fazer cumprir (...) as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional”, conforme determina o artigo 9º da Lei nº 4.595, de 1964, supracitado, e o ato da autoridade coatora impede o cumprimento de diversos dispositivos da Resolução CMN nº 4.222, de 2013<sup>2</sup>, que impõem ao FGC o dever de garantir determinados créditos de investidores e depositantes de instituições financeiras.

11. À luz desses fatos, e dado que o art. 50 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), faculta a possibilidade de intervenção processual ao terceiro que tiver interesse jurídico em que a sentença de uma causa pendente seja favorável a uma das partes<sup>3</sup>, o Banco Central requer a sua admissão como assistente simples do Fundo Garantidor de Créditos. E o faz amparado em precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

*PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – PEDIDO DE ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL EM GRAU DE RECURSO: ADMISSIBILIDADE.*

*1. O litisconsórcio e a assistência são institutos com características e objetivos diversos.*

*2. Na assistência litisconsorcial, tema do recurso, existe uma pretensão do assistente sobre o objeto material do processo e assemelha-se a uma espécie de litisconsórcio facultativo ulterior, ou seja, o assistente litisconsorcial é todo aquele que, desde o início do processo, poderia ter sido litisconsorte facultativo-unitário da parte assistida (CPC Comentado por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, 8ª Ed., RT, p. 487, nota de rodapé n. 1, comentários ao art. 54 do CPC).*

*3. A assistência, simples ou litisconsorcial, tem cabimento em qualquer procedimento ou grau de jurisdição, inexistindo óbice a que se admita o ingresso do assistente em mandado de segurança, ainda que depois de transcorrido o prazo decadencial do writ.*

*4. Dissídio não considerado.*

*5. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (Grifo nosso)*

*(REsp 616485/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 11/04/2006, DJ 22/05/2006 p. 180)*

2 Por exemplo, os arts. 1º e 2º, § 3º, do Anexo II à Resolução CMN nº 4.222, de 2013, que estabelecem o dever do FGC de prestar garantia aos créditos de cada pessoa até o valor de R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

3 “Art. 50. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la”.

PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - DUPLICIDADE DE VENDA DE IMÓVEL PELA PREFEITURA DE TABATINGA - FALTA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - DESCABIMENTO - INOBSERVÂNCIA DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - NULIDADE - ART. 47, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

1. A inexistência de comprovação, no ato da impetração, da duplicidade de venda sobre partes do mesmo imóvel pela Prefeitura de Tabatinga-AM impede o exame de eventual direito líquido e certo da impetrante, uma vez que o mandado de segurança pressupõe a juntada aos autos de prova pré-constituída do direito alegado, não podendo haver dilação probatória, nessa via, a teor do art. 1º da Lei 1.533/51.

2. Havendo manifesto interesse jurídico do proprietário do segundo imóvel no resultado da demanda, é obrigatória a sua integração da lide, na qualidade de litisconsorte passivo necessário, teor do art. 47, do CPC.

3. Recurso especial improvido. (Grifo nosso)

(RMS 19.891/AM, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 13/03/2007, DJ 22/03/2007 p. 322).

12. Caso o pedido de assistência simples não seja aceito, requer-se o recebimento desta manifestação como simples memorial e a sua juntada aos autos por linha, eis que as razões a seguir expostas esclarecem ao juízo a questão debatida e oferecem contributos para a melhor solução do litígio e para a pacificação social, objetivos últimos da função jurisdicional.

### III. DO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA

13. O Fundo Garantidor de Créditos é terceiro estranho ao processo em que foi proferida decisão que atinge o seu patrimônio e impossibilita o exercício de suas funções. Não se lhe faculta a interposição de qualquer recurso com efeito suspensivo contra aquela decisão, a despeito da inegável violação a direito líquido e certo perpetrada. Trata-se, portanto, de hipótese legítima de uso da via do mandado de segurança, conforme as normas atualmente em vigor, notadamente a Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, segundo a qual:

*Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. (...)*

*Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:*

*I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;*

*II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;*

*III - de decisão judicial transitada em julgado.*

14. É dizer, ainda que se considerasse possível a apresentação de embargos de terceiros pelo FGC, tal não inviabilizaria a impetração de mandado de segurança, eis que aqueles embargos não têm natureza recursal, mas de ação, conforme apontado por Wambier<sup>4</sup>:

*(O) terceiro pode valer-se de embargos próprios, para proteger a sua posse sobre o bem da constrição judicial. Trata-se de ação de conhecimento, de caráter possessório, geradora de processo autônomo, cujo objetivo único é o de livrar o bem de terceiro de atos indevidos de apreensão judicial.*

15. A par disso, importa notar que o manejo de mandado de segurança contra ato judicial é amplamente aceito pelo e. Tribunal Superior do Trabalho, bem como pelo c. Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê:

*(É) cediço que para o manejo do mandado de segurança contra ato judicial, deve o impetrante demonstrar, de forma cabal e incontestável, a existência de liquidez e certeza ao direito pleiteado e a impossibilidade de eficácia da revisão da decisão atacada pelo sistema recursal vigente.*

*(TST-RO-1823-79-2011-5-08-0000. Relator Ministro Caputo Bastos. Subseção II Especializada em Dissídios Individuais. Julgado em 10/09/2013. DEJT 13/09/2013)*

<sup>4</sup> Wambier, Luiz Rodrigues et al. *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 2. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 434.

*RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. TERCEIROS. ARRESTO DE BENS DE SÓCIO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DECISÃO NÃO FUNDAMENTADA. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARA CONCEDER A ORDEM.*

*1. É cabível a impetração pelo terceiro prejudicado, mesmo contra ordem judicial, uma vez que não está condicionada à interposição de recurso, nos termos da Súmula 202/STJ.*

(RMS 25251/SP. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 20/04/2010. DJe 03/05/2010)

16. Em hipóteses extremas, quando o ato judicial impugnado consubstancia decisão teratológica ou manifestamente ilegal, a jurisprudência dos Tribunais Superiores não apenas admite, mas exige que a impugnação ocorra pela via do mandado de segurança:

*RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECISÃO LIMINAR DE BLOQUEIO DE BENS. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELO RÉU. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO PELO RELATOR. IRRECORRIBILIDADE. ART. 527, PARÁG. ÚNICO DO CPC. INAPLICABILIDADE DO ART. 39 DA LEI 8.038/1990. PRECEDENTES DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL SUPERADO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (...)*

*2. É inadmissível a interposição de Agravo de interno no caso de concessão ou negativa de efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento, sendo cabível, em casos excepcionais, a impetração de Mandado de Segurança, caso se trate de decisão teratológica (manifestamente ilegal) ou proferida com abuso de poder. Precedentes: AgRg no REsp. 714.016/RS, Rel. Min. ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA, DJe 19/03/2013, AgRg no AREsp. 95.401/PR, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 02/08/2012, AgRg no REsp. 1.215.895/MT, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 23/03/11 e RMS 25.949/BA, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 23/03/10.*

(REsp 1296041/BA. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Turma. Julgado em 27/08/2013. DJe 10/09/2013)

17. Tal é o caso da decisão judicial impugnada neste Mandado de Segurança. O ato praticado pela autoridade coatora faz tabula rasa da disciplina normativa das atividades do Fundo Garantidor de Créditos, não obstante a

invoque como seu principal fundamento. Além de contrariar a lógica, o ato judicial impugnado joga por terra um dos principais instrumentos regulatórios voltados à manutenção da estabilidade do sistema financeiro e à prevenção de corridas bancárias que possam gerar crises sistêmicas<sup>5</sup>. Em semelhante contexto, o Mandado de Segurança em referência é cabível e a concessão da ordem pretendida é medida que se impõe.

#### IV. A POLISSEMIA DA PALAVRA ‘FUNDO’ E A SUA IMPORTÂNCIA PARA A COMPREENSÃO DA MATÉRIA TRATADA

18. O termo ‘fundo’ é encontrado em diversas passagens do ordenamento jurídico brasileiro<sup>6</sup>. O significado que se lhe atribui, contudo, nem sempre é o mesmo. Muitas das vezes, ele é empregue para fazer referência ao destaque ou reunião de um conjunto de recursos financeiros para o atendimento de uma finalidade específica. É o que ocorre nos fundos especiais, vinculados ao orçamento público e cuja definição é dada pelo art. 71 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, *verbis*.

*Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.*

19. Nesse caso, a palavra ‘fundo’ designa um conjunto de recursos financeiros, e não uma pessoa jurídica, de maneira que, em relação aos fundos especiais, seria tecnicamente incorreta a afirmação de que o fundo possui um patrimônio próprio. Afinal, o fundo é formado por parte do patrimônio de determinadas pessoas.

20. Hipótese distinta de aplicação do termo no ordenamento jurídico nacional é a verificada na Resolução CMN nº 4.222, de 2013, que trata do Fundo Garantidor de Créditos. Aqui, grafado com inicial em maiúscula, “Fundo”

<sup>5</sup> Essas ideias são desenvolvidas no item VI.2, abaixo.

<sup>6</sup> Segue um rol exemplificativo: Constituição Federal, arts. 17, §3º; 21, XIV; 159, I, a e b; 165, §5º, I; Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, arts. 8º, §6º; 29, V; 49, II, 50 e 69; Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, arts. 9º, *caput* e § 1º e 11, parágrafo único; e a Resolução CMN nº 4.222, de 23 de maio de 2013, especialmente os arts. 1º e 10 de seu Anexo I.

é o nome de batismo de uma *associação*. Disso decorre que o FGC possui *personalidade jurídica própria*, pois as associações são pessoas jurídicas de direito privado, conforme o comando contido no art. 44, I, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2001, o Código Civil<sup>7</sup>. Confira-se o disposto no art. 1º do Anexo I à Resolução CMN nº 4.222, de 2013:

*Art. 1º O Fundo Garantidor de Créditos (FGC) é uma associação civil sem fins lucrativos, com personalidade jurídica de direito privado, regida pelo presente estatuto e pelas disposições legais e regulamentares aplicáveis. (grifamos)*

21. É bem de ver que a personalidade exprime a aptidão genérica para a aquisição de direitos – dentre os quais ora se destaca o direito de propriedade – e a contração de deveres<sup>8</sup>, *i.e.*, a formação de patrimônio próprio. Nesse sentido, o art. 10 do Anexo I à Resolução CMN nº 4.222, de 2013, define como se dá a constituição do patrimônio do FGC:

#### *CAPÍTULO II*

#### *DAS RECEITAS E DO PATRIMÔNIO*

*Art. 10. Constituem receitas do FGC:*

*I - contribuições ordinárias e especiais das instituições associadas;*

*(...)*

*§ 2º Se as circunstâncias indicarem, em qualquer momento, que o patrimônio do FGC necessita de receitas adicionais para fazer face a suas obrigações, serão utilizados, na seguinte ordem, recursos provenientes de: (...)* (Grifo nosso)

22. Os dispositivos citados, todos em pleno vigor, indicam que o patrimônio do FGC é formado por uma série de receitas, entre elas as contribuições ordinárias e especiais das instituições associadas. Por igual, enunciam as alternativas possíveis caso o patrimônio daquela associação necessite de receitas adicionais, a confirmar que as contribuições das instituições financeiras, uma vez realizadas, formam o patrimônio do FGC.

---

<sup>7</sup> “Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações”.

<sup>8</sup> Pereira, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. I. 20ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, p. 213.

23. Tendo esses fatos em vista, percebe-se que a decisão impugnada, que determinou o bloqueio de recursos do FGC “*porque o fundo é formado por contribuições das instituições financeiras participantes*”, tratou o Fundo em questão como se fosse um daqueles que, tal qual os fundos especiais, não possuem personalidade jurídica e patrimônio próprio. Semelhante entendimento foi reafirmado nas informações prestadas pela autoridade coatora, em que se lê: “*Logo, Senhor Relator, os valores não são do Fundo Garantidor*”. Nada mais desacertado.

24. Com as vênias devidas, o ato impugnado não encontra fundamento jurídico algum, muito menos no Estatuto do FGC, tal como sustenta a r. autoridade coatora. A Resolução CMN nº 4.222, de 2013, é absolutamente clara ao dispor que o FGC é uma pessoa jurídica, com patrimônio próprio, formado pelas contribuições das instituições financeiras, entre outras receitas. E as conclusões alcançadas pelo i. impetrado estão completamente descoladas dessas disposições.

25. Nota-se, então, que a fundamentação adotada pela autoridade impetrada no ato impugnado, descrita no parágrafo 2, acima, não se sustenta, notadamente porque o item (iii) tratado naquele parágrafo não se adequa à regulamentação jurídica em vigor<sup>9</sup>. Não obstante, por amor ao debate, é possível identificar outras razões a favor da concessão da ordem pretendida pelo FGC.

26. Nesse sentido, vê-se que há duas espécies distintas de relações jurídicas sendo debatidas no caso em referência: a primeira encontra-se nos laços contratuais que unem a VASP ao Banco Rural S.A.; a segunda materializou-se nas contribuições compulsórias que o Banco Rural S.A., por dever legal, destinou à formação do patrimônio do FGC. Estabelecida essa inafastável premissa, pode-se questionar: a declaração de que as relações contratuais entre VASP e Banco Rural S.A. ocorreram em fraude de execução pode legitimar o alcance do patrimônio do FGC?

---

<sup>9</sup> Transcreve-se o item (iii) para a comodidade da leitura. Afirma a decisão atacada que as contribuições do Banco Rural S.A. ao FGC são parte do patrimônio da instituição financeira e podem, portanto, responder pelo dever de restituição de cabeças de gado à (massa falida da) VASP

## V. A FRAUDE DE EXECUÇÃO E A IMPOSSIBILIDADE DE ALCANCE DO PATRIMÔNIO DO FGC

27. Como se sabe, regra básica do ordenamento jurídico nacional é que o patrimônio das pessoas – e dos seus eventuais garantidores – constitui garantia de suas obrigações<sup>10</sup>. Há, contudo, casos em que terceiros, estranhos à relação mantida entre devedor e credor, podem ter, de alguma maneira, seu patrimônio atingido para satisfazer obrigação daquele. Um desses casos é a fraude de execução, cujo conceito é dado pelo art. 593 do Código de Processo Civil, cuja redação é a seguinte:

*Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:*

*I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real;*

*II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;*

*III – nos demais casos expressos em lei.*

28. Duas razões impedem a aplicação do art. 593 do Código de Processo Civil de maneira a que se atinja o patrimônio do FGC. A primeira delas está em que os dispositivos citados falam em “*alienação ou oneração*”, conceitos a que contribuições compulsórias não se subsumem. O pagamento de tributos, por exemplo, não pode ser considerado nulo por ter ocorrido em fraude de execução. É que “*alienação ou oneração*” são espécies de negócios jurídicos. E, de acordo com a doutrina civilista, o negócio jurídico tem como elemento a vontade das pessoas que o praticam<sup>11</sup>. Esse elemento volitivo, sempre verificado nos negócios jurídicos, não está presente na contribuição mensal ordinária das instituições financeiras para a formação do patrimônio do FGC. Isso porque ela é *compulsória*, i.e, não se faculta às instituições financeiras possibilidade de não

---

10 Cf. Neves, José Roberto de Castro. Coação e fraude contra credores no Código Civil de 2002. In: *A Parte Geral do Novo Código Civil*. 3ª Edição. Gustavo Tepedino (Coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 317.

11 Pereira, ob. cit., pp. 476 e 478-79: “Os ‘negócios jurídicos’ são, portanto, declarações de vontade destinadas à produção de efeitos jurídicos queridos pelo agente; os ‘atos jurídicos stricto sensu’ são manifestações de vontade, obedientes à lei, porém geradoras de efeitos que nascem da própria lei. (...) Detendo-nos um instante mais sobre o elemento vontade frisamos que o princípio pelo qual se lhe reconhece o poder criador de efeitos jurídicos denomina-se autonomia da vontade, que se enuncia por dizer que o indivíduo é livre de, pela declaração de sua própria vontade, em conformidade com a lei, criar direitos e contrair obrigações”.

a realizar ou de atribuir-lhe efeitos jurídicos por elas queridos. Por isso, uma contribuição compulsória nunca poderia ser enquadrada aos campos semânticos dos termos ‘alienação’ e ‘oneração’.

29. O mesmo se dá com o art. 9º do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Consolidação das Leis Trabalhistas:

*Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.*

30. A contribuição das instituições financeiras para o FGC ocorre por expressa determinação da Resolução CMN nº 4.222, de 2013, circunstância que impede a caracterização do “*objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente CLT*”, exigida pelo dispositivo citado para a configuração de nulidade do ato. Antes, pelo contrário, aquela contribuição manifesta atendimento a deveres legais. Importa observar que o e. Superior Tribunal de Justiça, em posição consolidada no Enunciado nº 375 de sua Súmula de Jurisprudência, considera que o registro da penhora do bem alienado ou a prova da má-fé são requisitos essenciais ao reconhecimento da fraude à execução. Ambos os requisitos não se apresentam no caso vertente. No mesmo sentido, leia-se a decisão abaixo, do e. Tribunal Superior do Trabalho:

*EMBARGOS. REQUISITOS À CONFIGURAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO DE BEM DE SÓCIO DA PESSOA JURÍDICA OCORRIDA QUANDO AINDA NÃO PENDIA CONTRA ELE DEMANDA CAPAZ DE REDUZÍ-LO À INSOLVÊNCIA - NECESSIDADE DE RESGUARDAR O ATO JURÍDICO PERFEITO E O DIREITO DE PROPRIEDADE DOS ADQUIRENTES DE BOA-FÉ. 1. O bem penhorado foi vendido na pendência do processo de conhecimento, quando não havia contra o alienante, sócio de uma das pessoas jurídicas Réis, demanda capaz de reduzi-lo à insolvência. 2. Resulta incontestado a boa-fé dos Terceiros-Embargantes, adquirentes do imóvel penhorado. Qualquer consulta aos cartórios trabalhistas de distribuição, à época, teria como consequência a emissão de certidão negativa. 3. Inarredável a conclusão de que não estão configurados os requisitos objetivo e subjetivo à decretação da fraude à execução, pelo que a penhora do imóvel licitamente adquirido pelos Terceiros-Embargantes afronta*

*diretamente os incisos XXII e XXXVI do artigo 5º da Constituição. Embargos não conhecidos*”. (E-RR-1.795/2001-110-03-00.1, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJU de 09/2/2007)

31. Aliás, as contribuições pagas pelas instituições financeiras ao FGC sequer têm relação direta com os valores que o Fundo restitui aos consumidores bancários. Com efeito, o Fundo é um seguro. Assim, ainda que se imaginasse uma instituição financeira que fosse à bancarrota no primeiro mês seguinte à sua constituição, o FGC, não obstante os parcos valores recebidos a título de contribuição, restituiria integralmente os valores depositados até o limite de R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). Logo, fácil perceber que não há relação entre as contribuições pagas pelo Banco Rural S.A. ao FGC e os valores bloqueados pela ordem judicial impugnada por via deste *mandamus*. Ainda que se argumente que a ordem pretende limitar-se aos valores efetivamente pagos pelo Banco Rural S.A. ao FGC, remanesceria, em tese, o dever do FGC de pagar aos poupadores, ainda que sem o aporte das contribuições vertidas pelo Banco Rural S.A. Quando não, poderia o FGC argumentar que, à mingua de contribuição (equivalente ao prêmio do seguro) por parte da instituição financeira, não haveria dever de pagar o valor segurado a qualquer poupador. Ou seja, nesta última hipótese, deixariam os clientes de contar com o seguro oferecido pelo FGC e a operacionalidade do sistema de seguro seria prejudicada, conforme explicitado no item VI.2, abaixo.

32. O segundo obstáculo à aplicação do artigo 593 do Código de Processo Civil em prejuízo do FGC encontra-se, pois, na absoluta independência das contribuições realizadas pelo Banco Rural S.A. ao FGC quanto a quaisquer relações mantidas entre a VASP e aquela instituição financeira. Aquelas contribuições existiriam mesmo que a VASP e o Banco Rural S.A. nunca houvessem sido contrapartes contratuais. Veja-se, ademais, que a compra e venda de cabeças de gado não é protegida pelo FGC<sup>12</sup>, o que significa que a sua

---

12 De acordo com o art. 2º do Anexo II à Resolução CMN nº 4.222: “Art. 2º São objeto da garantia ordinária proporcionada pelo FGC os seguintes créditos: I - depósitos à vista ou sacáveis mediante aviso prévio; II - depósitos de poupança; III - depósitos a prazo, com ou sem emissão de certificado; IV - depósitos mantidos em contas não movimentáveis por cheques, destinadas ao registro e controle do fluxo de recursos referentes à prestação de serviços de pagamento de salários, vencimentos, aposentadorias, pensões e similares; V - letras de câmbio; VI - letras imobiliárias; VII - letras hipotecárias; VIII- letras de crédito imobiliário; IX - letras de crédito do agronegócio; X - operações compromissadas que têm como objeto títulos emitidos após 8 de março de 2012 por empresa ligada”.

realização sequer poderia ter alterado o valor das contribuições da instituição financeira para a associação. Sendo independentes, referidas contribuições não seriam enquadráveis nas hipóteses tratadas nos incisos do citado art. 593.

33. Em suma, a associação do Banco Rural S.A. ao FGC é fruto de imposição legal e as contribuições prestadas àquela associação foram todas compulsórias e nunca foram influenciadas por qualquer relação contratual mantida entre VASP e a instituição financeira. Nesse cenário, é impossível a aplicação do instituto da fraude de execução em prejuízo do FGC.

## VI. ANÁLISE DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE LIMINAR

### VI.1. *Fumus boni iuris*

34. Ao praticar o ato impugnado, a autoridade impetrada indicou o Estatuto do Fundo Garantidor de Créditos como fundamento de sua decisão. Ao proferir a sua decisão, considerou que os valores confiados ao FGC podem ser usados para a satisfação de alegado dever do Banco Rural S.A. de restituir cabeças de gado, ou seu valor equivalente, à VASP.

35. Contudo, a simples leitura do **Estatuto do FGC** desautoriza semelhante conclusão. Seu texto é **expresso ao dispor que o FGC possui patrimônio próprio, formado pelas contribuições das instituições financeiras** compulsoriamente associadas, entre outras verbas.

36. A par disso, o ato impugnado não se sustenta. Ali, não há referência a qualquer dispositivo legal que permita o alcance do patrimônio do FGC para a satisfação de dívida alheia. Conquanto seja um fato grave, a demora no pagamento aos trabalhadores da VASP não legitima, juridicamente, o alcance indiscriminado do patrimônio de terceiros. **A relação entre o Banco Rural S.A. e o FGC sempre deveu sua existência e todos os seus efeitos a determinações legais.** É impossível considerar que essa relação ocorreu em fraude de execução.

37. Essas circunstâncias demonstram a configuração do *fumus boni iuris*.

## VI.2 – *Periculum in mora*

38. Para demonstrar a necessidade de urgente concessão da liminar pretendida, cumpre considerar os motivos pelos quais o ato praticado pela autoridade coatora pode causar prejuízos irreparáveis para as missões desempenhadas pelo Fundo Garantidor de Créditos. Para tanto, uma breve nota sobre essas missões é indispensável.

39. O Fundo Garantidor de Créditos é responsável por um dos mais importantes instrumentos de regulação bancária, o seguro de depósitos. Esse instrumento possui quatro finalidades precípuas<sup>13</sup>: a proteção dos depositantes, a proteção da escala do mercado bancário, o desestímulo a corridas bancárias que possam gerar crises sistêmicas e a criação de incentivos à competitividade no setor.

40. A **proteção dos depositantes**, especialmente os pequenos, dá-se com a garantia de que eles recebam o valor de suas aplicações até um limite estabelecido. Reconhece-se que pequenos investidores, em geral, têm menor capacidade para coletar informações sobre a solidez das instituições financeiras em que aplicam seus recursos e que devem estar protegidos, para que não percam sua poupança em caso de quebra daquelas instituições financeiras<sup>14</sup>.

41. Semelhante consideração já foi encampada pelo e. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1398-0/DF, que questionava a constitucionalidade das resoluções do CMN relativas ao FGC. Confirmam-se trechos dos votos dos Ministros Maurício Corrêa e Marco Aurélio Mello, respectivamente.

*Sr. Presidente, entendo que o ilustre Relator encontrou o caminho mais adequado ao deferir o possível, neste exame preambular, mantendo-se as duas estruturas de ambas as Resoluções, ora em exame nesta fase de controle abstrato.*

*E o faz bem, tendo-se em vista que as medidas preconizadas nas normas questionadas, objeto desses atos do Banco Central do Brasil, visam exatamente a proteção do pequeno poupador. Já, pois, superposta à questão superficial, conveniência social de alta relevância, que pelo seu próprio*

---

13 Cf. Saddi, Jairo. *Crise e Regulação Bancária*. São Paulo: Texto Novo, 2001. P. 136-8.

14 Cranston, Ross. *Principles of Banking Law*. Oxford, Oxford University Press, 2002.

*conteúdo, indica seja preservado o princípio a que visaram as respectivas Resoluções.*

*Sensibiliza-me, contudo, o que foi dito relativamente à necessidade de manter-se, com eficácia, parte do diploma atacado<sup>15</sup> visando a proteger justamente esses pequenos investidores.*

(Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1398-0 Distrito Federal. Relator: Min. Francisco Rezek. Sessão Plenária. Julgamento do pedido cautelar em 13 de março de 1996. Grifamos).

42. Ao proteger os investidores que não têm acesso a muitas informações sobre a solidez das instituições financeiras, o seguro de depósito contribui também para o **aumento da escala e a própria existência do mercado financeiro**<sup>16</sup>. É que potenciais investidores que não tenham informações nas quais possam basear suas decisões sobre investimentos, caso não *confiem* em que eles estariam minimamente garantidos, podem optar por não investir ou por limitar seus investimentos a uma parcela do que aplicariam se obtivessem informações<sup>17</sup> ou se a falta delas não fosse um problema. O sistema de seguro de depósitos, ao gerar nos potenciais depositantes a *confiança* de que seus investimentos serão pagos – ainda que a instituição financeira por eles responsável quebre – contribui para o aumento da quantidade de recursos intermediados no sistema financeiro (poupança popular) e, conseqüentemente, para a maior oferta de crédito ao público.

43. Ademais, os seguros de depósito são uma importante forma de **prevenção de corridas bancárias**<sup>18</sup>. É que a proteção dos depositantes faz com que eles, diante de algum sinal de instabilidade do sistema financeiro, *confiem* em que poderão resgatar seus investimentos e, portanto, não tenham motivos para entrarem em pânico e sacarem, todos ao mesmo tempo, os seus depósitos, o que poderia gerar grave crise no sistema financeiro<sup>19</sup>.

15 Ressalte-se que, mais tarde, foi declarada a perda de objeto da ADI referenciada, pela superveniência da Emenda Constitucional nº 40, de 2000, de maneira que todo o texto das Resoluções do CMN sobre o FGC encontra-se em pleno vigor, sem que se possa questionar sua constitucionalidade.

16 MacNeil, Iain G. *An Introduction to the Law on Financial Investment*. Oxford, Hart Publishing Ltd., 2005, p. 29.

17 *Idem, Ibidem*, p. 29.

18 Carnell, Richard Scott. Macey, Jonathan R. Miller, Geoffrey P. *The Law of Banking and Financial Institutions*. 4<sup>th</sup> ed. New York, Aspen Publishers, 2008, p. 312; Stallings, Barbara e Studart, Rogerio. *Financial Regulation and Supervision in Emerging Markets: The Experience of Latin America since the Tequila Crisis*. Serie Macroeconomía del Desarrollo. Naciones Unidas, Cepal. Santiago, Chile. December 2001, p. 23-4. Disponível em <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/4/9084/lcl1670i.pdf>. As obras apontam que a criação do seguro de depósitos nos EUA e na Argentina objetivou, primeiramente, evitar corridas bancárias.

19 Cranston, ob. cit., p. 78.

44. A relação entre os sistemas de seguro de depósitos e a prevenção de crises financeiras é reconhecida a ponto de a criação de um mecanismo do tipo nos Estados Unidos<sup>20</sup>, na outonada da Crise de 1929, ser associada ao longo período sem grandes turbulências bancárias (1933-2007) vivido no país<sup>21</sup>. A experiência norte-americana fez eco e, em setembro de 2008, apenas dois países com representação no Comitê de Mercados Financeiros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) não tinham alguma cobertura do tipo<sup>22</sup>.

45. Alguns episódios recentes dão conta de que as corridas bancárias são uma ameaça onipresente à higidez dos sistemas financeiros. Em setembro de 2007, no Reino Unido, uma corrida ao banco Northern Rock foi um dos mais tristes episódios da recente Crise Financeira. Poucos anos antes, em 2001, uma corrida bancária generalizada na Argentina motivou a adoção de um rigoroso pacote de medidas – conhecido como *Corralito* –, que incluía o congelamento de contas bancárias e o estabelecimento de um limite para saques, gerando graves transtornos para a população.

46. Finalmente, o quarto objetivo dos sistemas de seguro de depósitos é a **promoção da competitividade no setor bancário**<sup>23</sup>, uma vez que instituições menores e menos conhecidas passam a ser uma alternativa mais palatável para depositantes quando eles mantêm a *confiança* em que os dinheiros nelas aplicados ser-lhes-ão devolvidos.

47. Vê-se, portanto, que ao menos três dos quatro objetivos do Fundo Garantidor de Créditos (os estímulos ao aumento da escala do mercado financeiro e à sua competitividade, e o desincentivo a corridas bancárias) dependem da *confiança* dos depositantes em que os seus investimentos serão recuperados em caso de quebra da instituição financeira depositária.

48. Nesse cenário, uma decisão como a ora impugnada, que impede o FGC de restituir os valores depositados em instituições financeiras quebradas aos

---

20 A referência é ao *Federal Deposit Insurance Corporation*, instituído pelo Banking Act of 1933, e que, ao lado da separação de bancos de investimento e comerciais, foi uma das principais respostas à Crise de 1929.

21 Ricks, Morgan. *Regulating Money Creation After the Crisis*. Disponível no site eletrônico da *Harvard Business Law Review*. [http://www.hblr.org/download/HBLR\\_1\\_1/Ricks-Regulating\\_Money\\_Creation.pdf](http://www.hblr.org/download/HBLR_1_1/Ricks-Regulating_Money_Creation.pdf). Acesso em 16 de setembro de 2013.

22 Em outubro daquele ano, a Austrália, um daqueles dois países, anunciou a imediata introdução de um sistema de seguro de depósitos. Cf. H Hill, Jennifer G. Why did Australia fare so well in the global financial crisis? *The Regulatory Aftermath of the Global Financial Crisis*. Eilis Ferran, Niamh Moloney, Jennifer G. Hill and John C. Coffee, Jr. Cambridge, Cambridge University Press, 2012. pp. 240 e 243.

23 Saddi, ob. cit. p. 137.

investidores, causa danos irreparáveis à atuação daquela associação e às valorosas missões por ela desempenhadas. E, com todas as vênias, a consideração de que a decisão impugnada não gera “*nenhum risco à economia popular ou apto a gerar crise bancária sistêmica*”, feita pela autoridade coatora em suas informações, é desprovida de razão.

49. Tampouco se sustenta a afirmação lançada nas informações da autoridade coatora no sentido de que “*a questão que se coloca diz respeito à prevalência dos créditos trabalhistas sobre créditos de investidores*”. Em verdade, a decisão coloca em xeque a confiança no sistema de poupança popular, notadamente dos pequenos investidores<sup>24</sup>. Assim, para além dos 6.000 (seis mil) clientes do Banco Rural S.A. diretamente afetados, a decisão, tal como prolatada, coloca em dúvida a própria funcionalidade do FGC com perdas para toda a Economia, pois assume que as contribuições ao Fundo – aqui entendido como associação civil – não lhe pertencem. Ou seja, o conflito não é entre interesse privado e interesse social constitucionalmente protegido (direito contratual *versus* direito trabalhista), como imaginado pelo douto magistrado, mas, sim, entre dois interesses sociais – um dos quais, o garantido pelo FGC, com conotação já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no curso de ação direta, como referido (*vide* item 35, *ut supra*).

50. Com efeito, o bloqueio em referência é um golpe na confiança do público acerca da devolução dos investimentos e depósitos. E quanto maior for a duração do bloqueio, maior será o dano à confiança depositada no sistema operado pelo FGC. Por fim, some-se a isso o risco de que o pagamento aos credores da VASP torne impossível a restituição ao FGC do dinheiro bloqueado.

## VII. CONCLUSÃO

51. A título de conclusão, convém repisar os principais elementos da análise empreendida acima:

(a) O termo fundo admite ao menos dois empregos distintos no ordenamento jurídico brasileiro. Em um deles, designa a parcela de um patrimônio

---

<sup>24</sup> Lembre-se, a propósito, que os maiores investidores, porque gozavam de garantias especiais, já foram pagos pelo FGC. A ordem atacada incide sobre os pequenos investidores com valores inferiores a R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

destinada a uma finalidade específica, caso em que não se dá o surgimento de nova personalidade jurídica. É o que ocorre no caso dos fundos especiais. Em outro sentido, fundo é o nome dado a uma pessoa jurídica. Nesta hipótese, enquadra-se o Fundo Garantidor de Créditos, que é uma associação, com patrimônio próprio, formado a partir da contribuição dos participantes, entre outras receitas<sup>25</sup>. Disso decorre que, ao contrário do que se afirmou no ato impugnado, o Estatuto do Fundo Garantidor de Créditos **não** corrobora o fundamento da determinação de bloqueio de ativos, de acordo com o que se viu na Seção IV;

(b) No direito brasileiro, o devedor responde por suas obrigações com seu patrimônio e com as garantias eventualmente prestadas ao seu débito. Apenas em hipóteses determinadas, bens de terceiros podem ser alcançados para satisfazer dívida alheia. É o que ocorre na fraude de execução. Contudo, as condições para a aplicação de desse instituto não se fazem notar na relação mantida entre o Banco Rural S.A. e o Fundo Garantidor de Créditos, como demonstrado na Seção V. A existência e todos os efeitos decorrentes dessa relação sempre decorreram diretamente da Resolução CMN nº 4.222, de 2013<sup>26</sup>, e de seu Anexo I;

(c) O fato de o ato praticado pela autoridade coatora não indicar fundamentação legítima e a inexistência de dispositivos legais que o autorizem confirmam a presença do *fumus boni iuris*. A seu turno, a configuração do *periculum in mora* decorre do fato de ao menos três das quatro finalidades da operação de sistemas de seguro de depósito (estímulo à escala e à competitividade e prevenção de corridas bancárias) dependerem da confiança do público na devolução dos depósitos mantidos em instituições submetidas a regimes especiais aos respectivos investidores, confiança que é severamente atingida pela decisão que, sem amparo legal, impede o pagamento de depositantes de determinada instituições financeira.

52. Por todo o exposto, requer-se a admissão do ingresso do Banco Central na causa, como assistente simples do Fundo Garantidor de Crédito, com fundamento no art. 50 do Código de Processo Civil, eis que tem interesse jurídico

---

25 Conforme o disposto nos arts. 1º e 10 do Anexo I à Resolução CMN nº 4.222, de 2013, já citados no corpo desta manifestação, abaixo dos parágrafos 20 e 21, *ut supra*.

26 E dos atos normativos editados pelo CMN que a antecederam.

em favor da concessão da segurança ao impetrante, ou, subsidiariamente, o recebimento da presente manifestação como memorial, anexando-a aos autos por linha, pois, como visto, as razões aqui expostas esclarecem ao juízo a questão debatida e oferecem contributos para a melhor solução do litígio e para a pacificação social, objetivos últimos da função jurisdicional.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 23 de setembro de 2013.

*Marcio Vidal de C. Valadares*  
*Procurador – OAB/RJ 153.754*

*Tania Nigri*  
*Procuradora-Chefe Substituta – OAB/SP 228.742*

*Flavio José Roman*  
*Procurador-Chefe – OAB/DF 15.934*

*Erasto Villa-Verde Filho*  
*Subprocurador-Geral – OAB/DF 9.393*

**“DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE”**  
**(Ordem-de-Serviço n.º 4.474, de 1º.7.2009)**

# Normas de submissão de trabalhos à Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

1. Os trabalhos devem ser encaminhados ao Conselho Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central para apreciação, pelo endereço [revista.pgbc@bcb.gov.br](mailto:revista.pgbc@bcb.gov.br), em arquivo *Word* ou *RTF*, observando-se as normas e os parâmetros de editoração adiante estabelecidos.
2. Os autores filiados a instituições estrangeiras podem encaminhar trabalhos redigidos em inglês ou espanhol.
3. Os autores que publicam trabalhos na Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central são detentores dos direitos morais de seus trabalhos, no entanto não fazem jus aos direitos patrimoniais pertinentes a sua criação ou a remuneração de nenhuma natureza.
4. **Configuração dos trabalhos** – Os trabalhos enviados devem ser compostos de 10 a 20 páginas, redigidas em fonte *Times New Roman* 12, com espaço entrelinhas simples. Variações serão analisadas pelo Conselho Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central.  
A configuração das páginas deve observar os seguintes parâmetros:
  - a) margens: superior – 3cm; inferior – 2cm; esquerda – 3cm; direita – 2cm;
  - b) tamanho: 210mm x 297mm (folha A4);
  - c) numeração: todas as páginas são contadas, mas a numeração, em algarismos arábicos, ocorre da segunda página em diante, na margem superior direita.
5. **Título e subtítulo** – O título do trabalho deve ser escrito no topo da página, alinhado à direita, com fonte *Times New Roman* 16, em negrito, com a primeira letra de cada palavra em maiúscula, salvo nos casos em que a inicial maiúscula não seja recomendada (em advérbio, preposição, conjunção, interjeição e artigo). O subtítulo do trabalho deve ser escrito na mesma linha do título, com mesma fonte, mesmo alinhamento e negrito. O subtítulo grafa-se das seguintes formas:
  - a) se ocorrer após dois-pontos: todas as letras minúsculas, salvo se a inicial maiúscula for obrigatória (exemplo: Governança Cooperativa: as funções estratégicas e executivas em cooperativas de crédito no Brasil);
  - b) se ocorrer após traço: inicial maiúscula apenas na primeira palavra (exemplo: Governança Cooperativa – As funções estratégicas e executivas em cooperativas de crédito no Brasil).

6. **Identificação do autor** – O nome do autor deve figurar um espaço duplo depois do título, alinhado à direita, com fonte *Times New Roman* 11 e negrito, seguido de asterisco, que remeta a nota de rodapé em que conste sua formação acadêmica e suas principais atividades profissionais.

7. **Sumário** – O sumário reproduz número e nome das seções e das subseções que compõem o trabalho. Deve posicionar-se um espaço duplo depois do nome do autor, alinhado à direita, a 6cm da margem esquerda, com fonte *Times New Roman* 10, em itálico. Apresenta número e nome das seções e das subseções que compõem o trabalho, até três desdobramentos. Veja-se este exemplo:

*Introdução. 1 Atividade bancária na União Europeia.  
2 Concorrência no setor bancário. 2.1 Sujeição dos bancos  
às regras de concorrência comunitárias. 2.2 Atuação da  
Comissão Europeia e da Rede Europeia de Concorrência.  
2.3 Ações da Comissão Europeia para o fortalecimento da  
concorrência na área bancária. Conclusão.*

8. **Resumo** – O resumo deve ser apresentado em português e inglês (*abstract*) e conter de 100 a 250 palavras. Deve ser construído na terceira pessoa do singular, com frases concisas e afirmativas, e não com enumeração de tópicos. Sua primeira frase deve explicar o tema do trabalho. Evitam-se símbolos e contrações cujo uso não seja corrente e fórmulas, equações e diagramas, a menos que extremamente necessários. Deve ressaltar o objetivo, o método, os resultados e as conclusões; não deve discorrer sobre o assunto do trabalho. O resumo em inglês (*abstract*) deve ser antecedido do título do trabalho, também em inglês, grafado um espaço duplo depois das palavras-chave em português.

9. **Palavras-chave** – Devem ser citadas de 4 a 6 palavras representativas do conteúdo do trabalho, separadas entre si por ponto. As palavras-chave em português devem figurar um espaço duplo depois do resumo. As palavras-chave em inglês (*keywords*) apresentam-se um espaço duplo depois do *abstract*.

10. **Texto** – O texto deve respeitar o limite de páginas já fixado e ser redigido de acordo com os parâmetros seguintes.

a) **Título e subtítulo de seções:** devem ser escritos em fonte *Times New Roman* 14, em negrito, posicionados um espaço duplo depois das *keywords*, alinhados à esquerda, com recuo de 1,5cm à esquerda e um espaço duplo entre eles. Escrevem-se apenas com a primeira letra da primeira palavra em maiúscula, salvo nos casos em que o uso de maiúscula nas demais palavras seja obrigatório.

Devem ser numerados com algarismos arábicos. O número e o nome das seções e das subseções devem ser separados apenas por espaço. Vejam-se exemplos:

### 3 Concorrência no setor bancário

#### 3.1 Sujeição dos bancos às regras de concorrência comunitárias

- b) **Parágrafos:** devem ser redigidos em fonte *Times New Roman* 12, sem negrito ou itálico, iniciando-se um espaço duplo depois do título da seção ou da subseção, com espaçamento entrelinhas simples, alinhamento justificado e recuo de 1,5cm da margem esquerda.
- c) **Destques:** devem ocorrer conforme as seguintes especificações:
- expressões em língua estrangeira: itálico (se ocorrerem trechos em itálico, as expressões estrangeiras devem ficar sem itálico);
  - ênfase, realce de expressões: negrito;
  - duplo realce de expressões: negrito e sublinhado (quando necessário destacar texto já destacado).
- d) **Citações:** devem apresentar-se conforme sua extensão.
- Citações com três linhas no máximo: devem figurar no corpo do parágrafo, entre aspas, sem itálico.
  - Citações com mais de três linhas: devem compor bloco independente do parágrafo, a um espaço duplo do texto antecedente e a um espaço duplo do texto subsequente, alinhado a 4cm da margem esquerda, com fonte 10, sem aspas e sem itálico.
  - Destaque nas citações: pode constar do original ou ser inserido pelo copista.
    - > Destaque do original: após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifo(s) do autor”, entre parênteses, seguido do ponto-final.
    - > Destaque do copista: após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifo(s) nosso(s)”, entre parênteses, antes do ponto-final.
  - Sistema de chamada de citações: deve ser o sistema autor-data. Em vez de usar número que remeta a nota de rodapé com os dados bibliográficos da publicação mencionada e em vez de usar toda a referência entre parênteses, emprega-se o sobrenome do autor ou o nome da entidade (com apenas a inicial maiúscula), a data e a(s) página(s) da publicação de onde se retirou o trecho transcrito. Vejam-se estes exemplos.
    - > Citação direta com até três linhas, sem o nome do autor expresso no texto:  
[...] O § 1º do citado art. 47 dá poderes aos estatutos para “criar outros órgãos necessários à administração”, e o art. 48 prevê a possibilidade de que os órgãos de administração contratem gerentes técnicos ou comerciais que não pertençam ao quadro de associados (BRASIL, 1971).

- > Citação direta com até três linhas, com o nome do autor expresso no texto:

[...] nas palavras de Serick (*apud* COELHO, 2003, p. 36): “[...] aplicam-se à pessoa jurídica as normas sobre capacidade ou valor humano, se não houver contradição entre os objetivos destas e a função daquela.”

- > Citação direta com mais de três linhas, sem o nome do autor expresso no texto:

[...] Em relação aos órgãos de administração, a Lei Cooperativa prevê, em seu art. 47:

A sociedade será administrada por uma Diretoria ou Conselho de Administração, composto exclusivamente de associados eleitos pela Assembleia Geral, com mandato nunca superior a 4 (quatro) anos, sendo obrigatória a renovação de, no mínimo, 1/3 (um terço) do Conselho de Administração (BRASIL, 1971).

Dessa forma, as cooperativas de crédito no Brasil devem optar por serem administradas por uma [...]

- > Citação direta com mais de três linhas, com o nome do autor expresso no texto:

[...] Nas palavras de Martins (2001, p.135), a sociedade comercial pode ser conceituada como

[...] a entidade resultante de um acordo de duas ou mais pessoas, [sic] que se comprometeram a reunir capitais e trabalho para a realização de operações com fim lucrativo. A sociedade pode surgir de um contrato ou de um ato equivalente a um contrato; uma vez criada, e adquirindo personalidade jurídica, a sociedade se autonomiza, separando-se das pessoas que a constituíram.

Essa reunião social, conhecida pelos nomes “empresa”, “firma”, “sociedade”, “entidade societária” etc., [...]

- > Citação indireta sem o nome do autor expresso no texto (não se aplica o critério de número de linhas):

Críticos a esse modelo argumentam que os administradores podem atribuir a essa busca por atender expectativas dos *stakeholders* a responsabilidade por eventuais resultados negativos do negócio, mas reconhecem sua capacidade em agregar os esforços das partes interessadas em torno de objetivos de longo prazo e o sucesso da empresa (MAHER, 1999, p. 13).

- > Citação indireta com o nome do autor expresso no texto (não se aplica o critério de número de linhas):

Cornforth (2003, p. 30-31), na tentativa de estabelecer um modelo de análise apropriado para organizações sem fins lucrativos e tomando por base a taxonomia proposta por Hung (1998, p. 69), foca a atenção nos papéis que o Conselho desempenha, relacionando sua significância com as teorias associadas a cada papel na busca de uma abordagem multiteórica capaz de melhor explicar os diferentes papéis do Conselho.

11. **Referências** – Todos os documentos mencionados no texto devem constar nas Referências, que se posicionam um espaço duplo depois do fim do texto. Adotam-se as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Os nomes devem ser separados entre si por um espaço simples, alinhados à esquerda. O destaque no título do documento ou do evento no qual o documento foi apresentado deve ser **negrito**; o subtítulo deve ser grafado sem **negrito**. Título de artigo ou de texto publicado como parte de um exemplar deve ser grafado sem **negrito**, e o título desse exemplar deve figurar em **negrito**. No caso de publicações eletrônicas, deve constar o endereço eletrônico em que foi feita a consulta ao documento e a data do acesso a ele. Vejam-se exemplos:

FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. **Sistema Financeiro e Responsabilidade Social**: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito. São Paulo: Textonovo, 2004.

ROMAN, Flávio José. A Função Regulamentar da Administração Pública e a Regulação do Sistema Financeiro Nacional. *In*: JANTALIA, Fabiano. **A Regulação Jurídica do Sistema Financeiro Nacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008**. Dispõe sobre o Sistema de Consórcio. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 de outubro de 2008. Seção 1. p. 3. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

SEMINÁRIO BRASILEIRO SOBRE A ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL, 2008, Brasília. **Anais ...** Brasília: Escola da AGU, 2008, 300 p.

CARVALHO, Danilo Takasaki. Sistema de Pagamentos em Moeda Local: aspectos jurídicos da nova alternativa para remessas de valores entre o Brasil e a Argentina. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 199-224, dez. 2008.

12. Os trabalhos que não estiverem em conformidade com as normas e os parâmetros relativos à editoração da revista serão devolvidos a seus autores e poderão ser reenviados, desde que efetuadas as modificações no prazo estabelecido.
13. A seleção dos trabalhos para publicação será feita pelos membros do Conselho Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, conforme previsto em regulamento próprio.



**BANCO CENTRAL DO BRASIL**

