



Volume 7 – Número 1  
Junho 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 1 • Junho 2013

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central  
Volume 7 • Número 1 • Junho 2013

© Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral – Cejur

**Diretora da Revista da PGBC**

Adriana Teixeira de Toledo (Banco Central, DF)

**Editora-Chefe da Revista da PGBC**

Rosely Palaro Di Pietro (Banco Central, DF)

**Editor Adjunto da Revista da PGBC**

Ricardo Ferreira Balota (Banco Central, DF)

**Editor Adjunto da Revista da PGBC**

João Marcelo Rego Magalhães (Banco Central, DF)

**Conselho Editorial da Revista da PGBC**

**Conselheiros**

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

Edil Batista Junior (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 Getulio 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 Junior (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

Marcel Mascarenhas dos Santos

## Subchefe de Gabinete do Procurador-Geral

Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos

## 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

Jefferson Siqueira de Brito Alvares

## 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

Flávio 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 Correa de Araujo

**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

*Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho* \_\_\_\_\_ 13

### Nota da Edição

*Rosely Palaro Di Pietro* \_\_\_\_\_ 17

## Artigos

Agências Reguladoras: origens, fundamentos, Direito Comparado,  
poder de regulação e futuro

*Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy* \_\_\_\_\_ 19

Regulação Financeira e Sustentabilidade

*Luciane Moessa de Souza* \_\_\_\_\_ 35

A Interpretação conforme a Constituição na Ação Direta de  
Inconstitucionalidade: análise de julgados do Supremo Tribunal Federal

*Leandro Eduardo da Silva* \_\_\_\_\_ 65

A Participação das Cooperativas nas Licitações Públicas: análise à luz  
da doutrina, da jurisprudência e da legislação, incluída a nova Lei de  
Cooperativas de Trabalho (Lei nº 12.690, de 2012)

*Fernanda Mesquita Ferreira* \_\_\_\_\_ 81

A Diferença entre o Dever Intraproposicional e o Dever Interproposicional como o Fundamento Lógico da Diferença entre Erro de Tipo e Erro de Proibição no Direito Penal Econômico

*Fernando dos Santos Lopes* \_\_\_\_\_ 103

A Natureza Jurídica do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio: caráter diplomático e/ou decisório

*Diogo Rafael de Arruda* \_\_\_\_\_ 127

O Contrato como Operação Econômica: contributo científico a partir da obra de Enzo Roppo

*Ivan Guimarães Pompeu e Renata Guimarães Pompeu* \_\_\_\_\_ 145

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

Parecer PGBC-98/2012

Parecer que analisa a decisão administrativa proferida pelo Procon estadual de Minas Gerais que determinou a suspensão, pelo prazo de cinco dias, da oferta de todo e qualquer serviço consistente em outorga de crédito ou concessão de financiamento pelas instituições financeiras que especifica, exceto aqueles destinados a consumidores já clientes da respectiva instituição, sob pena de multa diária.

*Eliane Coelho Mendonça, Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira,  
Cristiano de Oliveira Lopes Cozer e Isaac Sidney Menezes Ferreira* \_\_\_\_ 163

Parecer-e PGBC-146/2012

Parecer que examina as possibilidades legais de cooperação entre o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários para viabilizar o acesso desta autarquia a informações protegidas pelo sigilo bancário, necessárias ao exercício de suas atribuições de fiscalização.

*Fernanda Quintas Vasconcelos, Marcel Mascarenhas dos Santos e  
Isaac Sidney Menezes Ferreira* \_\_\_\_\_ 175

Parecer PGBC-215/2012

Parecer emitido em virtude de requisição de informações do Tribunal de Contas da União, analisando a incidência do sigilo de que trata a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, às transações realizadas no âmbito da gestão das reservas internacionais do país.

*Marcus Paulus de Oliveira Rosa, Lucas Alves Freire, Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, Cristiano de Oliveira Lopes Cozer e*

*Isaac Sidney Menezes Ferreira* \_\_\_\_\_ 193

Petição PGBC-5727/2012

Manifestação em Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal pleiteando a retirada em 120 dias da expressão “DEUS SEJA LOUVADO” de todas as cédulas de real produzidas a partir do decurso do aludido prazo.

*César Cardoso e Isaac Sidney Menezes Ferreira* \_\_\_\_\_ 217

Petição PGBC-1934/2013

Manifestação jurídica em recurso especial, na qualidade de *amicus curiae*, que discute a legalidade da cobrança da tarifa de abertura de crédito e da tarifa de emissão de boleto ou carnê, bem como sobre o parcelamento do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários, por parte das instituições financeiras.

*Filogônio Moreira Júnior, Flávio José Roman, Erasto Villa-Verde*

*Carvalho Filho e Isaac Sidney Menezes Ferreira* \_\_\_\_\_ 235

**Normas de submissão de trabalhos à Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central** \_\_\_\_\_ 257

# Apresentação

Eis o primeiro número da **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central (Revista da PGBC)** editado após sua reclassificação pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), que a elevou, com apenas seis anos de existência e um ano desde a sua inclusão no sistema *Qualis*,\* do estrato inicial (C) para o seguinte (B5).

Dado o rigor dos procedimentos adotados pela Capes para ranquear as publicações científicas, ter a **Revista da PGBC** merecido *up grade* em curto período de vida e avaliação revela tratar-se de periódico que rapidamente angaria prestígio nos meios acadêmicos e profissionais.

Sem dúvida, o reconhecimento que a publicação tem conquistado a cada edição não se limita aos membros das carreiras jurídicas e aos alunos e professores de Direito, mas vai além, despertando interesse e admiração em todos os setores direta ou indiretamente afetos ao vasto e complexo âmbito de atribuições do Banco Central do Brasil.

Com o objetivo de divulgar trabalhos jurídicos relacionados com as áreas de atuação da Autarquia, e também sobre temas de interesse da advocacia pública federal, atribuo o sucesso da linha editorial da **Revista** à abertura para a publicação de artigos de colaboradores externos e também à sua dupla vertente: acadêmica e profissional. Desse modo, permanece imune aos indesejáveis extremos do endogenismo, do academicismo e do pragmatismo.

Desde sua criação, a **Revista da PGBC** contém duas seções, comparáveis ao ciclo respiratório: a primeira, denominada “Artigos”, **inala** o renovador oxigênio teórico produzido pela academia; e a segunda, intitulada “Pronunciamentos da

---

\* *Qualis* é o sistema utilizado pela Capes, órgão do Ministério da Educação, para avaliar a qualidade da produção intelectual divulgada em periódicos científicos. O sistema *Qualis* avalia os periódicos com base em critérios como a metodologia usada para aprovação, revisão e publicação de artigos; análise curricular de autores e componentes do corpo editorial; e o impacto do periódico em teses, dissertações e em outros periódicos. Disponível em: <<http://www.capes.gov.br/avaliacao/qualis>>. Acesso em: 29 mai. 2013.

Procuradoria-Geral do Banco Central”, **exala** o resultado prático do trabalho desenvolvido pelos procuradores e pelas procuradoras do Banco Central no exercício diário de suas atribuições legais, seja na área de consultoria, seja na de contencioso judicial.

O volume que ora tenho a honra de apresentar segue essa proposta, contendo sete artigos de cunho acadêmico, sendo cinco de colaboradores externos e dois de Procuradores e Procuradoras do Banco Central; e cinco pronunciamentos da PGBC, dos quais três são pareceres, e dois, petições.

No que se refere aos artigos, os trabalhos versam temas atuais e diversos, como a terceirização na Administração Pública por meio de cooperativas de trabalho; erro de tipo e erro de proibição no Direito Penal Econômico; a relação entre regulação financeira e sustentabilidade socioambiental; a solução de controvérsias na Organização Mundial do Comércio; a interpretação conforme a Constituição à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; a articulação existente entre a realidade jurídica representada pelo contrato e o fato socioeconômico a ele subjacente; e a origem, fundamentos das Agências Reguladoras analisados à luz do Direito Comparado. Os pareceres expedidos pela área de consultoria da PGBC, por sua vez, tratam da colaboração prestada pelo Banco Central à Comissão de Valores Mobiliários em suas funções fiscalizatórias, da necessidade de o Banco Central confirmar determinadas sanções impostas a instituições financeiras por órgãos de proteção e defesa do consumidor para que tenham eficácia e do sigilo bancário sobre transações realizadas no âmbito da gestão das reservas internacionais do país.

Por fim, entre os trabalhos produzidos pela PGBC no exercício do procuratório judicial, foram selecionadas a petição que impugnou ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, com suposto fundamento no princípio da laicidade do Estado, para suprimir das cédulas do real a expressão “DEUS SEJA LOUVADO”, julgada improcedente em primeiro grau pela Justiça Federal em São Paulo; e a manifestação apresentada em atendimento a chamado do Superior Tribunal de Justiça em recurso especial representativo da controvérsia sobre a legalidade da tarifa de abertura de crédito (“TAC”) e da tarifa de emissão de boleto ou carnê (“TEC”), bem como sobre o parcelamento do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF), por parte das instituições financeiras.

A riqueza e a diversidade da temática dos trabalhos, aliadas à qualidade atestada pela credibilidade da Capes e do seu sistema *Qualis*, fazem da leitura da **Revista da PGBC** experiência seguramente proveitosa.

Respiração é vital. A troca entre o interior e o exterior é inerente a qualquer organismo vivo. A prodigiosa **Revista da PGBC**, seguindo seu destino, continuará a inspirar e expirar o *prana* da sabedoria ao longo de sua existência e alcançará os mais elevados estratos no conceito de quem tiver a oportunidade de apreciá-la.

Bom proveito!

**Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho**  
Subprocurador-Geral do Banco Central do Brasil.

## Nota da Edição

A presente edição da **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central** é marcada pelo alcance de um nível de reconhecimento no meio científico inédito, conquistado não só pelo empenho do corpo editorial na condução dos trabalhos de seleção dos artigos jurídicos publicados, mas também pela excelência dos pensamentos exarados pelos autores em seus textos.

Inaugurando a seção de artigos, temos o trabalho de autoria do Consultor-Geral da União Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, que estuda as origens e fundamentos do poder de regulação e das Agências Reguladoras, analisando o Direito Comparado.

O segundo texto, de autoria da Procuradora do Banco Central Luciane Moessa de Souza, discute a atividade de regulação financeira e sua importância na garantia da sustentabilidade socioambiental de empreendimentos e atividades financiadas com crédito oriundo do sistema financeiro.

No artigo seguinte, o Procurador do Banco Central Leandro Eduardo da Silva analisa julgados da Suprema Corte acerca da ação direta de inconstitucionalidade, interpretando-os à luz da Constituição Federal.

A Procuradora Federal Fernanda Mesquita Ferreira contribui nesta edição com o trabalho tratando da participação das cooperativas nas licitações públicas, analisando a nova legislação vigente, doutrina e jurisprudência.

O quinto artigo, de autoria do advogado Fernando dos Santos Lopes, busca esclarecer, a partir dos fundamentos da contemporânea teoria geral do Direito, a diferença entre erro de tipo e erro de proibição no Direito Penal Econômico.

O Professor Diogo Rafael de Arruda traz, em seu trabalho, a discussão acerca da natureza jurídica do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC), com o intuito de esclarecer os mecanismos passíveis de uso diante dos embates comerciais internacionais.

Por fim, o texto dos autores Ivan Guimarães Pompeu e Renata Guimarães Pompeu traz uma análise do contrato a partir da obra de Enzo Roppo, discutindo sua natureza na seara do Direito Econômico.

A seção seguinte conta com a colaboração de cinco pronunciamentos da Procuradoria-Geral do Banco Central de temas diversos e extremamente atuais.

Assim, nesta edição, temos três pareceres, um examinando o sigilo bancário frente às requisições de informações do Tribunal de Contas da União; outro analisando uma decisão do Procon do estado de Minas Gerais que determinou a suspensão por cinco dias da oferta de crédito de algumas instituições financeiras; e um terceiro que examina a questão do sigilo bancário na cooperação entre o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Além desses pronunciamentos, temos uma manifestação em ação civil pública acerca da expressão “DEUS SEJA LOUVADO” constante nas cédulas de real, e outra manifestação em recurso especial, na qualidade de *amicus curiae*, acerca de legalidade da cobrança da tarifa de abertura de crédito (TAC) e da tarifa de emissão de boleto ou carnê (TEC) por parte das instituições financeiras.

Brasília, 30 de junho de 2013.

**Rosely Palaro Di Pietro**

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

# Agências Reguladoras: origens, fundamentos, Direito Comparado, poder de regulação e futuro

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy\*

## Resumo

Trata das agências reguladoras, com especial atenção nas origens e marcos regulatórios que plasmam o modelo brasileiro. Avalia-se também o modelo norte-americano, a propósito de alguma experiência de Direito Comparado. Apresentam-se dúvidas e ansiedades que as agências suscitam no contexto do modelo normativo brasileiro.

**Palavras-chave:** Agências reguladoras. Características. Poderes. Limitações.

## *Abstract*

*The paper has the aim of analyzing the Brazilian pattern of the regulatory agencies. It does concern with its origins, as well as with its regulatory framework. It does some investigation on the comparative realm of the agencies, with special attention to the north-American model. In the end, it enhances some doubts and anxieties which presently exist in the Brazilian context.*

**Key words:** *Regulatory agencies. Framework. Scope. Limits of power.*

---

\* Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Consultor-Geral da União.

A globalização e o avanço do neoliberalismo têm alterado substancialmente o sentido de soberania e do próprio conceito de Estado, o que provoca reflexos nos modelos de políticas públicas. Reformula-se o papel do Estado, que sofre ataques daqueles que o pretendem mínimo e miniaturizado, de modo que os princípios de um Direito Administrativo clássico passam por um tumultuado processo de reestruturação.

Mudanças no perfil do Estado promovem alterações imediatas nas entidades e órgãos públicos, nos próprios agentes do poder, na natureza jurídica e operacional das Administrações direta e indireta, no controle dos atos da Administração, na essência dos atos administrativos, no conceito de bem público, na intervenção do Estado na propriedade, na responsabilidade civil do Estado, nos servidores públicos, para referência apenas do que é convencional e mais comum.

Transforma-se o Direito Administrativo, que passa a ser mais consensual, dado que nosso tempo questiona também o axioma da supremacia do interesse público em face do interesse privado, como reflexo do imaginário fracionamento dos interesses públicos em primários e secundários, a par do conteúdo de sua indisponibilidade; o Direito Administrativo tem de prever garantias para o administrado e não apenas para a Administração.<sup>1</sup> Vivemos um tempo de mudanças.

A onda crescente de delegação de serviços públicos sugere a iniciativa privada complementar à atividade do Estado. Desregulamentação e desburocratização anunciam esse novo modelo, que pretende promover uma cidadania de usuários e de clientes. Migrações conceituais emergem quando se analisam as agências reguladoras independentes. Em linhas gerais, quanto às agências reguladoras, já se explicou que

A trajetória existencial das agências reguladoras no Brasil tem sido muito peculiar. Em pouco mais de doze anos, sucederam-se concepções distintas e opostas relativamente ao instituto. Na etapa inicial, as agências foram criadas como parte de uma política pública orientada a captar investimentos estrangeiros. Seguindo as orientações de instituições financeiras internacionais, o governo brasileiro instituiu as agências reguladoras para a regulação de setores econômicos cuja expansão era indispensável e que dependiam de investidores estrangeiros. Assim, não

---

1 Conferir, por todos, Gustavo Binenbojm (2008).

foi casual que as primeiras agências reguladoras “modernas” fossem criadas nos setores de energia elétrica, petróleo e telecomunicações. (JUSTEN FILHO, *in* CUÉLLAR, 2008)

As agências reguladoras prestam-se – ordinariamente – para fomentar a regulamentação do mercado, com vistas a impedir o abuso das empresas, com o objetivo de garantir excelência e padrões de qualidade. De modo a realizar seus fins, as agências dispõem de independência de ação, para que possam definir políticas e estratégias setorializadas.

O modelo foi concebido originariamente pelo Direito norte-americano, no qual as agências independentes (*independent agencies*) regulamentam ostensivamente inúmeros aspectos do modelo administrativo. Exemplifico com assuntos de transportes, alimentação e remédios. Tem-se atuação formal e informal, sob mais próxima orientação de princípios que norteiam o Poder Executivo naquele país. Centra-se na ideia de eficiência, o que torna o Direito um conjunto normativo auxiliar do desenvolvimento econômico. A inadequação do Estado de feição tradicional suscitou por parte do Direito Administrativo brasileiro alguma assimilação e adaptação das agências norte-americanas, com a criação por lei de similares nacionais.

A criação dessas agências radica em nova concepção de Estado, de modo que a autonomia a elas outorgada decorre de tentativas de obtenção de eficiência na gestão da coisa pública. Por isso,

A crise fiscal do Estado impõe a retomada do equilíbrio orçamentário pela via da contenção do déficit público, forçando uma reengenharia. Não se trata de cancelar investimentos, remunerar mal serviços e servidores e não honrar a dívida pública. A questão está na qualidade (e não quantidade) do gasto, mudando o modelo de desempenho (gestão), de acordo com um planejamento. (SOUTO, 2000, p. 153)

Efetivamente, a regulação que enseja a proliferação das aludidas agências, para alguns, seria mecanismo de diminuição do Estado, de desestatização, e de sobrevivência. Desse modo,

Com a transferência de funções de utilidade pública, do setor público para o privado, pela via de contratos de concessão, o objetivo da função regulatória é fazer essa transferência interessante para as três partes envolvidas – concedente, concessionário e usuário. Para tornar o serviço acessível ao usuário e remunerar os elevados investimentos, é preciso diluir a cobrança das tarifas em contratos de longo prazo. Ocorre que, raramente, os contratantes terão capacidade de, no momento da negociação ou da estipulação das condições e obrigações, conhecerem e prevenirem todas as situações que podem ocorrer no futuro. Isso realça o papel do agente regulador, que deve buscar interpretar, de forma isenta, os princípios que orientaram a celebração do contrato, para propor soluções através da mediação, e em caso de insucesso, da arbitragem. (SOUTO, 2000, p. 157)

Percebe-se relação entre as agências regulamentadoras e as emendas constitucionais que flexibilizaram o conteúdo originário que plasmava a hipertrofia do Estado brasileiro. Alterações no monopólio estatal da distribuição do gás (Emenda 5), nas telecomunicações (Emenda 8), na produção do petróleo (Emenda 9), entre outras, decorrentes de pressões para readequação do Estado em face do processo de globalização, é que justificariam concretamente a opção por essas agências. Também, as referidas emendas são sintomas de fórmulas de reduções de estatais. Assim,

Embora as denominadas estatais tenham florescido amplamente em décadas passadas, verificou-se que muitos dos objetivos para os quais haviam sido engendradas simplesmente não foram alcançados. Ademais, tornaram-se, muitas delas, máquinas pesadas na estrutura estatal, reconhecendo-se em muitas um foco novo de corrupção. Foi assim que na década de [19]80 iniciou-se, ainda que lentamente, um movimento inverso, procurando afastar o Estado do setor privado. Isto ocorreu com a alienação das estatais para a iniciativa privada, com a quebra ou flexibilização de monopólios estatais e com a concessão e permissão de serviços públicos. Daí falar em privatização, desestatização e desregulamentação. (TAVARES, 2003, p. 323-324)

O modelo das agências reguladoras radica no Direito Administrativo norte-americano, que reflete tendência que defende um Estado minimalista. Passada a ampliação do intervencionismo estatal que marcou o governo de Franklin Delano

Roosevelt e seu plano, o *New Deal*, assim como a presidência de Lyndon Johnson e seu programa, o *Great Society*, o minimalismo informa tanto administrações democráticas (Bill Clinton, Barack Obama, embora um pouco menos), quanto republicanas (Ronald Reagan, George Bush e George W. Bush).

Modelo ortodoxo ditou as fases pretéritas da Administração Pública norte-americana. O gerenciamento científico (*scientific management*), baseado nos estudos de Woodrow Wilson e de Frederick Taylor, cedeu à reinvenção dos procedimentos burocráticos, colocando-se a eficiência como paradigma maior. Instrumentalismo e utilitarismo qualificam objetivos, promovendo maior quantidade de regulamentação e serviços pelo menor custo. Essa é a nova perspectiva, que adotamos.

O pragmatismo norte-americano identifica no Direito Administrativo o estudo das normas que orientam agências governamentais (*administrative agencies*) e funcionários públicos (*officials*). No contexto norte-americano, agência pública é todo órgão governamental que não seja militar e que não pertença ao Poder Judiciário ou ao Poder Legislativo. A agência pública é a concretização do Poder Executivo, no qual se encontra.

Ela pode orientar-se para a regulamentação da vida pública (transporte, alimentos, remédios) ou para a assistência social, ocupando-se com veteranos, idosos, deficientes. No primeiro caso, são agências reguladoras (*regulatory agencies*), e no segundo exemplo são agências de assistência (*social welfare agencies*). Agências envolvem-se com tributação (*Internal Revenue Service*), com mercado financeiro (*Securities and Exchange Commission*), com comércio interestadual (*Interstate Commerce Commission*), com comunicações (Federal Communications Commission), com relações trabalhistas (*The National Labor Relations Board*), com segurança social (*Social Security Administration*).

Nos Estados Unidos, agências públicas têm poderes para fazer e impor regras, assim como para resolver disputas. Brotam do executivo como órgãos híbridos, polimórficos, com competências de regulamentação, imposição e resolução. Coexistem funções legislativas (*rulemaking*) e adjudicatórias (*adjudication*), que se complementam efetivamente.

Agências federais vinculam-se ao Poder Executivo (*executive branch*) quando dependem de secretaria ou são independentes (*independent agencies*), quando coordenadas por grupo diretivo não governamental (*board*).

Ainda nos Estados Unidos, as agências públicas legislam formal e informalmente; essa última modalidade é a mais comum. A agência legisla informalmente ao noticiar o que pretende regulamentar, recebendo comentários de interessados e exercendo discricionariedade na produção da regra relativa à matéria anunciada.

O procedimento é regulamentado por lei, de modo que a atividade legislativa das agências encontra contornos desenhados pela especificidade do serviço. Regulamentos fazem as pessoas felizes ou tristes, como escreveu um administrativista norte-americano;<sup>2</sup> e a imagem parece identificar plenamente embates que há, a propósito do poder regulamentar das agências.

Elogia-se o modelo porque regulamentação geral por parte das agências do governo poderia ser mais eficiente do que o casuísmo que marcaria a ação administrativa não generalizada. A notícia pública permitiria oportunidade para que a pessoa atingida pela regra fosse ouvida e pudesse opinar, em que pese a discricionariedade da agência regulamentadora.

A agência governamental deteria o *know-how* que o legislador geral não tem, o *savoir-faire* que falta a quem sobre todos os assuntos se pronuncia, por suposta falta de especialização e de conhecimento do problema. Trata-se exatamente do caso que se avalia, precedido de audiência pública e de ampla discussão, com o conhecimento que a agência detém.

Nos Estados Unidos, há salvaguardas para abuso e arbitrariedade na regulamentação, dados o *judicial review* e o controle do legislativo. O Congresso norte-americano reservou-se o direito de exigir em certos casos formalidade por parte das agências, que devem ouvir testemunhas e coletar provas no procedimento de formulação de regras. Pode haver também requerimento popular para produção de norma administrativa, porém a agência não se obriga a atender ao pedido.

As agências reguladoras norte-americanas também exercem funções julgadoras (*adjudicatories*). Detêm poder de determinar direitos e obrigações de particulares com base na aplicação dos regulamentos a caso específico. Segundo Schwartz, (1962, p. 76),

---

2 William F. Fox, Jr. (1986, p. 123): Adaptação livre minha de “[...] *it is the substance of agency rules that make people happy or sad.*”

A moderna administração, a par da autoridade para promulgar regulamentos de aplicabilidade geral, está investida com significativos poderes de decisão em casos que afetam pessoas particulares. Isso é verdade nos Estados Unidos e na Inglaterra. De um ponto de vista qualitativo, de fato, a autoridade julgadora das agências administrativas norte-americanas tem um impacto ainda maior do que o da autoridade das cortes de justiça.<sup>3</sup>

Tecnicamente, decisões administrativas encetam ordens para partes específicas, em casos concretos, e produzem precedentes a guiar provimentos futuros, de forma generalizada. Porém, como as decisões não são regularmente publicadas, percebe-se certa relatividade no uso do precedente, do *full stare decisis*. Assim, administrando, legislando e julgando, as agências públicas norte-americanas exercem os três poderes.

A função administrativa é intrínseca às agências na taxonomia de Montesquieu, adotada pelos *founding fathers* do modelo norte-americano. A função legislativa insinua delegação do legislativo. É que muitas agências operam de acordo com leis que lhes conferem poderes legislativos para formulação de regras que controlam comportamentos privados. Exatamente o que temos hoje no Brasil.

A agência reguladora, do modo como foi concebida no Direito brasileiro, é função do interesse público na busca da eficiência da Administração. A busca do interesse público, em todas essas dimensões, é uma obrigação da Administração. Deveria orientar a produção normativa do Poder Legislativo. Deveria fixar os parâmetros da ação e dos projetos do Poder Executivo. É o referencial para toda a atuação do Poder Judiciário.

O conceito é indefinido, do ponto de vista linguístico, nas variáveis de dicionários de equivalência. Mas é percepção de ampla inspiração democrática, de balizamento para a eficiência da Administração. Transita no tempo. Mas permanece, intuitivamente, pelo menos, como advertência para o que não se pode fazer. Vincula-se, ainda, à ideia de eficiência.

---

3 Tradução e adaptação livre minha: “*Modern administration, in addition to its authority to promulgate rules and regulations of general applicability, is vested with significant powers of decision in cases affecting particular persons. This is as true in the United States as it is in Britain. From a quantitative point of view, indeed, the adjudicatory authority of American administrative agencies has an even greater impact than the authority of the courts.*”

É nesse sentido que a concepção de eficiência tem recorrentemente informado o modelo administrativo brasileiro, pelo menos recentemente, especialmente com Luís Carlos Bresser-Pereira (2002) e com a tese de que se deve controlar resultados, e não procedimentos, inaugurando-se novo balizamento de marcos regulatórios. A Emenda à Constituição nº 19, vinculada à reforma administrativa, de 4 de junho de 1998, alterou a redação do art. 37 da Constituição de 1988, elencando o princípio da eficiência entre os demais referenciais que informam a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

O poder normativo das agências suscita discussões em torno do princípio da reserva legal; no entanto, “não se pode negar a necessidade de edição de diplomas normativos pelas agências reguladoras, para que possam cumprir adequadamente as suas atribuições” (CUÉLLAR, 2001, p. 16). Tem-se por axiomático que “[...] o princípio da legalidade impõe a fiel execução das leis e a impossibilidade de o regulamento inovar no Direito Brasileiro” (CUÉLLAR, 2001, p. 45).

À regulação, por meio das agências, imputam-se três funções. Nos termos de autora que avaliou substancialmente o poder normativo das agências reguladoras, com base em Tony Prosser, verifica-se que há três tarefas implícitas no poder regulatório:

A primeira seria a regulação de monopólios (*regulating monopoly*), a fim de atenuar o efeito das forças do mercado, através de controles de preço e da qualidade do serviço. A segunda, regulação para competição (*regulation for competition*), visaria a criar condições para existência e manutenção da concorrência. Já a terceira função, a regulação social (*social regulation*), não possuiria objetivo primariamente econômico, mas estaria vinculada à viabilização da prestação de serviços público de caráter universal e à proteção do meio ambiente. (CUÉLLAR, 2001, p. 54)

As agências reguladoras surgiram num contexto de reforma do Estado, enfatizando-se um papel fundamentalmente regulador para este último, isto é,

[...] com a adoção de medidas para diminuição da atuação estatal no domínio econômico, enfatiza-se o papel regulador do Estado em relação às atividades desempenhadas por particulares e surgem as agências reguladoras. Assim,

a função das agências reguladoras [...] é disciplinar e controlar certas atividades, que podem consistir em serviços públicos propriamente ditos (serviços relacionados com a energia elétrica e telecomunicações, por exemplo), atividades que podem ser desempenhadas pelo Estado e também por particulares, no exercício da livre iniciativa (como os serviços de saúde), atividades cuja realização pelos particulares decorre de contrato com o Estado (é o caso da exploração da indústria do petróleo, atividade sob regime de monopólio estatal. (CUÉLLAR, 2001, p. 64)

O regulamento não pode transcender o conteúdo do que lhe reserva a lei, embora, bem entendido, a poder normativo das agências não possa se materializar tão somente por meras repetições de textos legais já existentes. Consequentemente,

A lei determinará os padrões para a atuação administrativo-normativa regulamentar. Isso não significa que os regulamentos sejam só e tão somente de execução. De um lado, a lei pode outorgar a capacidade normativa autônoma às autoridades administrativas [...]. De outro, a previsão normativa anterior pode ser ampla o suficiente para que a autoridade administrativa crie e gere previsões inéditas, porém submissas ao “espírito” da lei. (CUÉLLAR, 2001, p. 125)

A leitura das disposições constitucionais relativas ao poder normativo das agências exige que se confira força normativa concreta à Constituição (*Die Normative Kraft der Verfassung*).<sup>4</sup> E deve o intérprete transcender às regras constitucionais de nomoestática, isto é, regras de forma, aplicando, com exatidão, as diferenças entre regras relativas à criação de regras e regras de conduta propriamente ditas.<sup>5</sup>

A função que o modelo presente reserva às agências reguladoras exige compreensão solene dos resultados que o texto constitucional busca. Deve haver o afastamento de uma leitura hierática, e, consequentemente, a aproximação a um contexto valorativo que aponte para saídas práticas em face de problemas concretos. Como consequência,

---

4 Confira-se Konrad Hesse (1991).

5 Confira-se Hans Kelsen (2005, p. 5).

Em razão do momento histórico atual, assim como da evolução econômica, social, cultural e constitucional, é necessário que se proceda à revisão de enfoques tradicionais a respeito da Constituição e dos princípios constitucionais. Assim, é preciso que se supere a análise que vem sendo desenvolvida por parte da doutrina acerca da possibilidade ou não de emissão de regulamentos autônomos no Direito Brasileiro. Deve-se construir uma teoria do regulamento autônomo brasileiro, buscando-se, principalmente, elaborar regras que permitam seu uso e vedem o abuso [...]. (CUÉLLAR, 2001, p. 142)

Ainda que não se admita o poder de edição de decreto regulamentador autônomo, por parte das agências, dado que “o comando constitucional já afasta a edição de regulamentos por agentes reguladores” (SOUTO, 2005, p. 26), deve-se admitir uma diferenciação entre função regulamentar e função regulatória. Desse modo,

Ainda que os limites e condições impostos à edição de “regulamentos autônomos” se apliquem integralmente às normas regulatórias, não que se confundir ambas as espécies de atos normativos; o regulamento, autônomo ou não, é emanado de autoridade política, sem compromisso de neutralidade; a norma regulatória [...] traça conceitos técnicos, despidos de valoração política (que deve estar contida na norma a ser implementada); deve ser equidistante dos interesses em jogo, resultando de uma ponderação entre os custos e os benefícios envolvidos (daí deve ser necessariamente motivada e editada, preferencialmente, por agente “independente”, i.e., protegido contra pressões políticas). (SOUTO, 2005, p. 28)

É fato que a Administração deve regulamentar, isto é,

há quase uma unanimidade da doutrina no sentido de concluir que durante o século XX o Poder Executivo teve suas atribuições ampliadas para poder dar conta das demandas que surgiram não só com as grandes guerras como também com todas as questões que envolveram os mercados mundiais e as finanças públicas. (MENEZELLO, 2002, p. 99)

Entretanto, registre-se, é com base em linha de pensamento que radica em Celso Antonio Bandeira de Mello que há parte considerável de autores que negue peremptoriamente o poder regulamentador das agências. Assim,

a alusão a órgãos reguladores no texto constitucional somente pode-se entender como uma função de traçar parâmetros, submetidos à lei, inclusive constitucional, na área de sua atuação [...] não há lugar para, a exemplo do direito norte-americano, uma verdadeira e originária produção normativa. (FIGUEIREDO, 2005, p. 37)

E no entender do mesmo autor,

o alargamento da função regulamentar no Brasil, ao longo de sua história, acabou estrangulando a atividade legislativa e, com ela, trouxe maiores riscos à democracia. (FIGUEIREDO, 2005, p. 37)

E assim, no entendimento do professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,

O verdadeiro problema com as agências reguladoras é o de se saber o que e até onde podem regular algo sem estar, com isto, invadindo competência legislativa. Em linha de princípio a resposta não é difícil. Dado o princípio constitucional da legalidade, e consequente vedação a que atos inferiores inovem inicialmente na ordem jurídica [...], resulta claro que as determinações normativas advindas de tais entidades não de se cifrar a aspectos estritamente técnicos, que estes, sim, podem, na forma da lei, providir as providências subalternas [...] ao tratar dos regulamentos. (MELLO, 2008, p. 172)

Porém, há também apelo muito forte para o novo, como se constata do excerto que segue:

Vivemos [...] um período fértil à reprodução das agências. Sua existência, como entidades independentes, traz consigo um punhado de problemas relevantes, tais como o da delegação legislativa e o da invasão de territorialidades institucionais, além de várias questões ligadas à legitimidade política, no que se refere a sua competência delegada, e de legitimidade substantiva, no que se refere a seus procedimentos internos, principalmente aqueles de natureza quase judiciária. No momento em que se fala no controle das agências, na regulação do regulador, dificilmente encontraremos soluções, se desejarmos que o modelo seja permanente,

que prescindam da emergência de um novo direito administrativo, especificamente voltado para o território da regulação, no bojo do qual se garanta a supervisão política – e, portanto, a devida legitimidade frente ao soberano delegante, o eleitor – por parte de comissão especial do Congresso e que possa prever, explícita e cristalina, a obediência de princípios diante da agenda política vencedora, além de materializar certo grau de judicialização dos processos internos às agências, garantindo sua transparência, publicidade e processo devido. Claro, a multiplicação de agências e seu espriamento para novas áreas distantes das originais, as privatizadas, pode dilapidar a elegância e a parcimônia do modelo. (NUNES *et al.*, 2007, p. 29)

### Leitura avançada e prospectiva em favor do papel das agências reguladoras dá-nos conta de que

[...] a atribuição de poder-dever normativo às agências independentes é inerente ao seu papel regulador [...] não se regula sem competência normativa [...] quanto à isso não há controvérsia alguma: esta se instala quando do debate a propósito dos limites materiais dessa competência essencial à regulação. (CUÉLLAR, 2008, p. 57)

Não se trata de se introduzir simplesmente um modelo jurídico de Direito estrangeiro no Brasil, sem maiores reflexões. Devem-se tomar precauções com a advertência prévia e fundamental do *trobriand cricket*, conceito e imagem introduzidos no Brasil na magistral obra de Marçal Justen Filho<sup>6</sup> e que

---

<sup>6</sup> “A pura e simples introdução em nosso sistema de sofisticados institutos, gerados num ambiente cultural estrangeiro ao longo de séculos, pode desembocar no fenômeno diagnosticado pelo antropólogo como ‘Trobriand Cricket’. A expressão deriva do título de um famoso documentário, rodado em 1974 por Jerry W. Leach e Gary Kildea, e que obteve enorme sucesso em todo o mundo. No início do século XX, missionários ingleses chegaram às Ilhas Trobriand, em Papua-Nova Guiné. Ficaram chocados com alguns dos hábitos dos nativos, especialmente com os seguidos e sangrentos combates entre os moradores de ilhas diversas. Como forma de canalizar positivamente as divergências, resolveram introduzir a prática do críquete, esporte britânico de grande formalismo e tradição. Em 1974, o documentário revelou a nova realidade das Ilhas Trobriand. O críquete tinha sido objeto de um processo de aculturação marcante. Em primeiro lugar, eliminou-se o número máximo de jogadores. Todos os habitantes da ilha participavam do jogo. A disputa era precedida e acompanhada de danças e cantos rituais, com os jogadores portando pinturas de guerra. Adotou-se a regra de que a equipe do local em que se realizava o confronto era sempre a vencedora. Os árbitros passavam a ser os feiticeiros da tribo local, os quais lançavam, enquanto a disputa corria, encantamentos para destruir os adversários. A expressão Trobriand Cricket passou a ser utilizada, no âmbito da antropologia, para designar o fenômeno da transformação a que uma cultura menos desenvolvida impõe a instituições altamente sofisticadas, oriundas de um ambiente externo. O resultado, usualmente, é um processo folclórico e delirante, em que o fenômeno externo é transformado e institucionalizado pela comunidade menos desenvolvida em termos absolutamente incontroláveis e imprevisíveis. A introdução no Brasil do instituto das agências reguladoras, realizada de modo impensado, apressado e prepotente, pode produzir um fenômeno assemelhado ao Trobriand Cricket [...]” Marçal Justen Filho (2002, p. 287).

recomendam uma atitude de muita cautela para com uma mera fixação, no Brasil, de modelo normativo típico do Direito norte-americano.

Trata-se de problema clássico do Direito Comparado que nos remete ao significado das transposições normativas, como no caso das medidas provisórias (oriundas da Itália) e com o *amicus curiae* (que tem origem nos Estados Unidos da América).

Há quem tenha percebido no poder normativo das agências reguladoras um indício de *deslegalização* (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Marcos Juruena Vilela Souto e Alexandre Santos do Aragão).<sup>7</sup> Para a professora da Universidade de São Paulo,

A deslegalização, também denominada deslegificação, vem ocupando, em escala significativa, a doutrina e a legislação italianas a partir de 1990. Por isso, grande parte da literatura da matéria tem autoria italiana. [...] Aventa-se também um sentido mais amplo de deslegalização, para abranger tanto as reservas de matérias para a fonte regulamentar, quanto a atribuição de poderes normativos a entes territoriais ou agências reguladoras (denominadas na Europa de autoridades independentes). (MEDAUAR, 2003, p. 250-251)

Há registros de preocupações dando conta de certo déficit democrático que rondaria a produção normativa das agências reguladoras,<sup>8</sup> nada obstante o reconhecimento de que há objetivamente previsão para ampla titularidade de competência regulamentar,<sup>9</sup> com definitividade de decisões em âmbito próprio,<sup>10</sup> dada a impossibilidade de a lei pormenorizar todo o campo normativo que se deseja alcançar.<sup>11</sup> Não se pode perder de vista que a regulação é, antes de tudo, um processo político,<sup>12</sup> que “[...] representa uma prerrogativa de direito público, pois que o conferido aos órgãos tem incumbência de gestão de interesses públicos.” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 47).

---

7 Confira-se Odete Medauar (2003, p. 251).

8 Confira-se Alexandre Santos de Aragão em Gustavo Binenbojm (2006).

9 Confira-se Marçal Justen Filho (2008, p. 557).

10 Confira-se Edmir Netto de Araújo (2007, p. 172).

11 Confira-se Sérgio Guerra em Fábio Medina Osório e Marcos Juruena Villela Souto (2006, p. 869).

12 Confira-se Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p. 387).

Os limites desse necessário poder normativo dão os contornos do verdadeiro nó górdio que a questão nos coloca, os quais, com efeito, nossa maturidade política, a ser aferida pelo Judiciário, parece sugerir.

Há, também, projeto de lei que se desdobra no Congresso Nacional (PL 3337/2004) que dispõe sobre gestão, organização e controle social das agências reguladoras. No referido projeto, tem-se artigo que indica as agências alcançadas pelo texto de lei que se pretende aprovar, nomeadamente, a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a Agência Nacional de Águas (ANA), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional do Cinema (Ancine).

Inovações há quanto ao regime de prestações de contas e controle social das agências reguladoras. Estas deverão, se aprovada a lei, entre outras medidas, elaborar relatório anual circunstanciado de suas atividades, nele destacando o cumprimento da política do setor definida pelo Legislativo e pelo Executivo.

Deverão também firmar contrato de gestão e desempenho com o ministério a que estiverem vinculadas. O referido contrato deverá ser submetido à apreciação, para fins de aprovação, do conselho de política setorial da respectiva área de atuação da agência ou a uma das câmaras de conselho do Governo, na forma a ser disposta em regulamento.

Cada uma das agências deverá contar com um ouvidor, nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, admitida recondução. Há também previsão de intenso regime de interação entre a agência reguladora e o respectivo órgão de defesa e concorrência, bem como entre as agências reguladoras e órgãos de regulação estaduais, do Distrito Federal e municipais.

Assim, o futuro das agências reguladoras depende, entre outros, de discussões que se travam no Congresso Nacional. Discute-se, no âmbito, que tipo de Estado queremos. E é justamente esse o nó górdio que precisa ser desatado.

## Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras. In: BINENBOJM, Gustavo. **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BINENBOJUM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania – A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional**. São Paulo e Brasília: Ed. 34 e Enap, 2002.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.
- CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e Seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Introdução às Agências Reguladoras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- FIGUEIREDO, Marcelo. **As Agências Reguladoras – O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua Atividade Normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FOX JR., William F. **Understanding Administrative Law**. New York: Matthew Bender, 1986.
- GUERRA, Sérgio. Discricionariedade Técnica e Agências Reguladoras. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo – Estudos em Homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. Prefácio. In: CUÉLLAR, Leila. **Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. New Jersey: Lawbook Exchange, 2005.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: RT, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências Reguladoras e Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NUNES, Edson; MOLHANO, Leandro; PEIXOTO, Vitor. **Agências Reguladoras no Brasil**. Rio de Janeiro: Observatório Universitário, 2007 (Documento de trabalho). Disponível em <[http://www.observatoriouniversitario.org.br/documentos\\_de\\_trabalho/documentos\\_de\\_trabalho\\_65.pdf](http://www.observatoriouniversitario.org.br/documentos_de_trabalho/documentos_de_trabalho_65.pdf)>.

SCHWARTZ, Bernard. **An Introduction to American Administrative Law**. London: Pitman and Sons, 1962.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências Reguladoras. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, n. 33, jul./ago. 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003.

# Regulação Financeira e Sustentabilidade

Luciane Moessa de Souza\*

*1 Introdução. 2 Objetivos da regulação financeira no que concerne à sustentabilidade. 3 Normas e padrões voluntários já existentes no âmbito internacional. 4 Padrões voluntários (autorregulação) no âmbito interno. 5 Normas já existentes no plano interno. 6 A questão da responsabilidade civil e criminal das instituições financeiras. 7 A observância de normas e padrões voluntários na prática das instituições financeiras. 8 As minutas de normas do Banco Central do Brasil submetidas a processo de consulta pública. 9 Propostas de critérios a ser incluídos na norma reguladora brasileira: 9.1 Respeito à legislação ambiental e urbanística; 9.2 Respeito à legislação trabalhista e previdenciária; 9.3 Respeito ao consumidor e à legislação concorrencial; 9.4 Respeito a populações tradicionais; 9.5 Respeito a normas regulatórias específicas; 9.6 Respeito à legislação tributária e existência de passivos com entes públicos; 9.7 Esfera criminal; 9.8 Critérios positivos. 10 Conclusões.*

## Resumo

O presente estudo enfoca o tema de como a regulação financeira pode ou deve realizar exigências no sentido de se garantir a sustentabilidade socioambiental de empreendimentos e atividades financiadas com crédito oriundo do sistema financeiro. Ele descreve as normas de autorregulação já existentes no plano internacional, assim como as normas e padrões coercitivos e de autorregulação vigentes no plano interno brasileiro, além de fazer referência a pesquisas de campo que buscaram aferir a efetividade dessas normas no plano prático. Por fim, menciona as minutas de normas sobre o tema submetidas a consulta pública

---

\* Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), doutora em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), professora adjunta do Centro de Direito e Meio Ambiente da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e Procuradora do Banco Central do Brasil

pelo Banco Central do Brasil em 2012, formulando sugestões de detalhamentos a serem inseridos em tais normas.

**Palavras-chave:** Regulação financeira. Sustentabilidade socioambiental.

### *Abstract*

*This essay focuses the subject of how financial regulation can or should make demands regarding the social and environmental sustainability of activities financed by credit originated in the financial system. It describes the self-regulation rules already existing in the international level, as well as the Brazilian coercitive rules and standards and also self-regulation rules, besides approach some field researches which aimed to verify the effectiveness of this rules in the real practice. In the end, it mentions the drafts of rules on the theme submitted to public consultation by the Central Bank of Brazil in 2012, making suggestions of a number of details to be inserted in these rules.*

**Keywords:** *Financial regulation. Social and environmental sustainability*

## **1 Introdução**

O presente trabalho busca analisar, de forma que certamente carecerá de aprofundamento futuro, qual o potencial da regulação da atuação de instituições financeiras no que concerne à sustentabilidade, entendida esta não apenas sob o prisma ambiental, como é comumente utilizada, mas encarada sob o aspecto **socioambiental**.

Trata-se de uma seara ainda pouco explorada em termos de regulação financeira, já que esta costuma lidar tão somente com a “sustentabilidade”, por assim dizer, econômica de instituições financeiras, de maneira a garantir que estas não assumam riscos excessivos com relação aos recursos dos investidores que lhes fornecem capitais. Esse aspecto é objeto da chamada regulação prudencial e não toma em conta o impacto socioambiental das atividades de crédito, mas

busca garantir que a inadimplência se mantenha em níveis aceitáveis para que os credores não venham a perder os recursos investidos.

Dois esclarecimentos preliminares são necessários: ao se abordar regulação financeira, seria possível tratar também da regulação do mercado de seguros (desenvolvida no Brasil pela Superintendência de Seguros Privados [Susep]), o que não se fará aqui; tampouco será feita abordagem específica da regulação do mercado de capitais (desenvolvida no Brasil pela Comissão de Valores Mobiliários [CVM]). O que se pretende abordar neste breve estudo é a regulação do crédito, mais especificamente das atividades de **financiamento**, ou seja, concessão de crédito com finalidades específicas (crédito rural, crédito empresarial em geral, etc.), deixando de lado, portanto, os simples empréstimos, nos quais a concessão de crédito não perquire acerca da utilização dos recursos tomados, mas leva em conta tão somente a capacidade de pagamento do tomador do empréstimo (o exemplo mais comum é o crédito pessoal).

É bom lembrar que, ao contrário do que se dá no tocante ao desenvolvimento de empreendimentos de pequeno e médio portes, os quais em grande parte são financiados com capital próprio, quando são tidos em consideração grandes empreendimentos – desde a construção de novas fábricas até a realização de obras de infraestrutura (rodovias, ferrovias, etc.), obras no setor de energia (usinas hidrelétricas, termoeletricas) ou atividades de mineração, para ficar apenas em alguns exemplos clássicos –, a regra é a utilização de capitais provenientes do setor financeiro. Assim, as decisões acerca da realização de obras de grande impacto socioambiental passam normalmente pelo sistema financeiro – razão mais do que suficiente para que a atividade de regulação financeira não descure desses aspectos, que são extremamente relevantes na construção de qualquer política pública regulatória.

## **2 Objetivos da regulação financeira no que concerne à sustentabilidade**

Basicamente, é possível dividir os propósitos a serem atingidos com a regulação financeira que leve em conta critérios de natureza socioambiental em

dois feixes: *i*) aqueles que buscam evitar um impacto socioambiental negativo; *ii*) aqueles que buscam fomentar um impacto socioambiental positivo.<sup>1</sup>

Em relação aos primeiros, a utilização dos critérios deve gerar: *i*) ou a negativa de financiamento do empreendimento; *ii*) ou a apresentação de condicionantes para que o financiamento seja concedido; *iii*) ou a conclusão de que o financiamento deve ser concedido porque todos os impactos socioambientais negativos serão minimizados de forma adequada e/ou compensados suficientemente por impactos positivos. Como bem observa Consuelo Yoshida (2012, p. 117), “o momento da concessão do crédito é estratégico para ser exigido do empreendedor e do órgão licenciador o adequado cumprimento das normas ambientais e a adequada implementação dos clássicos instrumentos de comando e controle preventivos.”

Com relação aos segundos, a utilização dos critérios deve gerar a priorização de financiamento de empreendimentos com impacto positivo relevante e/ou a concessão de financiamentos em condições privilegiadas (taxas de juros menores, maiores prazos de carência ou maior número de parcelas, por exemplo) para empreendimentos que demonstrem seu impacto positivo sob o aspecto socioambiental de forma suficientemente relevante.

Ademais, pode-se observar que o primeiro feixe de objetivos atende também a outros dois aspectos essenciais para as instituições financeiras: *i*) o fato de se evitar a criação de um passivo ambiental, trabalhista ou similar torna mais segura a concessão do crédito, minimizando riscos de inadimplemento; *ii*) a proteção da imagem da instituição, evitando que ela seja vinculada a empreendimentos com impacto socioambiental negativo.

Maria de Fátima Tosini (2006, p. 158-159) ilustra muito bem a questão dos riscos à imagem, com exemplos extraídos do cenário internacional:

O elevado nível de conscientização da sociedade em relação às questões ambientais fez surgir grandes organizações não governamentais voltadas para a defesa do meio ambiente. Essas ONGs exercem forte pressão sobre todos os setores da economia e, nas duas últimas décadas, de forma especial sobre o setor de serviços financeiros. Algumas instituições

---

1 Sintetiza Raslan (2012, p. 139): “O crédito, portanto, detém a capacidade de regular o ritmo da atividade produtiva no aspecto quantitativo, o que afeta diretamente a pressão sobre os estoques de recursos naturais. De outra parte, a qualidade da produção também é influenciada pelo crédito ao possibilitar adoção de novas tecnologias produtivas e de máximo aproveitamento dos insumos e resíduos, o que necessita de permanente investimento na busca da máxima eficiência, representada aqui, por exemplo, no aumento da produção com menor quantidade de matéria-prima, energia, entre outros.”

financeiras já sofreram com pesadas campanhas dessas organizações e foram obrigadas a alterar sua atuação em relação ao meio ambiente como resposta a esses movimentos que se fortaleceram com as facilidades dos meios de comunicação, principalmente com a internet.

De acordo com Scharf (2001), ao longo das últimas décadas os bancos também viram crescer a pressão das ONGs, que esquadrinham cada vez mais o destino de seus empréstimos. A International Rivers Network (IRN), uma ONG dos EUA, moveu, em 2000, uma campanha contra o Banco Morgan Stanley Dean Witter, propondo um boicote a um de seus principais produtos – o cartão de crédito Discover – por contestar o envolvimento desse banco no polêmico, sob o ponto de vista social e ambiental, financiamento da barragem de Três Gargantas, na China.

Outro banco a sofrer pressão de uma ONG ambientalista foi o Citigroup. A RainForest Action Network (RAN) boicotou o cartão sob o argumento de que a carteira desse banco inclui investimentos em mineração e em indústrias madeireiras e petroquímicas que provocam grandes danos ao meio ambiente.

Com relação à imagem, cabe ressaltar que, da mesma forma, a consideração do fomento a projetos benéficos no plano socioambiental, acompanhada da devida divulgação, produz impactos positivos na reputação da instituição financeira.

Villalobos (2005, p. 146-147) propõe uma classificação mais elaborada, assinalando três funções do crédito: *i*) função de controle (prevenção) de danos ambientais; *ii*) função de recuperação do meio ambiente – pela qual as instituições financeiras devem priorizar o financiamento de projetos destinados a recuperar o meio ambiente degradado; *iii*) função de promoção de “projetos verdes”, pela qual as instituições devem ir além das exigências legais e contribuir para o financiamento de atividades benéficas ao meio ambiente. Na classificação que propus acima, os itens “*ii*” e “*iii*” estão agrupados sob o que denominei de “impactos positivos”.

### **3 Normas e padrões voluntários já existentes no âmbito internacional**

O primeiro marco em nível internacional sobre esse assunto se deu em Nova Iorque em 1992, com a criação, no âmbito do Programa das Nações Unidas para

o Meio Ambiente (PNUMA), do *United Nations Environment Program* (Unep), que abrange a chamada *Finance Initiative* (Unep-FI), a qual levou à assinatura da Declaração Internacional da Banca sobre Ambiente e Desenvolvimento Sustentável.<sup>2</sup> Esse documento veio a ser assinado pelas maiores instituições financeiras do planeta e corporifica o compromisso de levar em conta critérios de natureza ambiental na análise de propostas de financiamento.

Outro documento de importância fundamental constitui os chamados Princípios do Equador,<sup>3</sup> elaborado em 2003 pela *International Finance Corporation* (IFC), banco de investimentos ligado ao Banco Mundial, que segundo Reis (2012, p. 474), já foi assinado por 71 instituições financeiras em todo o mundo. Inicialmente, sua abrangência se restringia aos projetos que envolvessem financiamentos superiores a US\$ 50 milhões, mas, a partir de 2006, foi estendida para financiamentos superiores a US\$ 10 milhões. Ele categoriza projetos de acordo com o risco de impactos ambientais (classe A – possíveis impactos significativos; classe B – potenciais impactos limitados; classe C – sem impactos ou com impactos mínimos) e, conforme o risco, obriga à realização de análise socioambiental previamente à aprovação do financiamento, define cláusulas contratuais obrigatórias bem como exige que seja elaborado pelo proponente plano de ação para as questões sociais e ambientais, que sejam realizadas consultas às comunidades afetadas, entre outros requisitos. É importante notar que “as instituições financeiras envolvidas com o projeto podem, para garantir o seu cumprimento, liberar o capital por lotes, de acordo com o plano de ação proposto” (RIBEIRO; OLIVEIRA, p. 8). Relatam esses autores:

Assim, as instituições financeiras têm o papel de exigir adequações como condições para o fornecimento de recursos e monitorar os processos, para garantir que eventuais desconroles operacionais sejam prontamente corrigidos para evitar o impacto socioambiental. Com isso, promovem a preservação socioambiental, no pressuposto de que uma atividade poluente deixará de ser instalada. (RIBEIRO; OLIVEIRA, p. 7)

Também na esfera de autorregulação, tem-se a série de normas ISO 14000, desenvolvida pela *International Standards Organization* (entidade

---

2 Disponível em: <[http://www.unepfi.org/fileadmin/statements/fi/fi\\_statement\\_pt.pdf](http://www.unepfi.org/fileadmin/statements/fi/fi_statement_pt.pdf)>. Acesso em: 4 ago. 2012.

3 Disponível em: <[http://equator-principles.com/resources/equator\\_principles\\_portuguese.pdf](http://equator-principles.com/resources/equator_principles_portuguese.pdf)>. Acesso em: 4 ago. 2012.

não governamental reconhecida mundialmente), com objetivos de avaliar a qualidade da gestão ambiental de uma grande organização.

Ainda, deve ser mencionada a *Global Reporting Initiative*,<sup>4</sup> organização internacional que desenvolve uma metodologia adequada para a elaboração e divulgação de relatórios de sustentabilidade, a qual já foi adotada por cerca de 5 mil empresas no mundo todo, muito embora outras cerca de 77 mil multinacionais não divulguem nada do gênero.

Merece referência, por fim, no âmbito do mercado de capitais, o Índice de Sustentabilidade da Bolsa Dow Jones, chamado *Dow Jones Sustainability World Index*, que rastreia o desempenho das 250 maiores companhias que nela negociam títulos e que são líderes em seu campo em termos de sustentabilidade.<sup>5</sup>

Vale registrar a proposta de Carina Oliveira (2012, p. 218-219) no sentido de ser firmada uma Convenção Internacional sobre Relatórios de Sustentabilidade a serem elaborados pelas grandes corporações, de maneira a padronizar em nível mundial as exigências de informações que devem constar de tais relatórios, além de criar mecanismos internacionais, nacionais e regionais de controle da observância das regras. Nessa convenção, deve ser prevista a integração de critérios de sustentabilidade no desenvolvimento de atividades financeiras.

Um bom espaço para debater essa ideia seria o *Global Compact*, que constitui uma iniciativa da Organização das Nações Unidas (ONU) que busca envolver o setor privado em compromissos de responsabilidade social corporativa, com o propósito de alcançar uma economia global sustentável e inclusiva. Várias agências da ONU participam dessa iniciativa: a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Alto Comissariado para Direitos Humanos (ACNUDH), a Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (Unido), o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). A iniciativa está baseada em dez princípios, relacionados a quatro temas centrais: direitos humanos, direitos do trabalho, proteção ambiental e princípios contra a corrupção. Os princípios de proteção ambiental são: *i*) apoio a uma perspectiva de prevenção aos desafios ambientais; *ii*) promoção da responsabilidade ambiental; *iii*) estímulo a tecnologias que não causem dano ao meio ambiente.

4 Ver < [www.globalreporting.org](http://www.globalreporting.org) >.

5 Para saber mais, ver < <http://www.sustainability-indexes.com/dow-jones-sustainability-indexes/index.jsp> >.

Além das normas/recomendações de cunho autorregulatório, merecem registro as iniciativas da sociedade civil nesse tema, como a Rede *Bank Track*,<sup>6</sup> que é uma “rede de monitoramento de operações e impactos das operações do setor financeiro privado sobre a sociedade e o meio ambiente”, formada por indivíduos e organizações da sociedade civil. Segundo consta do relatório do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) intitulado **Avaliação comparativa da responsabilidade socioambiental dos bancos no Brasil** (IDEC, 2008, p. 51), a Rede *Bank Track* já publicou um manual de boas práticas socioambientais que serve como referência de conduta para os bancos – trata-se do guia “O que fazer e não fazer em um banco sustentável”<sup>7</sup>.

#### 4 Padrões voluntários (autorregulação) no âmbito interno

No Brasil, em 1995, foi firmada pela primeira vez por instituições financeiras públicas<sup>8</sup> a Carta de Princípios para o Desenvolvimento Sustentável, mais conhecida como Protocolo Verde, que consagrou dez princípios relacionados à incorporação da variável ambiental nas atividades financeiras. Transcrevo as mais relevantes (*apud* RASLAN, 2012, p. 148):

3. O setor bancário deve privilegiar de forma crescente o financiamento de projetos que não sejam agressivos ao meio ambiente ou que apresentem características de sustentabilidade.
4. Os riscos ambientais devem ser considerados nas análises e nas condições de financiamento.  
[...]
7. As leis e regulamentações ambientais devem ser aplicadas e exigidas, cabendo aos bancos participar da sua divulgação.  
[...]
9. A eliminação de desperdícios, a eficiência energética e o uso de materiais recicláveis são práticas que devem ser estimuladas em todos os níveis operacionais.

---

6 Este é o endereço do sítio eletrônico da organização: <[www.banktrack.org](http://www.banktrack.org)>.

7 Disponível em: <[http://www.febraban.org.br/7Rof7SWG6qmyvwJcFwF7I0aSDf9jyV/sitefebraban/Banco\\_Sustentavel.pdf](http://www.febraban.org.br/7Rof7SWG6qmyvwJcFwF7I0aSDf9jyV/sitefebraban/Banco_Sustentavel.pdf)>. Acesso em: 25 fev 2013.

8 Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), Caixa Econômica Federal (CEF), Banco do Brasil S/A, Banco da Amazônia S/A e Banco do Nordeste do Brasil (BNB). Também é signatário o Ministério do Meio Ambiente.

Em 2008, as mesmas instituições renovaram o compromisso, firmando nova versão denominada Protocolo de Intenções pela Responsabilidade Socioambiental.

Versão quase idêntica, com algum grau de redução nos compromissos, foi firmada em abril de 2009 entre o Ministério do Meio Ambiente e a Federação Brasileira de Bancos (Febraban), no intuito de abranger as instituições financeiras privadas. Parece que se caminha, assim, para o fim do que os bancos públicos tachavam de “concorrência desleal” por parte dos bancos privados, que nem sempre levavam em conta a variável ambiental em seus financiamentos, deixando de arcar com os custos correspondentes (VILLALOBOS, 2005, p. 144).

No setor privado, merece menção o Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável, que tem como uma de suas câmaras temáticas a de Finanças Sustentáveis, a qual adota como missão “contribuir para que as instituições financeiras assumam seu papel na promoção do desenvolvimento sustentável, fomentando a discussão de princípios e melhores práticas.”<sup>9</sup>

Ainda, a Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros de São Paulo (BM&F Bovespa) adota, desde 2005, o chamado “Índice de Responsabilidade Empresarial” (ISE), o qual, segundo consta em seu sítio eletrônico, “é uma ferramenta para análise comparativa da *performance* das empresas listadas na BM&FBovespa sob o aspecto da sustentabilidade corporativa, baseada em eficiência econômica, equilíbrio ambiental, justiça social e governança corporativa.”<sup>10</sup>

## 5 Normas já existentes no plano interno

A primeira norma relevante na legislação brasileira veio prevista já no art. 12 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, embora restrita, segundo sua expressão literal, às instituições financeiras públicas:

Art. 12. As entidades e órgãos de financiamento e incentivos **governamentais** condicionarão a aprovação de projetos habilitados a esses benefícios ao licenciamento, na forma desta Lei, e ao cumprimento das normas, dos critérios e dos padrões expedidos pelo Conama.

9 Para mais informações, ver: <<http://www.cebds.org.br/financas/>>.

10 Mais informações: <<http://www.bmfbovespa.com.br/indices/ResumoIndice.aspx?Indice=ISE&idioma=pt-br>>.

Parágrafo único. As entidades e órgãos referidos no *caput* deste artigo deverão fazer constar dos projetos a realização de obras e aquisição de equipamentos destinados ao controle de degradação ambiental e à melhoria da qualidade do meio ambiente. (Grifei)

Como noticia Maria de Fátima Tosini (2006, p. 94), não obstante a redação faça menção apenas a instituições públicas, na doutrina são encontráveis duas posições estendendo tal obrigação ao setor privado: *i*) a extensão da lei às demais instituições financeiras em qualquer tipo de financiamento de projeto; *ii*) a extensão da lei às demais instituições financeiras quando se tratar de projetos de créditos oficiais. A primeira é defendida por Paulo Afonso Leme Machado (2004, p. 320) e a outra, por Juliana Santilli (2001, p. 133):

A obrigação legal das instituições financeiras de exigirem que os projetos beneficiários de créditos oficiais cumpram a legislação ambiental é estabelecida na própria lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação (Lei 6.938/81).  
[...]

Saliente-se que a exigência de condicionamento de concessão de créditos e incentivos oficiais não se restringe aos bancos e instituições financeiras com personalidade jurídica de direito público, mas a todos que recebem dinheiro público, ainda que com personalidade de direito privado.

A mesma lei contém norma destinada a alcançar todos os poluidores, no que diz respeito a seu acesso a crédito em instituições oficiais:

Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

[...]

III – à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito.

No mesmo compasso, o art. 8º, V, da lei em questão inclui entre as competências do Conselho Nacional de Meio Ambiente (Conama) “determinar, mediante representação do Ibama, a perda ou restrição de benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público, em caráter geral ou condicional, e a perda ou suspensão de linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito.”

Ainda, o parágrafo único do art. 12 da mesma Lei nº 6.938, de 1981, estabelece que as entidades e órgãos financiadores deverão fazer constar dos projetos “a realização de obras e aquisição de equipamentos destinados ao controle de degradação ambiental e à melhoria da qualidade do meio ambiente.”

Bastante relevante na matéria é a norma contida no § 3º do art. 19 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, a qual abrange todas as instituições financeiras como possíveis destinatárias da comunicação do órgão ambiental federal:

Iniciadas as atividades de implantação e operação antes da expedição das respectivas licenças, os dirigentes dos órgãos setoriais do Ibama deverão, sob pena de responsabilidade funcional, comunicar o fato às **entidades financiadoras dessas atividades**, sem prejuízo da imposição de penalidades, medidas administrativas de interdição, judiciais, de embargo e outras providências cautelares.” (Destaquei)

A Lei da Política Nacional de Biossegurança, tanto em sua primeira versão, hoje revogada (Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995), quanto na versão em vigor (Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005), estabelece a responsabilidade civil do financiador ou do patrocinador quanto a projetos que envolvam organismos geneticamente modificados.<sup>11</sup>

Mais recentemente, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que regulou a Política Nacional de Resíduos Sólidos, trouxe dispositivo que exige que, para que Estados, Municípios e o Distrito Federal tenham acesso a créditos, incentivos ou financiamentos oriundos de entidades federais destinados a empreendimentos

11 “Art. 2º As atividades e projetos que envolvam OGM [organismos geneticamente modificados] e seus derivados, relacionados ao ensino com manipulação de organismos vivos, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e à produção industrial ficam restritos ao âmbito de entidades de direito público ou privado, que serão responsáveis pela obediência aos preceitos desta Lei e de sua regulamentação, bem como pelas eventuais consequências ou efeitos advindos de seu descumprimento. [...] § 4º As organizações públicas e privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais, financiadoras ou patrocinadoras de atividades ou de projetos referidos no *caput* deste artigo devem exigir a apresentação de Certificado de Qualidade em Biossegurança, emitido pela CTNBio, sob pena de se tornarem co-responsáveis pelos eventuais efeitos decorrentes do descumprimento desta lei ou de sua regulamentação.”

e serviços relacionados à gestão de resíduos sólidos ou limpeza urbana, estes deverão dispor de planos estadual, municipal ou distrital de gestão integrada de resíduos sólidos, conforme o caso (arts. 16 e 18 da referida lei).

No âmbito da regulação financeira propriamente dita, a primeira norma relevante surge em 2008, com a edição da Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 3.545, que estabelece requisitos específicos para a concessão de crédito rural no bioma Amazônia.

Deve-se lembrar ainda que a Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965, que disciplina o crédito rural, estipula como um de seus objetivos “incentivar a introdução de métodos racionais de produção, visando ao aumento da produtividade e à melhoria do padrão de vida das populações rurais, e à adequada defesa do solo.”

O Decreto 6.961, de 17 de setembro de 2009, que estabelece o zoneamento agroecológico da cana-de-açúcar, determinou que o Conselho Monetário Nacional estabelecesse normas para as operações de financiamento do setor sucroalcooleiro, nos termos do zoneamento. Para cumprir tal determinação, o Conselho Monetário editou as resoluções nº 3.803 e nº 3.804, ambas de 2009, que foram revogadas em seguida pelas resoluções nº 3.813 e nº 3.814, do mesmo ano. Basicamente, tais normas vedam o financiamento da produção se esta ocorrer em terras indígenas, nos biomas Amazônia, Pantanal ou Bacia do Alto Paraguai, em áreas com declividade superior a 12% ou ocupadas com cobertura de vegetação nativa ou reflorestamento, remanescentes florestais, áreas de proteção ambiental, dunas, mangues, escarpas e afloramentos de rocha, áreas urbanas e de mineração. Determina-se também que sejam observadas as recomendações do zoneamento agroecológico.

Sob o aspecto positivo, de privilegiar financiamentos que tenham impactos socioambientais benéficos, destaca-se a Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009 (Lei da Política Nacional sobre Mudança do Clima), que, em seu art. 8º, dispõe que as instituições financeiras oficiais deverão disponibilizar linhas de crédito e financiamento específicas para desenvolver ações e atividades relacionadas às mudanças climáticas, de forma a induzir a conduta dos agentes privados à observância da política nacional nessa seara.

Aliás, como bem lembra Tosini (2006), a própria legislação básica de regulação do sistema financeiro, Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que

criou o Banco Central do Brasil, o Conselho Monetário Nacional e definiu-lhes competências e princípios de atuação, já dispõe, em seu art. 4º, ser competência do Conselho Monetário Nacional:

IX – limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários e financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central do Brasil, **assegurando taxas favorecidas aos financiamentos que se destinem a promover: recuperação e fertilização do solo; reflorestamento; combate a epizootias e pragas, nas atividades rurais; eletrificação rural; mecanização; irrigação; investimentos indispensáveis às atividades agropecuárias.** (Destaquei)

A mesma autora dá notícia de norma emitida pelo Conselho Federal de Contabilidade (Resolução nº 1.003, de 19 agosto de 2004), que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2006, estipulando parâmetros sobre a divulgação de informações de natureza social e ambiental.

Não obstante se possam identificar essas normas específicas, deve-se concordar com Alexandre Raslan (2012, p. 178-179) quando este afirma que

uma política pública que ombreie o financiamento e a defesa do meio ambiente ainda carece de elaboração e execução por parte do Estado, não sendo suficiente para tanto a edição de normas legais ou regulamentares e a adoção voluntária de políticas de crédito por parte dos financiadores. Certamente, uma política pública que atenda esta relação prestigiará a prevenção em face da sempre insuficiente repressão dos danos ambientais.

Em outras palavras, as normas sobre o assunto não incorporaram ainda de forma suficientemente clara e abrangente, nas políticas públicas reguladoras da concessão de crédito, a variável ambiental e, permito-me acrescentar, menos ainda a variável social.

## 6 A questão da responsabilidade civil e criminal das instituições financeiras

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido, em recentes julgados, que a responsabilidade do financiador de empreendimentos com impactos ambientais é objetiva,<sup>12</sup> com esteio no art. 14, §§ 1º e 3º, IV, da Lei nº 6.938, de 1981. Muito embora, de modo geral, a doutrina sobre o assunto defenda esse posicionamento, há quem adote entendimento diverso, no sentido de que ela deve ser subjetiva.

Esposando o primeiro entendimento, Paulo Afonso Leme Machado (2004, p. 306) defende uma responsabilidade em moldes bastante amplos para as instituições financeiras:

ainda que a corresponsabilidade não esteja expressamente definida nessa lei, parece-nos que ela está implícita. A alocação de recursos do financiador para o financiado, com a transgressão incontestável da lei, coloca o financiador numa atividade de cooperação ou de coautoria com o financiado em todos os atos lesivos ambientais que ele fizer, por ação ou omissão.

Num sentido que parece encaminhar-se para a responsabilidade subjetiva coloca-se a posição de Ana Luci Esteves Grizzi (2003, p. 36):

o financiador [...] tem o dever de, inicialmente, exigir a apresentação de documentação necessária, o que, no caso em tela, corresponde às licenças, para só assim, depois de constatada a regularidade junto aos critérios preestabelecidos, conceder o financiamento, sem, contudo, deixar de controlar as atividades do financiado, sob pena de ser responsabilizado integralmente pelos danos por ele causados.

---

12 Ver, por exemplo: REsp 1071741-SP, Relator Ministro Herman Benjamin (2ª Turma); REsp 650728-SC, Relator Ministro Herman Benjamin. Nestes dois acórdãos, o Ministro relator consignou, ao tratar da solidariedade em matéria de reparação do dano ambiental: “Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se: quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam e quem se beneficia quando outros fazem” (grifei). Ressalte-se que nenhuma instituição financeira era parte na referida ação e que não houve, portanto, condenação nesse sentido.

Destaquem-se as ponderações de Antonio Augusto Rebelo Reis (2012, p. 469) no que se refere às repercussões no custo do crédito:

Sabe-se, por outro lado, que, a exemplo do que ocorreu nos Estados Unidos, a responsabilização indiscriminada de agentes financiadores por danos ambientais tem, em regra, efeito significativamente redutor (ou ao menos “encarecedor”) sobre a oferta de crédito no país e que tal impacto, em última análise, afeta a sociedade como um todo.

Para ele, essa responsabilidade somente deveria se caracterizar quando houver norma obrigando expressamente as instituições financeiras a levarem em conta critérios de natureza ambiental na análise de propostas de financiamento.<sup>13</sup>

Defende o autor (2012, p. 478), com acerto, a necessidade “de se regulamentar a questão como forma de se incentivar[em] financiamentos sustentáveis, garantindo-se a necessária segurança jurídica aos investimentos.”

Lembra ele, ainda, que, além da possível responsabilização por danos, “os agentes financiadores devem estar atentos ao risco – concreto no cenário legal atual – de responsabilização pela recuperação ambiental de passivos associados a ativos (*e.g.*, imóveis) eventualmente adquiridos por meio da execução de garantias reais (*foreclosure*)” (REIS, 2012, p. 477). Também Tosini (2006, p. 99) salienta ser necessário

verificar os riscos ambientais a que as instituições financeiras do Sistema Financeiro Nacional se expõem ao se tornarem proprietárias de imóveis oferecidos em garantia de financiamentos.

[...]

No direito comparado, como nos Estados Unidos, por exemplo, segundo Weinberg & Reilly (1998), o novo proprietário deve demonstrar que não tinha motivo para saber da existência das substâncias perigosas; para isso, precisa provar que realizou uma inspeção sobre a natureza da titularidade anterior e os prévios usos da propriedade, consistente com uma boa prática comercial. Significa dizer que, ao comprar um imóvel, o pretenso comprador deve fazer uma análise da sua qualidade ambiental, para que mais tarde ele possa provar que tomou as providências que

<sup>13</sup> “Ora, é possível e razoável sustentar que, ao deixar de observar os critérios previstos na legislação e nos acordos regularmente firmados, os agentes financiadores atuariam como infratores e que, nessa condição, suas condutas serão consideradas lesivas ao meio ambiente.” (REIS, 2012, p. 475)

lhe eram cabíveis e mesmo assim não identificou o problema. Caso ele não tome essas providências poderá ser obrigado a reparar o dano ambiental causado pelo proprietário anterior, uma vez que adquiriu um imóvel contaminado sem verificar suas condições ambientais, o que demonstra negligência.

Ressalte-se que, no Direito brasileiro, não é necessário caracterizar-se a negligência ou qualquer outra forma de culpa do adquirente do imóvel, já que a responsabilidade ambiental do proprietário é objetiva, de acordo com farto entendimento doutrinário e jurisprudencial.<sup>14</sup>

No mesmo sentido de Reis, refutando a adoção da responsabilidade objetiva para o financiador, encontra-se a posição de Souza (2005, p. 288):

A teoria do risco criado é a que melhor se aplica aos bancos, pois os financiadores têm a obrigação legal de exigir o licenciamento dos projetos (obrigação de meio), mas o capital não os vincula à atividade desenvolvida, não podendo eles responder pelo resultado do empreendimento, como se pretende pela teoria do risco integral.

Merece registro, por outro prisma, a coerente posição externada por Consuelo Yoshida (2012), que sustenta a adoção de um sistema de responsabilidade compartilhada (apropriado à cadeia real de fatos), em substituição ao de responsabilidade solidária que tem sido adotado, e que acaba penalizando muitas vezes em primeiro lugar o financiador <sup>15</sup>.

---

14 Vejam-se, por exemplo, as seguintes ementas de acórdãos do Superior Tribunal de Justiça: “ADMINISTRATIVO. RESERVA FLORESTAL. NOVO PROPRIETÁRIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. 1. O novo adquirente do imóvel é parte legítima passiva para responder por ação de dano ambiental, pois assume a propriedade do bem rural com a imposição das limitações ditas pela Lei Federal. 2. Cabe analisar, no curso da lide, os limites da sua responsabilidade. 3. Recurso provido.” (REsp 222349/PR – 1ª Turma – Relator Min. José Delgado – Julgamento: 23/3/2000 – Publicação: DJ 2/5/2000, p. 105); “[...] 2. A obrigação da reparação dos danos ambientais é *propter rem*, por isso que a Lei 8.171/91 vigora para todos os proprietários rurais, ainda que não sejam eles os responsáveis por eventuais desmatamentos anteriores” (REsp 1090968/SP – 1ª Turma – Relator Min. Luiz Fux – Julgamento: 15/6/2010 – Publicação: DJe 3/8/2010); “[...] 12. As obrigações ambientais derivadas do depósito ilegal de lixo ou resíduos no solo são de natureza *propter rem*, o que significa dizer que aderem ao título e se transferem ao futuro proprietário, prescindindo-se de debate sobre a boa ou má-fé do adquirente, pois não se está no âmbito da responsabilidade subjetiva, baseada em culpa.” (REsp 650728/SC – 2ª Turma – Relator Min. Antonio Herman Benjamin – Julgamento: 23/10/2007 – Publicação: DJe 2/12/2009). No mesmo sentido: REsp 295.797-SP, Relatora Ministra Eliana Calmon (2ª Turma).

15 Portanto, dentro das lógicas da sustentabilidade e da observância das normas ambientais, a solidariedade passiva, que possibilita a responsabilização de um só coobrigado (geralmente o de maior capacidade econômica) pela totalidade das obrigações em caso de descumprimento por qualquer dos coobrigados, passa a ser de aplicação subsidiária em relação à responsabilidade compartilhada que alcança todos os atores (estatais, econômicos e sociais) na gestão público-privada, proativa e integrada das questões socioambientais. Não sendo exitosos os resultados esperados com a utilização da responsabilidade compartilhada, cabe a responsabilidade solidária, de aplicação subsidiária neste sentido.

## 7 A observância de normas e padrões voluntários na prática das instituições financeiras

Maísa de Souza Ribeiro (ao lado de outros pesquisadores) já coordenou ao menos duas pesquisas sobre a efetividade da realização de análise de crédito de acordo com critérios socioambientais no Brasil. A primeira, em conjunto com Oliveira, tomou por base o ano de 2006 e abrangeu seis instituições financeiras brasileiras signatárias dos Princípios do Equador: ABN Amro Real, Banco do Brasil (BB), Bradesco, HSBC, Itaú e Unibanco. Neste ano, o ABN Amro Real financiou doze projetos de acordo com esses princípios, o Banco do Brasil, nove, o Bradesco, onze, e o Itaú, dezesseis, sendo este o único que declarou ter financiado projeto classificado como de alto risco socioambiental. Apenas o ABN Amro Real declarou ter se recusado a financiar dois projetos por falta de adequação aos critérios socioambientais. A pesquisa em questão verificou, por exemplo, que “a prática de visitas ao local do projeto não é exercida por todas as instituições financeiras analisadas, o que eleva o risco de crédito das instituições que não adotam esse procedimento.” (RIBEIRO, OLIVEIRA, p. 13)

Em outra pesquisa mais abrangente, realizada em 2005, envolvendo três bancos públicos (BB, CEF e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social [BNDES]) e sete privados (ABN, Bradesco, Citigroup, HSBC, Itaú, Itaú BBA e Unibanco), da mesma forma Ribeiro e outros concluíram que há sérias limitações na avaliação das informações ambientais fornecidas pelos proponentes de projetos: “a auditoria ambiental e os indicadores de desempenho ambiental não são instrumentos utilizados pela maioria dos bancos” (p. 14). Ainda, concluiu-se que “não há preocupação da totalidade das instituições pesquisadas sobre os danos ambientais já provocados pelo cliente ou autuações decorrentes, a preocupação maior continua na capacidade de pagamento imediata, fato que pode implicar na concessão de recursos que serão utilizados para novos prejuízos ambientais” (p. 12). Também ficou claro que a regra é a inexistência de “denominação específica para os créditos destinados a atender objetivos ambientais” (p. 7), pois apenas duas das instituições pesquisadas identificam tais créditos (p. 9).

No mesmo sentido as conclusões da equipe da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) coordenada pelo Professor Aloísio Teixeira, que realizou uma avaliação do Protocolo Verde no ano de 2002:

As “auditorias ambientais”, incluindo o monitoramento e avaliação *ex post* de projetos financiados (com problemas ambientais diagnosticados oportunamente, e medidas propostas para a moderação e controle incluídas como condições de financiamento, por meio de termos de compromisso) não costumam ser realizadas organicamente em nenhuma das IFF e não se identificou informação articulada sobre esta função.

[...]

h) Em todas as IFF se detectam demandas e déficits declarados de capacitação dos quadros funcionais em questões ambientais.

Já Tosini (2006, p. 132-135) dá notícias de uma pesquisa realizada no plano internacional por Ganzi *et al.* (2004) junto a oitenta escritórios de 38 instituições financeiras líderes no mercado financeiro internacional, que teria concluído que, “mais de 90% delas, de alguma forma, já consideram as questões ambientais em suas gestões de risco”, sendo essa proporção mais intensa entre os bancos signatários da Declaração do Unep, suprarreferida, os quais efetivamente levam em conta o risco ambiental já na fase de classificação do risco na concessão do crédito, conhecida como *rating*, muito antes, portanto, de qualquer problema ambiental se manifestar. Pelo que se pode averiguar pelas pesquisas anteriores, esse quadro não se repete com a mesma intensidade no Brasil.

Ainda, merece referência a pesquisa, referida por Tosini, realizada pela Rede *Bank Track* que buscou avaliar o compromisso dos bancos e suas políticas específicas para a concessão de crédito em quatorze diferentes setores e temas, como direitos humanos, mudanças climáticas, biodiversidade, mineração, agricultura, direitos trabalhistas, etc., além de transparência e prestação de contas pelas instituições financeiras. Nessa pesquisa, as instituições poderiam receber notas de 0 a 4, de acordo com a seguinte tabela:

---

Nota	Critério
0	Nenhuma política sobre o assunto disponível publicamente.
1	A política é descrita vagamente ou mostra apenas intenções, sem compromissos claros.
2	A política inclui alguns elementos importantes, mas não é suficientemente consistente.
3	A política é bem definida e consistente, mas está aquém dos melhores padrões internacionais em alguns pontos.
4	A política é totalmente consistente com os melhores padrões internacionais.

---

Entre as instituições participantes do estudo no âmbito internacional, estiveram ABN Amro, HSBC e Grupo Santander. Entre as instituições brasileiras participantes, incluem-se Banco do Brasil, Bradesco e Itaú. Segundo o referido relatório do Idec (2008, p. 56):

Em geral, as instituições brasileiras não passaram de notas 0 e 1, chegando a 2 em poucos casos. O Banco do Brasil obteve uma avaliação 3 em prestação de contas de negócios (*deal accountability*), o que significa que ele estabeleceu um mecanismo independente de reclamações sobre os negócios em que o banco está envolvido.

Em âmbito internacional, o ABN Amro é o *benchmarking* em relatórios sobre os Princípios do Equador. O HSBC tem notas 3 em relação a políticas para concessão de créditos relacionadas a florestas e mineração e 4 em relação a represas. O Santander teve a maioria de suas políticas avaliada como 0 ou 1.

## 8 As minutas de normas do Banco Central do Brasil submetidas a processo de consulta pública

Em 13 de junho de 2012, o Banco Central do Brasil (Bacen) deu início a processo de consulta pública<sup>16</sup> para elaboração de duas resoluções: *i*) a primeira, destinada a regular a política de responsabilidade socioambiental (PRSA) de instituições financeiras e outras instituições autorizadas a funcionar pela autarquia;*ii*) a segunda, dispondo sobre a elaboração e a divulgação de Relatório de Responsabilidade Socioambiental.

Quanto à primeira norma, a minuta dispõe que a PRSA deverá ter em conta os impactos e riscos socioambientais de produtos e serviços financeiros; a oferta de serviços e produtos financeiros adequados às necessidades dos clientes e dos usuários; o relacionamento com clientes e usuários; as condições para participação de partes interessadas na execução da política. Existe menção expressa aos riscos e oportunidades relativos às mudanças climáticas e à biodiversidade. Prevê-se a criação de uma estrutura específica de governança, que poderá ser uma só por conglomerado financeiro ou por central (ou confederação) de cooperativas

<sup>16</sup> Edital de audiência pública 41, de 2012, disponível em: <<http://www.bacen.gov.br>>

de crédito. Estabelece-se que a avaliação de risco socioambiental deverá contemplar a análise documental da operação e do cliente, a qualidade da gestão socioambiental e do cliente, informações públicas, instrumentos de mitigação dos impactos, entre outros. Os bancos deveriam implementar tal política até 30 de junho de 2013, e o Bacen deverá detalhar a norma e adotar medidas necessárias para a implementação das regras.

Quanto à segunda, estipula-se que o relatório deverá ter periodicidade anual e ser publicado em sítio eletrônico, onde ficará disponível por cinco anos, no mínimo, sendo que sua elaboração deverá ser monitorada por auditor independente.

De modo geral, percebe-se que a norma contempla apenas diretrizes, tornando bastante inviável que as opiniões apresentadas se limitem a analisar criticamente seu conteúdo, de cunho bastante genérico. Passo, assim, no próximo item, a formular contribuições que entendo devam ser acrescentadas a tais normas, de modo que fique clara a obrigação das instituições financeiras de levar em conta tais critérios por ocasião da concessão de financiamentos.

Vale transcrever aqui a informação obtida por Tosini (2006, p. 170-171) ao entrevistar o diretor-sócio do Centro Latino-Americano para Competitividade e Desenvolvimento Sustentável (CLACDS), em Alajuela, Costa Rica:

merece ser citada a observação de Lawrence Pratt, vice-presidente do Grupo de Trabalho Latino-Americano do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente e para as instituições financeiras (LAFT-UNEP FI), e professor do INCAE, International School of Business:

*‘El problema fundamental para bancos que quieren o consideran establecer programas ambientales es el de los riesgos de ser el primero en hacerlo. Ningún banco quiere ser el único exigiendo elementos adicionales. Sin embargo, probablemente todos (al entender los riesgos) se sentirían mucho mas cómodos si se les exigiera a todos por igual..*

*Hay otros mecanismos para establecer reglas comunes. Uno es un tema relevante para la región en este momento: ¿Deberían entrar al tema los superintendentes bancários? ¿En que forma? Aunque esse tema es para otra ocasión, hay que reconocer que el mecanismo tradicional (y de excelência) para resolver el problema de implementar prácticas que: a) ayudan a todos pero b) nadie quiere ser el único implementando, es através de la superintendencia.’*

A falta de orientação da supervisão faz com que os bancos que exigem o cumprimento da legislação ambiental corram o risco de perder negócios e, por outro lado, os bancos menos atentos aos riscos ambientais tendem a concentrar maiores riscos em suas carteiras.

A autora em questão, Analista do Banco Central que tratou do assunto em sua Dissertação de Mestrado na Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), identificou em seu estudo vários exemplos de normas regulatórias da atividade financeira que determinam a regulação do risco ambiental. Além dos diversos exemplos nos Estados Unidos da América, país que conta com diferentes agências com funções de regulação financeira e legislou sobre o tema desde 1991, ela aponta também a legislação paraguaia sobre o assunto (Circular SB. SG n. 0441/2003), que estabelece que *“La Declaración de Impacto Ambiental será requisito ineludible en las siguientes tramitaciones relacionadas con el proyecto: para obtención de créditos o garantías; para obtención de autorizaciones de otros organismos públicos; y para obtención de subsidios y exenciones tributarias”* e, ainda, a regra contida no Regulamento para Classificação de Devedores, emitido pelo *Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero* da Costa Rica:

Artículo 7. Análisis de la capacidad de pago

La entidad debe definir los mecanismos adecuados para determinar la capacidad de pago de los deudores del Grupo 1. Según se trate de personas físicas o jurídicas, estos mecanismos deben permitir la valoración de los siguientes aspectos:

[...]

*e. Otros factores: Análisis de otros factores que incidan sobre la capacidad de pago del deudor. En el caso de personas jurídicas, los aspectos que pueden evaluarse, pero no limitados a éstos, son los ambientales, tecnológicos, patentes y permisos de explotación, representación de productos o casas extranjeras, relación con clientes y proveedores significativos, contratos de venta, riesgos legales y riesgo país.”* (Destaquei)

No Brasil, não contamos ainda com norma reguladora que tenha exigido a incorporação da variável ambiental no processo de seleção dos tomadores de crédito. No entanto, ainda que a única preocupação do órgão regulador fosse a redução do risco financeiro, sem qualquer consideração com a proteção

ambiental ou outra política pública qualquer propriamente dita, já seria necessário exigir a avaliação do risco ambiental. Vale transcrever aqui as lições de Maria de Fátima Tosini (2006, p. 111-112) em seu precioso estudo sobre a relevância da mensuração do risco ambiental:

A *performance* ambiental representa riscos sobre empréstimos comerciais e demais operações de crédito porque:

a) Reduz o valor das garantias (colaterais):

· A existência de passivo ambiental reduz o valor das garantias (colaterais) porque o custo de descontaminação é considerado ao se calcular o valor das propriedades.

· As transações com a propriedade (alienação dos bens) podem ser proibidas até que a área seja descontaminada (despoluída).

b) Existência de potencial responsabilização do empréstador:

· O banco pode ser responsabilizado por descontaminar imóvel hipotecado ou penhorado como garantia de empréstimos.

· O banco pode ser demandado a pagar indenizações pessoais devido a dano moral e material a terceiros prejudicados.

· O banco pode ser responsabilizado por danos a propriedades de terceiros.

c) Existem riscos de *default* do tomador de crédito:

· Problemas com fluxo de caixa devido a custos de descontaminação ou outras responsabilidades ambientais.

· Problemas de fluxo de caixa no longo prazo por assumir estratégia de negócio errada, ignorando as questões ambientais que têm afetado o mercado.

· Problemas com fluxo de caixa devido a investimentos inesperados para alteração de processo produtivo devido à exigência legal ou para melhorar a competitividade.

· Redução nas prioridades de pagamento quando há falência. Em caso de falência, quando há problemas ambientais que colocam em risco a saúde da coletividade, ou há grande risco de acidente ambiental, normalmente os gastos para evitar tais problemas são prioritários em relação aos débitos com os bancos.

O impacto da variável ambiental no risco de inadimplemento de créditos resta, assim, evidenciado, o que justificaria por si só a regulação. Entretanto, dada a necessidade de articulação entre diferentes políticas públicas, torna-se útil e necessária uma regulação que incorpore outras variáveis além da ambiental

no momento da análise de risco realizada pela instituição financeira. Buscarei formular a seguir uma proposta de norma regulatória que abranja diferentes variáveis de caráter social, além da ambiental.

## **9 Propostas de critérios a ser incluídos na norma reguladora brasileira**

### **9.1 Respeito à legislação ambiental e urbanística**

Sob o aspecto ambiental propriamente dito, deve ser abrangido também o respeito à legislação urbanística, no caso de empreendimentos situados no perímetro urbano. Assim, deverá ser exigida por parte das instituições financeiras que analisem a solicitação de financiamento a apresentação de documentação comprobatória de regularidade com a municipalidade competente.

No que toca ao prisma ambiental em sentido mais estrito, a par da exigência básica de apresentação das licenças ambientais cabíveis, conforme o nível de risco do empreendimento, deve ser analisado de forma minuciosa o relatório de impactos ambientais (Rima), verificando-se como se dará a destinação de resíduos, quais as medidas compensatórias e mitigadoras dos impactos serão utilizadas, se estas são adequadas e suficientes, quais as condicionantes da licença, bem assim como se dará o monitoramento do cumprimento dessas condicionantes e de todo o plano apresentado pelo empreendimento no que diz respeito à utilização de recursos naturais.

Quando se tratar de empreendimentos na área rural, deve-se apurar a averbação e a efetiva existência da reserva legal (nos termos do art. 29 do novo Código Florestal), bem assim o respeito às áreas de preservação permanente.

A par das verificações de licenças ambientais e documentos correlacionados, deve-se exigir a apresentação de certidões acerca da eventual existência de processos administrativos que possam levar à aplicação de sanção por infração de natureza ambiental, expedidas por órgãos federais, estaduais e municipais competentes, bem como a existência de inquéritos civis ou ações civis públicas ajuizadas pelos Ministérios Públicos Federal e Estadual. A mesma verificação deve ser feita junto aos Judiciários federal e estadual.

## 9.2 Respeito à legislação trabalhista e previdenciária

No âmbito das relações de trabalho, é preciso considerar, sem dúvida, a existência de autuações perante o Ministério do Trabalho, competente para fiscalizar desde o registro das relações de emprego, a existência de trabalho escravo, a realização de trabalho infantil, o cumprimento de normas de saúde e segurança do trabalho, entre várias outras. Ademais, poderá ser apurado o índice de acidentes de trabalho e de empregados afetados por doenças ocupacionais, considerando o número total de empregados. Também deve ser verificada a eventual existência de inquéritos ou ações civis públicas movidas pelo Ministério Público do Trabalho.

Além disso, deve ser apurado perante a Justiça do Trabalho, tido em consideração o número de reclamações trabalhistas ajuizadas contra a empresa (realizando-se, evidentemente, um juízo de proporcionalidade com relação ao número total de empregados) e o seu resultado final, com a existência ou não de condenação e verificação do cumprimento espontâneo ou não das eventuais sentenças condenatórias. A apuração do passivo trabalhista, ademais, atine também ao risco de inadimplemento ou não do crédito (risco financeiro).

Ainda, na esfera previdenciária, idêntica apuração deve ser feita nas esferas administrativa, na junto ao Instituto Nacional de Seguro Social e à Receita Federal do Brasil, e judicial, mediante a obtenção de certidões que relatem a existência de processos envolvendo a candidata ao crédito, seu objeto e fase atual.

## 9.3 Respeito ao consumidor e à legislação concorrencial

Quando se tratar de empresa que presta serviços ou fornece produtos ao consumidor final, cabe ter em conta, ainda, o índice de reclamações realizadas e sobretudo não resolvidas junto aos órgãos de defesa do consumidor.

Também é cabível, quando for o caso, a verificação da existência ou não de autorização para o desenvolvimento do empreendimento e a inexistência de autuação perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), órgão competente para a aplicação da legislação de proteção da concorrência.

## 9.4 Respeito a populações tradicionais

No Brasil, temos ao menos duas espécies de populações tradicionais que são encontráveis praticamente em todo o território nacional: comunidades indígenas e descendentes de quilombolas – ambas gozando de proteção constitucional.

No caso de atividades de mineração, extrativismo, agropecuária ou usinas de geração de energia, é bastante comum que grandes empreendimentos desta natureza possam afetar populações tradicionais, sendo claro que a proteção destas merece prioridade em relação a interesses de natureza meramente econômica.

Por outro lado, a lentidão nos processos de demarcação de terras indígenas e de delimitação de territórios quilombolas gera grande insegurança jurídica nessa matéria. É necessário verificar, assim, a existência de processos dessa natureza em curso na Fundação Nacional do Índio (Funai), no que diz respeito a terras indígenas, e no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), no que diz respeito à delimitação de territórios quilombolas.

## 9.5 Respeito a normas regulatórias específicas

A depender da área de atuação do empreendimento financiado, poderá haver normas regulatórias específicas a serem respeitadas, o que deve necessariamente ser verificado. Cite-se como exemplos o setor de mineração, cuja atividade é controlada pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), o setor de aviação civil, regulado pela Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), o setor de transporte terrestre, regulado pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), o setor elétrico, regulado pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), o setor de saneamento, regulado pela Agência Nacional de Águas (ANA), o setor de educação, regulado pelo Ministério da Educação e/ou pelos órgãos estaduais ou municipais competentes, o setor de saúde, regulado tanto por normas dos conselhos de classes profissionais quanto por normas do Ministério da Saúde e de órgãos estaduais e municipais, os setores que desenvolvem atividades sujeitas à fiscalização da vigilância sanitária, e assim por diante.

Devem ser exigidas pelas instituições financeiras tanto a comprovação de que o empreendimento possui a autorização ou licença necessária para o seu regular financiamento quanto uma certidão de que este não possui contra si processos administrativos que possam levar à aplicação de sanção por irregularidades graves ou mesmo à perda da licença ou autorização.

## 9.6 Respeito à legislação tributária e existência de passivos com entes públicos

Também atende ao interesse público, já que as atividades do Estado são financiadas basicamente por tributos, bem como ao interesse de gestão do risco de crédito, a verificação da existência de eventual passivo tributário. Assim, deverá ser apurada a existência de processos administrativos ou judiciais versando sobre a cobrança de créditos de natureza tributária ou outros débitos inscritos em dívida ativa envolvendo o empreendimento que solicita o financiamento.

## 9.7 Esfera criminal

Determinadas condutas de natureza grave podem levar à responsabilização criminal dos dirigentes de pessoas jurídicas e, em alguns casos, até mesmo destas. Cabe também, portanto, apurar a existência de processos de natureza criminal envolvendo tais pessoas e avaliar a probabilidade de que a conduta narrada seja verdadeira, de acordo com as provas já produzidas.

## 9.8 Critérios positivos

De outra parte, devem também ser ponderados na decisão de conceder ou não o financiamento, atribuindo-se peso positivo, os seguintes critérios: *i*) número de empregos (diretos e indiretos) gerados e/ou mantidos, bem como valor médio do rendimento pago; *ii*) investimentos em pesquisa e desenvolvimento; *iii*) utilização de tecnologias sustentáveis, notadamente quanto a fontes de

energia ou destinação de resíduos; *iv*) estimativa de receitas tributárias (diretas e indiretas) geradas; *v*) impactos positivos na comunidade local, sob o ponto de vista socioambiental.

## 10 Conclusões

Quando se analisa o quadro atual, em especial no âmbito nacional, de relevância da variável socioambiental nas atividades de concessão de crédito, percebe-se que predominam normas de caráter autorregulatório, de cunho bastante genérico e com baixo grau de eficácia. De outra parte, como foi visto, em especial no que concerne ao risco ambiental propriamente dito, existe uma clara tendência jurisprudencial de responsabilização solidária e objetiva das instituições financeiras pelos danos causados por empreendimentos financiados. Verifica-se, assim, claro descompasso entre a definição exata das obrigações das instituições financeiras no momento da concessão do crédito e o nível de risco financeiro assumido por elas sob esse aspecto .

A regulação financeira tem uma contribuição essencial a dar nessa matéria. As obrigações das instituições financeiras podem e devem ser devidamente detalhadas, com o que ganharão estas últimas em segurança jurídica, redução de riscos financeiros e de imagem, e, ainda mais importante, ganhará toda a coletividade com um sistema financeiro que seja efetivamente social e ambientalmente responsável.

## 11 Referências

GRIZZI, Ana Luci Esteves *et alii*. **Responsabilidade civil ambiental dos financiadores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – IDEC. **Avaliação comparativa da responsabilidade socioambiental dos bancos no Brasil**. São Paulo, 2008. Disponível em: <[http://www1.spbancarios.com.br/download/14/relatorio\\_resp\\_socioamb\\_bancos.pdf](http://www1.spbancarios.com.br/download/14/relatorio_resp_socioamb_bancos.pdf)>. Acesso em 10 jan. 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

OLIVEIRA, Carina Costa de. Un système global sur le Reporting comme une alternative à une convention sur la responsabilité sociale et environnementale des entreprises? In: OLIVEIRA, Carina Costa de; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha (Orgs.). **Instrumentos jurídicos para a implementação do desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2012. p. 202-219.

RASLAN, Alexandre Lima. **Responsabilidade civil ambiental do financiador**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

REIS, Antonio Augusto Rebello. Financiamentos e a responsabilidade civil ambiental: uma análise comparada da responsabilidade dos agentes financiadores à vista do modelo norte-americano e da jurisprudência do STJ. In: SAMPAIO, Rômulo S. R.; LEAL, Guilherme J. S.; REIS, Antonio Augusto (Orgs.). **Tópicos de Direito Ambiental: 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 459-478.

RIBEIRO, Maísa de Souza; OLIVEIRA, Otávio José Dias de. Os princípios do Equador e a concessão de crédito socioambiental. Disponível em: <<http://www.congressosp.fipecafi.org/artigos82008/594.pdf>>. Acesso em: 4 ago. 2012.

SANTILLI, Juliana. A co-responsabilidade das instituições financeiras por danos ambientais e o licenciamento ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, jan./mar. 2001. p. 132-173.

SCHLISCHKA, Hermann Erich; REIS, Solange Garcia dos; RIBEIRO, Maísa de Souza; REZENDE, Amaury José. Crédito ambiental: análise para concessão de crédito sob a ótica da responsabilidade socioambiental. Disponível em: <<http://www.congressosp.fipecafi.org/artigos72007/71.pdf>>. Acesso em: 4 ago. 2012.

SOUZA, Paula Bagrichevsky de. As instituições financeiras e a proteção ao meio ambiente. **Revista do BNDDES**. Rio de Janeiro, v. 12. n. 23., jun. 2005, p. 267-300.

TOSINI, Maria de Fátima Cavalcante. **Risco ambiental para as instituições financeiras**. São Paulo: Annablume, 2006.

VILLALOBOS, Ruy de. Las instituciones financieras y el medio ambiente en América Latina. In: PARREIRA, Clélia; ALIMONDA, Héctor (Orgs.). **As instituições financeiras públicas e o meio ambiente no Brasil e na América Latina**. Brasília: FLACSO Brasil, Abaré, 2005, p. 133-218.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Responsabilidade das instituições financeiras: da atuação reativa à atuação proativa. In: OLIVEIRA, Carina Costa de; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha (Orgs.). **Instrumentos jurídicos para a implementação do desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2012. p. 115-134.

# A Interpretação conforme a Constituição na Ação Direta de Inconstitucionalidade: análise de julgados do Supremo Tribunal Federal

Leandro Eduardo da Silva\*

*1 Introdução. 2 Interpretação conforme a Constituição. 3 Limites da interpretação conforme a Constituição. 4 Interpretação conforme a Constituição versus declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. 5 Interpretação conforme a Constituição em sede de ação direta de inconstitucionalidade. 6 Conclusão.*

## Resumo

Analisa o instituto da interpretação conforme a Constituição em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) com base nos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF). A partir da fixação do conceito e da origem do método, estabelecem-se seus limites, bem como, conforme a doutrina, sua distinção para declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Além disso, segundo a jurisprudência do STF, são examinadas as possibilidades de decisões em sede de ADI, quando da utilização da interpretação conforme como técnica de decisão. Por fim, discute-se a natureza jurídica de tal método, se técnica de decisão ou mera regra de interpretação constitucional.

**Palavras-chaves:** Interpretação conforme a Constituição. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade.

---

\* Procurador do Banco Central do Brasil, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás, pós-graduado *lato sensu* em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás.

## *Abstract*

*These scientific article analyzes the institute of interpretation in conformity to the Federal Constitution in place of the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) based on the jurisprudential precedents of the Supreme National Court (STF). First, the author fixes the meaning and origin of the method. After that, he also sets up its limits and, according to the law doctrine, distinguishes from the declaration of partial unconstitutionality without reducing the text. Besides, the writer checks out the possibilities of decisions in ADI when using de interpretation according to the Constitution as a technical decision. Finally discusses whether it is a method of decision or mere technical rule of constitutional interpretation.*

*Keywords: Interpretation as the Constitution. Supreme Court. Direct Action of Unconstitutionality.*

## **1 Introdução**

Atualmente tem ganhado importância a interpretação constitucional na solução dos problemas jurídico-políticos que afetam os Estados democráticos. É salutar, pois, dizer que hermenêutica não se confunde com interpretação. A primeira tem por escopo fixar os elementos para o desenvolvimento da segunda, enquanto esta tem por finalidade fixar os valores e limites da norma.<sup>1</sup>

Dessa forma, enquanto a hermenêutica tem por objeto enunciados, os quais serão utilizados pelo intérprete, a interpretação, por sua vez, tem, sempre em vista, um caso concreto.

Peter Häberle (1997) salienta que a interpretação constitucional é um processo aberto que conhece possibilidades e alternativas diversas, o que a conduz para um processo de relativização.

Nesse viés, Mendes (1999, p. 499) acentua que a “interpretação traduz não apenas uma concretização do princípio democrático, mas também uma consequência metodológica da abertura material da constituição.”

---

<sup>1</sup> No mesmo sentido é a lição de Aurélio Agostinho Verdade Vieito (2000, p. 27).

Assim, a interpretação constitucional não é – nem pode ser – um evento exclusivamente estatal, de forma que tanto um indivíduo que interpõe um recurso quanto um partido político que impugna uma decisão legislativa devem ser considerados intérpretes da Lei Maior.

A propósito, Canotilho (2001) ensina que em uma democracia na qual a participação do povo é pressuposto de sua existência nada mais correto do que os cidadãos tenham o direito de questionar ao longo do tempo a concretização constitucional.

Feitos esses registros, passamos a nos debruçar sobre o tema *lato sensu* deste estudo, qual seja: a interpretação conforme a Constituição. Segundo as lições de Bastos (2002), tal instituto consiste em técnica à qual o intérprete da lei infraconstitucional sempre que possível deve obediência.

Sustenta o constitucionalista que tal método de interpretação não está no âmbito do Direito Constitucional, e sim no das demais leis, sobre as quais se aplica essa orientação. Aduz, ainda, que a interpretação conforme a Constituição parte de um significado já interpretado na Carta Magna, mas resultante do cotejo de duas normas e não da incidência de uma norma sobre o fato concreto.

No entanto, com a devida vênia, esse não quer me parecer o melhor posicionamento sobre o assunto. Com efeito, a melhor doutrina e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) tratam a interpretação conforme a Constituição não apenas como um modelo de interpretação hermenêutica, mas como um verdadeiro procedimento da fiscalização constitucional, que se justifica em nome da economia do ordenamento, do princípio da unidade, da supremacia da Constituição e, para maioria, da presunção de constitucionalidade da norma.<sup>2</sup>

A inserção do tema, como técnica de controle de constitucionalidade abstrato, em sede de ação direta de inconstitucionalidade (ADI), consiste no objeto de estudo do presente artigo científico, que traçará nas páginas seguintes uma visão doutrinária e jurisprudencial à luz das decisões do STF.

Com esse escopo, a temática se desenvolverá em quatro seções. Na seção 2, definir-se-á o conceito e a origem da interpretação conforme a Constituição. Na seção 3, enfatizar-se-á o limite da atuação do poder judiciário visando evitar sua

---

2 Por todos, em sentido contrário, Jorge Miranda (1987).

atuação como legislador positivo. Na quarta, discutir-se-á a distinção da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e a interpretação conforme a Constituição, comparando o posicionamento doutrinário com a jurisprudência do STF. Por derradeiro, com base na aplicação do instituto em sede de ADI, definiremos, à luz dos julgados do STF, qual seria sua natureza jurídica.

## 2 Interpretação conforme a Constituição

A interpretação conforme a Constituição, cuja origem repousa nos arestos da Corte Constitucional de Karlsruhe, na Alemanha, é um método autônomo na interpretação contemporânea, ou pelo menos um princípio largamente consagrado em vários sistemas constitucionais, que não se confunde com os métodos usuais: histórico, literal, sistemático e teleológico.

Dito de outro modo, tal método, decorrente da rigidez, hierarquia e unidade constitucional, consiste na interpretação da lei ordinária polissêmica de acordo com a Carta Magna. A propósito, Bastos (2001, p. 68) explica:

Visa, sobretudo, manter a norma no ordenamento jurídico, tendo como fundamento o princípio da economia e como escopo a busca de uma interpretação que compatibilize a norma tida como inconstitucional com a Lei Maior, sendo fruto do século XX, onde a norma constitucional passou a ser verdadeiro centro irradiador de energias dinamizadoras das demais normas de ordem jurídica positiva.

No mesmo toque, acentua Moraes (2008, p. 17):

A finalidade, portanto, dessa regra interpretativa é possibilitar a manutenção no ordenamento jurídico das leis e atos normativos editados pelo poder competente que guardem valor interpretativo compatível com o texto constitucional.

Tais apontamentos, por sua vez, não passam despercebidos pelo Pretório Excelso, que se manifestou por meio de seu pleno na ADI nº 3.046-9/SP (*apud* MORAES, 2008, p. 17), no voto do então ministro Sepúlveda Pertence:

Interpretação Conforme, técnica de controle de constitucionalidade que encontra o limite de sua utilização no raio das possibilidades hermenêuticas de extrair do texto uma significação normativa harmônica com a Constituição.

Canotilho (2001, p. 403), que a nosso ver é quem melhor trata o assunto, explica que a interpretação conforme a Constituição deve ser analisada sob três sentidos:

- 1º Como regra preferencial para a decisão entre vários resultados possíveis de interpretação.
- 2º Como meio de limitar o controle judicial.
- 3º Como instrumento hermenêutico de conhecimento das normas.

Dessas conclusões, o prestigiado autor (CANOTILHO, 2001, p. 404) elabora três postulados, *in verbis*:

- 1º No caso de uma lei ter vários sentidos deve escolher-se aquele que permitia conformidade da lei com as normas constitucionais.
- 2º Uma norma legal não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada conforme a constituição.
- 3º Deve recorrer-se as normas constitucionais para determinar o conteúdo intrínseco das leis.

A exegese dos dois primeiros postulados permite concluir que a interpretação conforme a Constituição é entendida como um princípio de conservação da norma, o que leva a uma legalização da Lei Fundamental.

No entanto, conforme Canotilho (2001), tal conclusão não parecer ser a que melhor define a interpretação conforme a Constituição. Para referido autor, o correto seria o terceiro postulado, já que o princípio não seria de conservação, mas sim de prevalência normativo-vertical, e de integração hierárquico-normativo, no qual se postula uma interpretação crítica da concretização constitucional realizada pelo legislador.

Perfilhando o entendimento de Canotilho (2001), Mendes (2007), em sua obra **Jurisdição Constitucional**, procura justificar o instituto, como decorrência do princípio da unidade, da presunção de constitucionalidade das leis ou *favor*

*legis* e como reconhecimento da supremacia do legislador na concretização e realização da constituição.

Contudo, não se pode perder de mira o tratamento do instituto pelo STF, o qual, por vezes, empresta-lhe feições de verdadeira técnica de controle de constitucionalidade,<sup>3</sup> aproximando-o da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Sobre o assunto, Barroso (1999, p. 182) sustenta com sapiência que “a interpretação conforme não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.”

Sendo assim, com base na doutrina e na jurisprudência do STF, pode-se dizer que a interpretação conforme a Constituição, como modelo interpretativo, objetiva preservar o ato normativo como expressão do *favor legis*, funcionando como um instrumento de segurança jurídica contra as declarações precipitadas de invalidade da norma, podendo, ainda, como técnica de julgamento, não só extrair um sentido da lei, mas, sobretudo, proceder a uma redução ou mesmo a uma ampliação da eficácia da norma legal, segundo a Carta Magna.

### 3 Limites da interpretação conforme a Constituição

*Ab initio*, é preciso consignar que, em regra, nenhum direito pode ser entendido de forma absoluta,<sup>4</sup> eis que até mesmo os direitos fundamentais são relativizados em situações concretas, como a pena de morte, a qual, apesar de expressamente vedada no texto constitucional, pode ser aplicada nos casos de guerra.

Nesse viés, não seria diferente com a interpretação conforme a Constituição, que encontra seus limites na própria letra da lei e na vontade inspiradora do legislador em sua elaboração, porquanto ao Judiciário não é dada a prerrogativa de atuar como legislador positivo, sob risco de afronta à separação dos Poderes insculpida no art. 2º da Constituição Federal (CF).

---

3 Representação de Inconstitucionalidade nº 1417-7 – DF, relatada por Moreira Alves (*apud* ANJOS, 2013, p. 2): “[...] O princípio da interpretação conforme a constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) é princípio que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação.”

4 Digo em regra, porque, a meu ver, há direitos fundamentais com contornos de direito absoluto, como a dignidade da pessoa humana.

Com essas considerações, Bastos (2001, p. 69) destaca:

A função conservadora da norma no sistema de direito positivo possibilita que se realize, sem redução do texto normativo, o controle de sua constitucionalidade. Fica vedado, contudo, ao Judiciário colocar normas em vigor, restando-lhe apenas a tarefa de afastar da vigência aquelas leis que contrariem formalmente as normas superiores do ordenamento jurídico.

No mesmo contexto, Canotilho (1993, p. 1.112) pontua:

Os limites são a letra da lei e a vontade do legislador de forma a consagrar a separação dos Poderes, a preferência é para que o legislador concretize a Constituição e não o judiciário, pois dessa forma atuaria como legislador positivo.

Assim, a nosso ver, *a contrario sensu*, o desrespeito aos limites do método em apreço conduziria à transformação da interpretação da lei conforme a Constituição em uma interpretação da Constituição conforme a lei.

Bonavides (1996) sustenta que, em tais situações, estar-se-ia diante do efeito negativo da interpretação conforme a Constituição, já que esta possuirá natureza constitutiva, pois, nesses casos, o Judiciário atuaria como legislador positivo, afrontando a separação dos Poderes e, conseqüentemente, violando a CF. Com a mesma preocupação, Canotilho (1993, p. 236-237):

Começa por partir da ideia de uma constituição entendida não só como espaço normativo aberto, mas também como campo neutro, onde o legislador iria introduzindo sutilmente alterações. Em segundo lugar, não é a mesma coisa considerar como parâmetro as normas hierarquicamente superiores da Constituição Federal ou as leis infraconstitucionais. Em terceiro lugar, não deve afastar-se do perigo de a Interpretação da Constituição Federal de acordo com as leis ser uma interpretação inconstitucional, quer porque o sentido das passadas ganhou um significado completamente diferente na Constituição quer porque as leis novas podem elas próprias ter introduzido alterações de sentido inconstitucionais. Teríamos, assim, a legalidade da Constituição a sobrepor-se a constitucionalidade das leis.

Desse modo, não se pode perder de vista o objetivo desse método, que é a preservação do conteúdo normativo e consequente fixação de seu sentido constitucional, preservando e reafirmando a separação dos Poderes, o que no dizer de Bonavides (1996) seria o efeito positivo de natureza declaratória da interpretação conforme a Constituição. No mesmo sentido, Cruz e Sampaio (2001), ao se utilizar de uma metáfora francesa, salienta que esse método tem por escopo a fixação do sentido constitucional da norma, após a retirada do “veneno” da disposição normativa.

Sobre o tema, Canotilho (1993, p. 230) leciona:

1º A interpretação conforme só é legítima quando existe um espaço de decisão aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a Constituição Federal que devem ser preferidas, e outras em desconformidades com ela.

2º No caso de se chegar a um resultado interpretativo de uma norma jurídica em inequívoca contradição com a lei inconstitucional, impõe-se a rejeição, por inconstitucionalidade, dessa norma, proibindo-se a sua correção pelos tribunais.

3º A interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta em contradição com o sentido literal da lei ou em manifesta dissintonia com os objetivos pretendidos pelo legislador.

Na mesma batida, é a jurisprudência do Supremo, como se denota na Representação de Inconstitucionalidade nº 1417-7 – DF (*apud* ANJOS, 2013, p.3).

[...] A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo.

Escorando-se nos excertos *ut supra*, conclui-se que a interpretação conforme a Constituição só é legítima quando há um espaço de decisão, isto é, quando a norma é plurissignificativa, devendo ser realizada de forma a não se afastar do sentido literal da lei. Ou seja, se está escrito “branco”, o Judiciário não pode interpretar “amarelo”. Tampouco poderia alijar os objetivos pretendidos pelo legislador,<sup>5</sup> os quais, por óbvio, não seriam sua vontade subjetiva, mas sim os objetivos fundamentais que se extraem da norma.

Entretanto, em situações extremas, a separação dos poderes poderia ser sacrificada com o intento de manter o equilíbrio de competência entre os Poderes. Por todos, Bonavides (1996, p. 477) sustenta essa possibilidade “quando os juízes ou tribunais deixam de examinar aquilo que o legislador regulou para versarem aquilo que ele poderia ter regulado como assinala Helmnt Simon.”

Por fim, pode-se dizer que, em regra, ainda que se consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais sem o respeito dessas diretrizes, não será possível a utilização dessa metodologia, pois se necessária for a transformação do texto não será caso de salvá-lo, mas de declará-lo inconstitucional.

#### **4 Interpretação conforme a Constituição *versus* declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto**

Em que pese o STF em diversos julgados<sup>6</sup> aproximar os institutos em destaque, procurar-se-á com embasamento na doutrina diferenciá-los, já que a semelhança com que são tratados pela jurisprudência dificulta esse desiderato.<sup>7</sup>

A interpretação conforme a Constituição não se confunde com a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, já que a primeira procura fixar o sentido constitucional da norma, enquanto que a segunda tem por escopo fixar o sentido inconstitucional. Nesses termos, assevera Tavares (2006, p. 243):

---

5 Conforme Appio (2002), a busca pelo espírito da vontade do legislador seria uma utopia na realização de uma interpretação conforme a Constituição, pois não se poderia desconsiderar o fato de que, em qualquer interpretação, existiria uma fusão de horizontes entre o texto interpretado e seu intérprete, de forma que a concepção de mundo e pré-compreensões da norma que se pretendia interpretar seria sempre levada em consideração pelos intérpretes.

6 *Vide*, por todas, as ADIs nº 1.127-8, nº 1.344 e nº 1.600-8.

7 Cabe, todavia, destacar que Tavares (2006) assinala pela modificação do entendimento do Supremo no sentido de afastar e realçar a diferença dos institutos, citando a título de exemplo a medida liminar da ADI nº 491.

Na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto existe efetivamente uma parcela da norma que é inconstitucional e nula. No caso da interpretação conforme, a norma dá ensejo a uma interpretação que a tornaria nula e que por isso é afastada, para declarar-se ao final, a constitucionalidade da mesma.

Mendes (2007), ao tratar da natureza jurídica da interpretação conforme a Constituição – método de interpretação ou técnica de decisão –, colaciona os dois entendimentos doutrinários vigentes. Aduz que a primeira vertente equipara a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto com a interpretação conforme a Constituição, desde que esta seja considerada sob seu aspecto negativo (caráter cassatório).

Tal entendimento procura justificativa na orientação de que se a coisa julgada de uma decisão fosse determinada apenas segundo os princípios da decisão de rejeição, seria necessário reconhecer a interpretação conforme com seus objetivos, eis que não impediria a aplicação da norma segundo a interpretação considerada.

A segunda vertente doutrinária prima pela diferença dos institutos, buscando sua justificativa no magistério de Bryde (*apud* MENDES, 2007, p. 294-295):

Seria admissível que o Tribunal censurasse determinada interpretação por considerá-la inconstitucional. Isto resultaria, porém, da proximidade entre a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e a interpretação conforme à Constituição. A semelhança de efeitos dos dois instrumentos não altera a fundamental diferença existente entre eles. Eles somente poderiam ser identificados se se considerasse a interpretação conforme à Constituição não como regra normal de hermenêutica, mas como um expediente destinado a preservar “leis inconstitucionais”. Não se tem dúvida, outrossim, de que, a Corte Constitucional utiliza, muitas vezes, a interpretação conforme à Constituição com esse desiderato. É certo, também, que, nesses casos, mais adequada seria a pronúncia da declaração de nulidade parcial sem redução de texto. Se utilizada corretamente, a interpretação conforme à Constituição nada mais é do que interpretação da lei (*Gesetzesauslegung*), uma vez que qualquer intérprete está obrigado a interpretar a lei segundo as decisões fundamentais da Constituição.

Consoante a lição de Bryde (*apud* MENDES, 2007), na interpretação conforme a Constituição se está diante de uma técnica de interpretação, enquanto que na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto se está diante de uma técnica de decisão.

Entretanto, tal distinção não é utilizada pela jurisprudência do STF, já que, por vezes, empresta a interpretação conforme a Constituição a natureza jurídica de técnica de decisão. Por todas, reitera-se a citada Representação nº 1417-7 – DF, relatada por Moreira Alves (ANJOS, 2013, p. 2): “[...] O princípio da interpretação conforme a constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) é princípio que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação.”

O terceiro vetor de desencontro entre os métodos, conforme parte da doutrina, fundada no primor técnico da distinção, é aquele que avalia o resultado do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade. Na interpretação conforme a Constituição, o julgamento seria de improcedência, enquanto na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto estaríamos diante de uma decisão parcialmente procedente.

Contudo, conforme Barroso (1999), ao que parece, mais uma vez, esse não vem sendo o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, que por diversas vezes não segue a distinção teórica proposta pela doutrina, conforme se observa, por exemplo, na ADI nº 581 – DF. Nessa ação, o Pretório Excelso, com base na interpretação conforme a Constituição, decidiu pela parcial procedência do feito.

Em suma, apesar das distinções doutrinárias referentes aos métodos analisados, quer nos parecer que o STF os adota como modelos híbridos, porquanto não *prima*, em determinados julgados, por suas diferenças.

## **5 Interpretação conforme a Constituição em sede de ação direta de inconstitucionalidade**

Inicialmente, por delimitação do assunto, partiremos do pressuposto de que a interpretação conforme a Constituição se desenvolve, precipuamente, em sede de controle concentrado pela via de ação.

No entanto, isso não significa dizer que descuramos dos pronunciamentos do STF, em sede de controle difuso, exarado nos julgamentos dos mandados de injunção nº 670,<sup>8</sup> nº 721<sup>9</sup> e nº 943.<sup>10</sup>

Tais decisões, inclusive, permitem-nos perceber que o Pretório Excelso poderia se utilizar da interpretação conforme a Constituição, mesmo em sede de ADI por omissão, superando a restrição clássica da doutrina de que nessa via não existiria a norma infraconstitucional a ser interpretada.

Porém, há que se obter perar que tal situação se justificaria como *ultima ratio*, ensejando, ainda, o apontamento, como nos julgados citados, de qual seria a norma aplicada ao caso concreto pelo STF, o que não abala, em meu sentir, a regra geral *ut supra*.

Feitos esses registros, passamos a esmiuçar a interpretação conforme a Constituição em sede de ADI.

A interpretação conforme a Constituição, enquanto técnica de julgamento na ADI, é realizada precipuamente pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a dicção do artigo 102, I, a, da CF,<sup>11</sup> permitindo quatro possibilidades de *decisium*.

O primeiro ocorre quando a interpretação conforme a Constituição é utilizada com o rigor que a técnica lhe exige, isto é, como técnica de interpretação. Nesses casos, só é possível um tipo de decisão, qual seja, salvar o ato normativo da declaração de nulidade mediante a fixação do seu sentido constitucional. Sendo assim, o Supremo julgaria improcedente a ação, declarando que é constitucional o ato impugnado, desde que aplicado com a interpretação que ele definiu.

Em outras palavras, seria o efeito positivo ressaltado por Bonavides (1996), em que a decisão terá natureza declaratória sem implicar necessariamente que todas as demais possibilidades interpretativas sejam declaradas inconstitucionais.<sup>12</sup>

---

8 Analisou-se o direito de greve dos servidores públicos. O STF aplicou a teoria concretista com efeito geral preconizada por Vicente Greco, dizendo qual norma se aplicaria ao caso concreto (Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989).

9 Diante da omissão legislativa relativa ao parágrafo 4º do art. 40 da CF, que confere o direito à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre, a Corte adotou como parâmetro, para a aposentadoria de uma trabalhadora que atuava em condições de insalubridade, o sistema do Regime Geral de Previdência Social (art. 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada.

10 Prevê a aplicação dos parâmetros da Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011, aos mandados de injunção ajuizados antes de sua edição.

11 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal

12 Vide as representações nº 948-SE e nº 1.389-RJ (ANJOS, 2013).

Todavia, quando a interpretação conforme é conjugada com a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, surgem três novas possibilidades, as quais Moraes (2008, p. 17-18) retrata com maestria:

1ª Interpretação conforme com redução de texto: essa primeira hipótese ocorrerá quando for possível, em virtude da redação do texto impugnado, declarar a inconstitucionalidade de determinada expressão, possibilitando, a partir dessa exclusão de texto, uma interpretação compatível com a constituição federal.

2ª Interpretação conforme sem redução de texto, conferindo à norma impugnada uma determinada interpretação que lhe preserve a constitucionalidade: nessas hipóteses, salienta o Pretório Excelso, “quando, pela redação do texto no qual se inclui a parte da norma que é atacada como inconstitucional, não é possível suprimir dele qualquer expressão para alcançar essa parte, impõe-se a utilização da técnica de concessão da liminar para a suspensão da eficácia parcial do texto impugnado sem a redução de sua expressão literal, técnica essa que se inspira na razão de ser da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto em decorrência de este permitir interpretação conforme a constituição.”

3ª Interpretação conforme sem redução de texto, excluindo da norma impugnada uma interpretação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade: nesses casos, o Supremo Tribunal Federal excluirá da norma impugnada determinada interpretação incompatível com a Constituição Federal, ou seja, será reduzido o alcance valorativo da norma impugnada, adequando-a a Carta Magna. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal.

Assinala o constitucionalista que a jurisprudência do STF se inclina no mesmo sentido. Prova disso seriam as ADIs nº 1.127-8, nº 1.344 e nº 1.600-8, referindo-se, respectivamente, às três hipóteses destacadas.

Em adendo, registramos que, com o advento da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, não há mais espaço para dúvidas sobre o efeito vinculante da interpretação conforme a Constituição em sede de ADI, já que o art. 28, parágrafo único,<sup>13</sup>

---

13 “Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do *Diário da Justiça* e do *Diário Oficial da União* a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

da Lei *ut supra* pacificou o entendimento de que em casos como esses os efeitos serão *erga omnes, ex tunc* e vinculante.

Diante disso, amarrado nos excertos transcritos, ousamos dissentir do posicionamento da doutrina tradicional, que entende ser a interpretação conforme a Constituição mera técnica de interpretação. Filiamos-nos ao posicionamento do Supremo, que empresta a esse método natureza jurídica híbrida, isto é, de modelo interpretativo e de técnica de decisão (ADI 581- DF), por entendermos que, desde que sejam respeitados os limites outrora traçados, seja a orientação que, além de ampliar a irradiação da Constituição aos demais ramos do Direto, impede a atrofia do Estado Democrático de Direito.

## 6 Conclusão

A interpretação conforme a Constituição, que teve seu surgimento com base em arestos da Corte Constitucional de Karlsruhe, na Alemanha, como modelo interpretativo, objetiva preservar o ato normativo como expressão do *favor legis*, funcionando como um instrumento de segurança jurídica contra as declarações precipitadas de invalidade da norma, podendo, ainda, como técnica de julgamento, não só extrair um sentido da lei, mas, sobretudo proceder a uma redução ou mesmo a uma ampliação da eficácia da norma legal, segundo a Carta Magna.

Tal método só se legitima quando há um espaço de decisão, de forma a permitir a atuação do intérprete, encontrando seus limites na própria letra da lei e na vontade inspiradora do legislador na sua elaboração, já que ao Judiciário não é dada a prerrogativa de atuar como legislador positivo, sob pena de ofensa ao art. 2º da CF.

Tais limitações se justificam, na medida em que impede a transformação da interpretação da lei conforme a Constituição numa interpretação da Constituição conforme a lei, o que levaria a legalidade da Constituição a sobrepor-se a constitucionalidade das leis.

A despeito do entendimento doutrinário de Bryde, no sentido de que a interpretação conforme a Constituição não se confundiria com a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, nota-se que tal distinção não

é levada a cabo, com o rigor que a doutrina exige, pelo STF, porquanto em seus julgados o Pretório Excelso empresta à interpretação conforme a Constituição uma natureza jurídica híbrida, qual seja, de técnica de decisão e método interpretativo, aproximando-o, por vezes, da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Pode-se dizer que, quando o STF prima pelo rigor que a metodologia lhe exige, a ADI é julgada improcedente (técnica de interpretação). De outra sorte, quando se combina a interpretação conforme a Constituição com a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, a ADI é julgada parcialmente procedente (técnica de decisão).

Diante dessas considerações, ousamos dissentir do posicionamento da doutrina tradicional, que entende ser a interpretação conforme a Constituição mera técnica de interpretação. Perfilhamo-nos ao posicionamento do Supremo, que empresta a esse método natureza jurídica híbrida, isto é, de modelo interpretativo e de técnica de decisão (ADI 581 – DF), por entendermos que, desde que sejam respeitados os limites outrora traçados, essa orientação, além de ampliar a irradiação da Constituição aos demais ramos do Direito, impede a atrofia do Estado Democrático de Direito.

## Referências

- ANJOS, Luís H. M. **A interpretação conforme a constituição enquanto técnica de julgamento do Supremo Tribunal Federal**. 2013. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15728-15729-1-PB.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2013.
- APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação conforme a Constituição: Instrumentos de Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2002.
- BARROSO, Luís R. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BASTOS, Celso R. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, José J. G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CRUZ, Álvaro, R. S. de; SAMPAIO, José A. L. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1997.

MENDES, Gilmar F. **Diretos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Editora, 1999.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1987. t. II.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

TAVARES, André, R. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva 2006.

VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

# **A Participação das Cooperativas nas Licitações Públicas: análise à luz da doutrina, da jurisprudência e da legislação, incluída a nova Lei de Cooperativas de Trabalho (Lei nº 12.690, de 2012)**

**Fernanda Mesquita Ferreira\***

*1 Introdução. 2 Breve histórico. 3 Conceito e características das cooperativas. 4 Da suposta violação ao princípio da isonomia. 5 Encargos próprios das cooperativas. 6 Da terceirização. 7 Da terceirização de cooperativas pela Administração Pública. 8 Conclusão.*

## **Resumo**

Pretende analisar, à luz da doutrina, da jurisprudência e da legislação, a participação das cooperativas nas licitações públicas, notadamente diante das recentes alterações promovidas pelas leis nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, e nº 12.690, de 19 de julho de 2012. Ao longo do trabalho, busca-se distinguir, por meio da análise de seus requisitos legais, as cooperativas legitimamente constituídas daquelas fraudulentas e as consequências da contratação irregular das falsas cooperativas. Por fim, procura concluir a importância da terceirização nas sociedades modernas, inclusive para garantir a eficiência na Administração Pública, destacando-se a terceirização por meio de cooperativas.

---

\* Procuradora-Chefe da Fundação Biblioteca Nacional. Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduada em Direito do Estado e da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro (FGV-RIO).

**Palavras-chave:** Sociedades cooperativas. Terceirização. Licitação pública. Princípio da isonomia.

### *Abstract*

*This article intends to analyse, based on the doctrine, jurisprudence and legislation, the participation of cooperatives societies in public biddings, notably after the recent alterations produced by Laws nº 12.349/2010 and 12.690/2012. Based on the argument that cooperatives societies don't have the same obligations than other commercial societies, part of the doctrine defends that their participation in public biddings would violate the principle of equality. Along the article, it is intended to distinguish, by analyzing their legal requeriments, legitimate cooperatives from fraudulent ones, that mask a subordinated work relation, and its consequences. At last, it is possible to conclude the importance of outsourcing in modern societies, including the efficiency's warranty in public administration, in special by the outsourcing of cooperatives societies.*

**Keywords:** Cooperatives societies. Outsourcing. Public bidding. Principle of equality.

## 1 Introdução

Por meio do presente artigo, pretende-se levantar um tema discutido há bastante tempo na doutrina e na jurisprudência pátrias e, até hoje, motivo de divergência: a participação das sociedades cooperativas nas licitações públicas.

Em que pese o tema não ser novo, novos contornos na legislação reacenderam a discussão: com o advento da Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, que deu nova redação ao art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, houve pela primeira vez expressa menção à vedação de condições restritivas à participação de sociedades cooperativas nos editais de licitação pública. Mais recentemente, a Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, previu que a cooperativa de trabalho não poderá ser impedida de participar de licitação pública que tenha por escopo serviços previstos em seu objeto social.

Até então, a participação das sociedades cooperativas nas licitações era defendida com base nos art. 5º, XVIII, e 174, § 2º, da Constituição Federal e na interpretação restritiva do art. 9º da Lei nº 8.666, de 1993, que, ao arrolar as pessoas vedadas de participar em licitações, não fez menção às cooperativas.

O Termo de Conciliação Judicial celebrado em 2003 entre a União Federal, representada pela Advocacia-Geral da União, e o Ministério Público do Trabalho, homologado pelo juiz da 20ª Vara do Trabalho de Brasília, nos autos do Processo nº 1082-2002-020-10-00-0, estabeleceu expressamente que a União deveria se abster de contratar trabalhadores, por meio de cooperativas de mão de obra, para a prestação de serviços ligados a suas atividades-fim ou meio, quando o labor, por sua própria natureza, demandasse execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, quer em relação ao fornecedor dos serviços.

A partir de então, a Administração Pública Federal, por orientação da Advocacia-Geral da União, passou a prever em seus editais cláusulas restritivas à participação de cooperativas de mão de obra para os serviços que envolvessem trabalho subordinado. De início, as cooperativas passaram a impugnar tais cláusulas, alegando violação ao princípio da isonomia e restrição de competitividade, que acabaria por interferir na busca pela contratação mais vantajosa.

No entanto, a jurisprudência logo se posicionou pela validade do Termo de Conciliação Judicial, considerando que uma das características principais das cooperativas é a ausência de vínculo de subordinação entre os cooperados, e, portanto, eventual contratação de cooperativa (neste caso, de uma falsa cooperativa) geraria sério risco de condenação da Administração Pública por encargos trabalhistas e previdenciários.

Note-se que o risco de condenação da Administração Pública decorre da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho (TST) nº 331, publicada originalmente em 21/12/2003, que previa em sua redação original a responsabilidade subsidiária do tomador do serviço pelas obrigações trabalhistas inadimplidas, incluindo-se os entes públicos, a despeito do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993, que teve sua constitucionalidade declarada recentemente no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16, em 24/11/2010.

Após o julgamento da ADC nº 16 pelo Supremo Tribunal Federal, o TST teve de adaptar a redação de sua súmula para não violar flagrantemente o referido

dispositivo legal, passando a prever que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública na condição de tomadora de serviço fica condicionada à demonstração de sua falha na fiscalização do contrato.

Como se vê, mesmo após a alteração da Súmula do TST nº 331, a Administração Pública não está completamente livre de uma condenação trabalhista em razão de serviços prestados por empresas terceirizadas. Aliás, diga-se de passagem, assim não poderia deixar de ser, em razão do princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Ora, se no caso de uma sociedade empresarial, que tem por obrigação legal pagar as verbas trabalhistas para seus empregados, a Administração Pública, na condição de tomadora de serviço, correrá o risco de responsabilidade subsidiária, em caso de falha na fiscalização do contrato, o que se dirá quanto a uma suposta cooperativa de trabalho em que não há vínculo trabalhista entre os cooperados?

Por esse motivo, passamos a analisar a seguir a origem do cooperativismo no Brasil, o conceito e as características das sociedades cooperativas, além do próprio instituto da terceirização, para depois avaliarmos os variados aspectos da participação das cooperativas nas licitações públicas.

## 2 Breve histórico

No Brasil, as cooperativas surgiram no início do século XX, em conjunto com o movimento sindical. O Decreto nº 1.637, de 5 de janeiro de 1907, em seu art. 10, previa que

As sociedades cooperativas, que poderão ser anônimas, em nome coletivo ou em comandita, são regidas pelas leis que regulam cada uma destas formas de sociedades, com as modificações estatuídas na presente lei. (BRASIL, 1907)

O Decreto nº 22.239, de 19 de dezembro de 1932, que regulamentava o referido Decreto nº 1.637, de 1907, foi revogado posteriormente pelo Decreto-Lei nº 59, de 21 de novembro 1966. Mais tarde, a Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que define a política nacional de cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, revogou o Decreto-Lei nº 59, de 1966.

Vale ressaltar que a Constituição Federal (CF) de 1988 não apenas tratou das cooperativas, como também previu regras para incentivá-las. O art. 5º, XVIII, CF, prevê que “a criação de associação e, na forma da lei, a de cooperativas, independe de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.” (BRASIL, 1988)

No art. 146, III, c, da CF, há previsão de que lei complementar dará tratamento adequado tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas. Já o art. 174, § 2º, da CF prevê que a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo (BRASIL, 1988).

Em que pese uma dúvida inicial sobre a recepção da Lei nº 5.764, de 1971, pela Constituição Federal, a doutrina parece ter se posicionado de forma positiva, com exceção de normas intervencionistas do Estado, que antes pareciam prevalecer.

A Recomendação nº 127 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1966, que tratava das cooperativas de trabalho, foi substituída pela Recomendação nº 193, de 2002, sobre a promoção de cooperativas, que considera a cooperativa, no inciso I, item 2, “associação autônoma de pessoas que se unem voluntariamente para atender a suas necessidades e aspirações comuns, econômicas, sociais e culturais, por meio de empreendimento de propriedade comum e de gestão democrática.” (OIT, 2002)

Por fim, foi editada a Lei nº 12.690, de 2012, que dispõe sobre a organização e o funcionamento das cooperativas de trabalho.

### **3 Conceito e características das cooperativas**

Segundo o professor Sérgio Pinto Martins (2011, p. 89), a cooperativa é “a sociedade de pessoas que têm por objetivo a organização de esforços em comum para a consecução de determinado fim.” Não há vínculo de subordinação entre os cooperados, mas um regime de cooperação.

Vale ainda destacar o conceito legal da sociedade cooperativa, bem com suas principais características, previstas nos art. 3º e 4º da Lei nº 5.764, de 1971:

Art. 3º Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.

Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:

I – adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços;

II – variabilidade do capital social representado por quotas-partes;

[...]

IX – neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social;

X – prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa;

XI – área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços. (BRASIL, 1971)

De uma primeira leitura dos art. 3º e 4º da Lei nº 5.764, de 1971, poder-se-ia até cogitar que a cooperativa não teria possibilidade de prestar serviços a terceiros, tendo em vista que deveriam se dedicar a uma atividade econômica de proveito comum, sem objetivo de lucro. Tais dispositivos refletem o chamado princípio da dupla qualidade, pelo qual o cooperado é, ao mesmo tempo, sócio e destinatário dos serviços da cooperativa.

No entanto, esta impressão logo cai por terra, com a interpretação conjugada de outros artigos do mesmo diploma legal, a saber:

Art. 5º As sociedades cooperativas poderão adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, assegurando-se-lhes o direito exclusivo e exigindo-se-lhes a obrigação do uso da expressão cooperativa em sua denominação.

[...]

Art. 86. As cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e esteja de conformidade com a presente Lei. (BRASIL, 1971)

Ademais, não se pode esquecer a regra de hermenêutica prevista no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942): “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” (BRASIL, 1942). Aliás, diga-se de passagem, tal regra não se aplica apenas ao juiz, mas a qualquer intérprete do direito.

Considerando-se, portanto, o grande apelo social na formação das sociedades cooperativas, que se mostram, na prática, como uma alternativa ao desemprego, no contexto de um mundo globalizado, em que nem o Estado, tampouco o mercado, conseguiu resolver o problema da pobreza e da desigualdade, não há como ter o pensamento pequeno de se restringir o intercâmbio aos cooperados.

Note-se que os art. 87 e 111 da Lei nº 5.764, de 1971, também reforçam a possibilidade de as sociedades cooperativas prestarem bens e serviços a terceiros, por meio dos chamados “atos não cooperativos”, bem como preveem a incidência de tributos sobre tais operações:

Art. 87. Os resultados das operações das cooperativas com não associados, mencionados nos artigos 85 e 86, serão levados à conta do “Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social” e serão contabilizados em separado, de molde a permitir cálculo para incidência de tributos.

Art. 111. Serão considerados como renda tributável os resultados positivos obtidos pelas cooperativas nas operações de que tratam os artigos 85, 86 e 88 desta Lei. (BRASIL, 1971)

Para sacramentar a questão e afastar qualquer dúvida sobre a possibilidade de as cooperativas celebrarem contratos com terceiros, a Lei nº 8.949, de 9 de dezembro de 1994, acrescentou um parágrafo único no art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), atualmente revogado pela nova Lei de Cooperativas de Trabalho (Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012), a saber:

Art. 442. Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Parágrafo único. Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre eles e os tomadores de serviços daquela. (BRASIL, 1994)

Vale registrar que a nova Lei de Cooperativas de Trabalho – Lei nº 12.690, de 2012, elencou os princípios e valores das cooperativas de trabalho, em seu art. 3º, que não destoa das características acima apontadas.

De acordo com a doutrina, as cooperativas podem ser classificadas nos seguintes moldes: de consumo, de produção, de crédito e de trabalho. Esta última também é chamada de cooperativa de mão de obra.

A cooperativa de consumo possui como objetivo o fornecimento de artigos de consumo normalmente a preços mais acessíveis. Já a cooperativa de produção tem por finalidade levar a produção para outros locais, sem a presença de intermediários, como as cooperativas de produção agropecuárias criadas no Brasil para promover os assentamentos dos sem-terra. Enquanto a cooperativa de crédito se propõe a ofertar crédito, a cooperativa de trabalho visa a prestar serviços em geral.

Nesse sentido, a Lei nº 12.690, de 2012, em seu art. 2º, apresentou a seguinte definição para cooperativa de trabalho, interligando-a com seus fins sociais:

Art. 2º Considera-se Cooperativa de Trabalho a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho. (BRASIL, 2012)

Note-se que o art. 4º da Lei nº 12.690, de 2012, apresenta uma classificação diferenciada para as cooperativas de trabalho, distinguindo-as entre as de produção e as de serviço, *in verbis*:

Art. 4º A Cooperativa de Trabalho pode ser:

I – de produção, quando constituída por sócios que contribuem com trabalho para a produção em comum de bens e a cooperativa detém, a qualquer título, os meios de produção;

e II – de serviço, quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego. (BRASIL, 2012)

Como se vê, a nova classificação legislativa não chega a desvirtuar a classificação apontada originariamente pela doutrina, já que tanto as cooperativas de produção como as de serviço destinam-se à prestação de serviços em geral, seja por meio da produção de um bem, seja pela prestação do serviço em si, com a finalidade precípua de melhorar as condições sociais de seus cooperados.

#### 4 Da suposta violação ao princípio da isonomia

Em razão de as sociedades cooperativas receberem suposto tratamento tributário especial da Lei nº 5.764, de 1971, a doutrina diverge até hoje sobre a violação do princípio da isonomia quando da participação delas nas licitações públicas.

O princípio da isonomia nas licitações públicas tem previsão constitucional, o que reflete a importância da garantia do livre acesso a todos que pretendam concorrer ao objeto licitado, proporcionando-se assim maior competitividade e, conseqüentemente, uma contratação mais vantajosa para Administração Pública.

Dispõe o art. 37, XXI, da CF:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante **processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988) (Grifei)

No entanto, há que se perquirir o sentido da isonomia nas licitações públicas. A isonomia visa a garantir a participação de todos os interessados, que terão direito a se submeter a um procedimento adequado e prévio de seleção, o qual

não poderá ter restrição despropositada ao objeto pretendido. Não quer isso dizer que a Administração não possa dar tratamento diferenciado aos licitantes, até mesmo porque selecionar uma proposta significa diferenciar uma em relação às demais.

Para melhor esclarecer o alcance do princípio da isonomia nas licitações públicas, destacamos abaixo um trecho da obra do professor Marçal Justen Filho (2010, p. 69-70):

Há um equívoco em supor que a isonomia veda a diferenciação entre os particulares para contratação com a Administração. É da essência da licitação a adoção de tratamento diferenciado entre os particulares. Assim se impõe porque a licitação conduz à seleção de um ou de alguns dos potenciais interessados.

E prossegue o autor, citando o estudo do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Igualdade não significa invalidade de todo e qualquer tratamento discriminatório. A discriminação entre situações pode ser uma exigência inafastável para atingir-se a igualdade. Nesse caso, o tratamento uniforme é que seria inválido, por ofender a isonomia. Seguindo raciocínio de Celso Antônio, a discriminação é admissível quando presentes três elementos: a) existência de diferenças efetivas e reais nas próprias situações de fato que serão reguladas pelo Direito; b) correspondência (adequação) entre tratamento discriminatório e as diferenças existentes entre as situações de fato; c) correspondência (adequação) entre os fins visados pelo tratamento discriminatório e os valores jurídicos consagrados pelo ordenamento jurídico. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 69-70)

Como se vê, é possível estabelecer discriminação no ato convocatório desde que a diferenciação seja proporcional ao objeto licitado e às situações de fato, bem como nos casos em que a licitação seja utilizada para promover fins sociais constitucionalmente almejados, tal como se dá com as microempresas e empresas de pequeno porte, por força da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e também com as sociedades cooperativas, de acordo com a Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007.

A despeito disso, é possível encontrar diferentes posicionamentos doutrinários sobre a participação das sociedades cooperativas nas licitações e a respectiva violação ao princípio da isonomia. O professor Jorge Ulysses Jacoby Fernandes (2009, p. 468) defende a vedação da participação de cooperativas nas licitações, por entender que haveria afronta ao princípio da isonomia, a saber:

Se tudo isso já não bastasse para impedir a participação de cooperativas no certame promovido, ainda é importante ressaltar que a sua participação acarretaria, certamente, concorrência desleal, frustrando o caráter competitivo do pregão, em total violação ao disposto na Lei nº 8.666/93, pois, diferentemente das empresas prestadoras de serviços, elas podem oferecer preços bem mais em conta, já que não tem que arcar com encargos trabalhistas.

Outra corrente, citada na obra dos professores Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti (2012, p. 132), admite a participação de cooperativas nas licitações, mas entende que é necessário um procedimento especial em relação a elas, subdividindo-se em três situações distintas, a saber:

a) deve-se exigir documentação especial referente à habilitação jurídica (art. 28 da Lei nº 8.666/93), de modo que seja demonstrada, ao menos formalmente, a constituição regular da cooperativa em consonância com suas características básicas definidas na Lei nº 5.764/71; b) deve proceder-se à equalização das propostas, por analogia à situação prevista no art. 42, § 4º, da Lei nº 8.666/93, tendo em vista respeitar a isonomia entre as licitantes; c) a proposta de cooperativa deve ser acrescida, para efeito único de julgamento, de 15% em face da contribuição previdenciária diferenciada prevista na Lei nº 8.212/91.

A corrente majoritária, com a qual nos filiamos, defende a participação das cooperativas nas licitações públicas sem qualquer restrição. Este é o entendimento do professor Sidney Bittencourt (2001, p. 65), que expõe com maestria:

A nosso ver, pelos mesmos motivos que fundamentam a impossibilidade de afastamento das cooperativas dos certames, são totalmente descabidas equalizações de propostas em licitações visando a neutralização dos benefícios outorgados às cooperativas pela Constituição e pela norma legal

vigente, porquanto, como já enfatizado, se o princípio é o da livre iniciativa e a Carta Magna estabeleceu estas distinções, não está autorizado o agente público, ao elaborar editais ou julgar recursos, estabelecer distinções, negando esse tratamento beneficiado às cooperativas.

Na jurisprudência, também se verifica a prevalência do entendimento favorável à participação das cooperativas nas licitações públicas sem restrições. Vejamos o acórdão abaixo:

ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA LEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. As sociedades cooperativas podem ter por objeto a prestação de serviços e são empresas igualadas às demais em matéria trabalhista e previdenciária, ficando indemonstrado o fundamento da afirmação de que seus preços não contêm o componente “mais valia”. (TRF 4ª Região, Apelação em Mandado de Segurança 65473, Processo nº 1999.04.01.065473-9, Rel. Juiz Valdemar Capeletti, DJU de 16/2/2000, p. 201)<sup>1</sup>

Note-se que as sociedades cooperativas, excetuando-se as pretensas “cooperativas de mão de obra” que prestam serviços com subordinação e hierarquia, não podem ser afastadas da participação de licitação ou mesmo serem submetidas à equalização de preços, sob pena de, aí sim, ferir-se o princípio da isonomia, notadamente porque eventuais benefícios legais atendem os fins sociais previstos na Constituição.

Parece-nos, inclusive, que a Lei nº 12.690, de 2012, endossou essa posição ao prever no § 2º de seu art. 10 que “A Cooperativa de Trabalho não poderá ser impedida de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social.” (BRASIL, 2012)

Ressalte-se que a lei não condiciona a participação das cooperativas de trabalho nas licitações públicas à equalização de propostas ou à apresentação de documentação especial, sendo suficiente que o objeto da licitação esteja previsto no objeto social da cooperativa.

---

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://www2.trf4.jus.br/trf4>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

## 5 Encargos próprios das cooperativas

Observe-se que a alínea *c* do inciso III do art. 146 da CF e a Lei nº 5.764, de 1971, não implicam, por si só, que os atos praticados pelas cooperativas estejam excluídos da incidência tributária. Cabe à legislação fixar o “adequado tratamento tributário” (BRASIL, 1988).

Vale ainda lembrar que as cooperativas de trabalho estão sujeitas, de acordo com o art. 22, IV, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, ao recolhimento de contribuições ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), sendo o tomador de serviços obrigado a recolher 15% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, a título de contribuição previdenciária (BRASIL, 1991).

Como se vê, a depender da previsão legal, as cooperativas podem possuir encargos semelhantes, quando não idênticos, aos das sociedades empresárias, além de apresentarem outros ônus próprios ao seu regime jurídico, como a constituição de fundos de reserva e de assistência técnica, educacional e social, previstos no art. 28 da Lei nº 5.764, de 1971 (BRASIL, 1971).

Para justamente garantir a aplicação do princípio da isonomia, a legislação não permite, na fase de habilitação, que o edital de licitação exija requisitos de empresas licitantes que a respectiva legislação específica não exija. Considerando-se que as sociedades cooperativas são legítimas, com obrigações legais e tributárias próprias, fruto de uma política social inclusiva, não há sentido em apontar que as vantagens que a caracterizam gerariam, na prática, um impedimento de contratar com o Poder Público.

Dessa forma, não vemos como a Administração Pública se imiscuir nas especificidades de cada tipo de sociedade, bem como de seus encargos legais, para afastá-las da participação das licitações, sob pena de restrição à competitividade. Não cabe ao administrador público desempenhar o papel de fiscal de tributos, mas sim de garantir a contratação mais vantajosa para o ente público, em consonância com o princípio da economicidade e da eficiência.

Ademais, não se pode esquecer que a própria Constituição Federal, no art. 170, IV, elencou a livre concorrência como um dos princípios gerais da atividade econômica, além de conceder incentivos ao cooperativismo (art. 174, § 2º). Portanto, não cumpre à Administração Pública negar o incentivo garantido constitucionalmente às cooperativas (BRASIL, 1988).

Além do respaldo constitucional, pode-se depreender a possibilidade de participação das cooperativas na própria Lei nº 8.666, de 1993, por meio do disposto no art. 28, IV, o qual prevê: “Art. 28 – A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá: [...] IV – inscrição do ato constitutivo, no caso de **sociedades civis...**” (BRASIL, 1993) (Grifei)

Se o art. 4º da Lei nº 5.764, de 1971, prevê que as cooperativas são sociedades de natureza civil, pode-se afirmar que o Estatuto das Licitações também quis garantir a participação delas nas licitações públicas.

Com o fim de promover o debate sobre novas formas de contratação no contexto da administração por resultados, destaca-se a lição do saudoso mestre Marcos Juruena Vilella Souto (2000, p. 252):

Talvez a dificuldade maior seja a de assimilar os novos conceitos de administração por resultados. O Estado moderno deve zelar para que o interesse público seja atendido e os serviços públicos sejam prestados com eficiência e economicidade, não sendo, para tanto, indispensável que sejam executados diretamente por servidores da Administração, naquilo que não exija poder de império ou independência funcional. O processo de reforma do atual quadro exige soluções ainda não sedimentadas na doutrina e na jurisprudência, resultando, daí, críticas ao pioneirismo.

Vale ainda registrar que, assim como se dá com as demais sociedades empresariais, o objeto da licitação deve estar compatível com os fins previstos nos atos constitutivos das cooperativas. Não por outro motivo, a Lei nº 12.690 de 2012, no já mencionado art. 10, § 2º, elencou essa condição como a única restrição à participação das cooperativas nas licitações públicas (BRASIL, 2012).

## 6 Da terceirização

Por terceirização, deve-se entender o fato de as empresas contratarem serviços de terceiros para suas atividades-meio. Pode-se dizer que a origem da terceirização está no combate ao desemprego enfrentado pela sociedade moderna em todo o mundo. As empresas, em busca de diminuir seu custo de produção, notadamente em relação à mão de obra, preferiram se especializar

e, num movimento de desverticalização, delegaram a terceiros os serviços que fugiam à essência do negócio.

Já na Segunda Guerra Mundial as empresas fabricantes de armas, para dar conta da demanda, delegaram os serviços de suporte com o objetivo de aumentar a produção. No Brasil, na década de 1950, a indústria automobilística já terceirizava a fabricação de componentes de veículos, ficando responsável pela montagem final.

Diante do aumento de casos de “locação de mão de obra”, foi editado o Decreto nº 62.756, de 17 de maio de 1968, que teve por objeto a criação das agências de colocação ou intermediação de mão de obra, tornando tal prática lícita. No entanto, a primeira norma que tratou da terceirização, ainda que com outro nome, foi a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que regulou o trabalho temporário.

Note-se que, na terceirização, as empresas desejam contratar mão de obra mais barata, sem burlar os direitos trabalhistas. Afinal de contas, o serviço será prestado por empregado da empresa terceirizada, que deverá ter seus direitos trabalhistas assegurados, ainda que trabalhe para mais de um tomador de serviço.

A questão trabalhista que surge da terceirização decorre das situações em que a empresa contrata empregados por interposta pessoa, já que, nesse caso, haveria uma relação jurídica trabalhista entre o empregado e o tomador do serviço, uma vez presentes os requisitos da hierarquia e da subordinação. Em função disso, o TST editou inicialmente a Súmula nº 256, posteriormente revista pela Súmula nº 331 do TST, nos seguintes moldes:

**Súmula 256 do TST:** Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 3/1/1974 e 7.102, de 20/6/1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

**Súmula 331 do TST: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE** (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/5/2011

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3/1/1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20/6/1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21/6/1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.<sup>2</sup>

## 7 Da terceirização de cooperativas pela Administração Pública

No âmbito da Administração Pública federal, tanto o Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, bem como a instrução normativa do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão IN MPOG/SLTI nº 02/2008, reforçam que somente poderá haver terceirização de serviços considerados como atividades-meio, excluindo a possibilidade para as atividades-fim, salvo disposição legal em sentido contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal da entidade.

Cumprir registrar que não há nenhuma ilegalidade na terceirização de cooperativas, desde que preenchidos os requisitos legais. Não se deve esquecer que o cooperativismo é uma forma de promover o emprego, bem como uma

---

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

opção de redução de custos de empresas. O que não se admite é a contratação de cooperativa para desempenhar serviço que demande trabalho subordinado, pois, nesse caso, a cooperativa desvirtuaria seu próprio objetivo, fraudando direitos trabalhistas.

Parece-nos que essa foi a grande novidade emplacada pela Lei nº 12.690, de 2012, ao prever em seu art. 5º que a cooperativa de trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada, afastando-se, assim, a utilização da cooperativa como instrumento de desvirtuamento da relação empregatícia (BRASIL, 2012).

Nesse sentido, a nova Lei de Cooperativas de Trabalho, em seu art. 17, ainda previu penalidade pecuniária para as cooperativas de trabalho que intermediarem mão de obra subordinada, bem como para os contratantes de seus serviços, sem prejuízo da responsabilidade penal, civil e administrativa cabível e da ação judicial visando à dissolução da cooperativa (BRASIL, 2012).

## 8 Conclusão

Como se vê, mesmo após a nova redação do art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993, e da Súmula TST nº 331, e ainda com o advento da Lei nº 12.690, de 2012, o termo de conciliação judicial celebrado entre a União Federal e o Ministério Público do Trabalho permanece válido. Tal ocorre porque o objetivo desse termo não é afastar toda e qualquer sociedade cooperativa das licitações públicas, mas tão somente aquelas que pretendam prestar serviço que demande trabalho subordinado.

Note-se que para prestarem serviço de caráter subordinado, as sociedades cooperativas estariam violando um dos requisitos legais de sua constituição, qual seja, a autonomia dos cooperados. Na verdade, chega-se à conclusão de que o termo de conciliação judicial pretendeu afastar a participação de falsas cooperativas nas licitações públicas.

Para as demais hipóteses de licitação de serviços que não demandem mão de obra com vínculo de subordinação, não haverá impedimento legal para participação de sociedades cooperativas, já que o serviço será prestado com absoluta autonomia dos cooperados. Aliás, essa previsão vem expressa no

parágrafo primeiro da cláusula terceira do referido termo de conciliação judicial e pode ser depreendida do art. 5º da Lei nº 12.690, de 2012.

Pois bem, ultrapassada a questão da vedação da participação das cooperativas de mão de obra nas licitações cujo objeto demande prestação de serviço com vínculo de subordinação, abordou-se o questionamento da suposta violação ao princípio da isonomia na licitação, em razão de as sociedades cooperativas terem benefícios fiscais e trabalhistas próprios.

Nesse ponto, foi salutar investigar o alcance do princípio da isonomia nas licitações públicas. Não podemos nos ater à ideia simplista de que deve ser dado tratamento igual a todos os licitantes, já que a própria licitação indica que um licitante, ao ser selecionado em detrimento dos demais, receberá tratamento diferenciado.

Vimos que para grandes doutrinadores, como os professores Marçal Justen Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello, os fins sociais justificam um tratamento diferenciado nas licitações, tal como se dá com as microempresas e empresas de pequeno porte (LC nº 123, de 2006), podendo o mesmo raciocínio, a nosso ver, ser estendido às sociedades cooperativas.

Ora, se a própria Constituição Federal prevê que a lei apoiará e estimulará o cooperativismo (art. 174, § 2º), nada mais louvável do que a Administração Pública dê o exemplo e promova procedimentos licitatórios cujo acesso seja livre às sociedades cooperativas legítimas.

As cooperativas não estão sempre isentas de tributação, já que basta que pratiquem ato tipificado na legislação como fato gerador de algum tributo para que o crédito tributário se constitua. Aliás, a jurisprudência sedimentou entendimento de que o art. 146, III, c, da CF não é suficiente para garantir o “tratamento tributário adequado”, cabendo à lei ordinária fixá-lo.

Portanto, se o ordenamento jurídico criou um regime próprio para as sociedades cooperativas, não seria razoável que, justamente por este motivo, tais sociedades pudessem ser alijadas dos procedimentos de licitação para a contratação com o Poder Público. Tal restrição, a nosso ver, afrontaria o princípio da isonomia, previsto no art. 37, XXI, da Constituição Federal.

Felizmente, doutrina e jurisprudência majoritárias entendem que a participação das sociedades cooperativas nas licitações públicas não fere a isonomia e deve ser garantida sem qualquer tipo de equalização de propostas.

Nesse raciocínio, por ter a Constituição consagrado o princípio da livre concorrência (art. 170, IV), bem como assegurado o estímulo às sociedades cooperativas (art. 174, § 2º), não faz sentido o agente público restringir ou obstaculizar a livre participação delas nos certames públicos.

Vimos ainda que a terceirização consiste em um fenômeno mundial de desverticalização da economia, na busca de corte de custos, especialização da produção e busca do pleno emprego. Diante da atual crise do capitalismo e das altas taxas de desemprego, parece-nos um caminho sem volta na economia.

Vale lembrar que a terceirização deve ser incentivada, desde que respeitados os direitos trabalhistas pela empresa prestadora dos serviços. Dessa forma, não vemos como a Administração Pública deixar de terceirizar suas atividades-meio, na forma prevista na legislação (Decreto nº 2.271, de 1997, IN MPOG/SLTI nº 2, de 2008), sob pena de a máquina pública ficar sobrecarregada e ineficiente.

Cumpra à Administração fiscalizar os contratos de terceirização com a devida cautela para evitar a responsabilidade trabalhista subsidiária na forma da nova redação da Súmula TST nº 331. Em função do princípio maior da dignidade da pessoa humana, o que não se pode deixar é o trabalhador, que é a parte mais vulnerável da relação trabalhista, descoberto de suas garantias sociais.

Por fim, em sendo as sociedades cooperativas outro mecanismo social de fomento ao emprego, com acolhimento na Constituição e em estatuto próprio (Lei nº 5.764, de 1971, e Lei nº 12.690, de 2012), nada mais salutar que admitir a terceirização das cooperativas pela Administração Pública, desde que o objeto não exija a prestação de serviços com vínculo de subordinação.

Tal postura está em consonância com o novo conceito de administração por resultados, que busca mais eficiência e economicidade para a prestação dos serviços públicos, delegando-se as atividades-meio a terceirizados e restringindo-se as atividades finalísticas de Estado a servidores públicos concursados ou comissionados.

## Referências

BITTENCOURT, Sidney. **A Participação de Cooperativas em Licitações Públicas**. Rio de Janeiro: Temas & Ideias Editora, 2001.

BORRÉ, Tiago. A Participação das “Cooperativas de Mão-de-Obra” em Licitações Públicas: Limites. **Revista da Advocacia Geral da União**, Brasília, ano IX, nº 24, abr./jun., 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 9 set. 1942. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 1.637, de 5 de janeiro de 1907**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <[http://www.ocb.org.br/site/cooperativismo/arquivos/Decreto1637\\_1907.pdf](http://www.ocb.org.br/site/cooperativismo/arquivos/Decreto1637_1907.pdf)>. Acesso em: 31 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 16 dez. 1971. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.949, de 9 de dezembro de 1994. Acrescenta parágrafo ao art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para declarar a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 de dezembro de 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012. Dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho. 2012. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 20 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação em Mandado de Segurança nº 65473. Processo nº 1999.04.01.065473-9. Relator: Juiz Valdemar Capeletti. **DJU**. 16 fev. 2000. Disponível em: <<http://www2.trf4.jus.br/trf4>>. Acesso em: 1º fev. 2013

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula TST nº 256. Res. 4/1986, DJ. 30 set. 1986. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 1º fev. 2013

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula TST nº 331. Res. 174/2011, DEJT. 30 e 31 mai. 2011. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 1º fev. 2013

FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**, 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Recomendação OIT nº 193, de 3 de junho de 2002.** Genebra, Suíça. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Vilella. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

# A Diferença entre o Dever Intraproposicional e o Dever Interproposicional como o Fundamento Lógico da Diferença entre Erro de Tipo e Erro de Proibição no Direito Penal Econômico

Fernando dos Santos Lopes\*

*1 Introdução. 2 O que é o Direito: 2.1 A diferença lógica entre o que o Direito é e o que se pode fazer com o Direito; 2.2 A hipótese e o fato no Direito; 2.3 A consequência jurídica e a relação jurídica; 2.4 A importância da causa teleológica para a compreensão da ontologia do Direito; 2.5 Explicando o que Kelsen não explicou; 2.6 A regra jurídica como uma generalização prescritiva. 3 A diferença entre erro de tipo e de proibição no Direito Penal Econômico: 3.1 Aplicando essa análise a um caso prático. 4 Conclusão.*

## Resumo

Pretende-se a partir dos fundamentos da contemporânea teoria geral do Direito explicar a diferença entre erro de tipo e erro de proibição no Direito Penal Econômico. Será estabelecida uma distinção entre as regras que constituem os elementos normativos constitutivos do tipo e as regras que constituem aquilo que é proibido pela ordem jurídica. Trata-se, em última instância, da diferença entre o dever intraproposicional e o dever interproposicional. Referida diferenciação além de fornecer luzes sobre a obscuridade que ainda reina em torno da problemática do erro no Direito Penal Econômico, revela um estarrecedor problema de legitimidade desse novo ramo do Direito Penal, ou seja, o de que não são raros os

---

\* Advogado em Curitiba. Associado fundador do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico 800.303-20 (IBDPE). Pós-graduando em criminologia e política criminal pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC).

casos em que se considera que o agente atuou com conhecimento da proibição, quando em concreto sua conduta sequer estava proibida pela ordem jurídica.

**Palavras-chave:** erro de tipo; erro de proibição; direito penal econômico.

### *Abstract*

*The difference between intrapropositional ought and interpropositional ought as the logical fundament of difference between mistake of fact and mistake of law in economic criminal law.*

*This article describes the difference between mistake of fact (“irrtum über Tatumstände”) and mistake of law (“Verbotsirrtum”) in economic criminal law. That will be made with support on fundamentals of contemporary legal theory. It will be established a distinction between the rules that constitute the normative elements of the legal rule (normative Tatbestandsmerkmale) and the rules that define what is prohibited by the legal order. It concerns in ultimately instance about the distinction between intrapropositional ought and interpropositional ought. That distinction will reveal that in many cases the citizen is convicted of a crime, on the supposition that committed that crime with knowledge of the law, in spite of his conduct, in particular, be not prohibited by the legal order.*

*keywords: mistake of fact; mistake of law; economic criminal law.*

## **1 Introdução**

A diferença entre erro de tipo e erro de proibição tem sido considerada uma das questões mais difíceis do Direito Penal Econômico, sobretudo porque nesse âmbito há muitas normas penais em branco cujo complemento é feito por normas emanadas de autoridades administrativas.

Contudo, ousa afirmar que uma das principais causas dessa dificuldade radica na ausência de interdisciplinaridade que infelizmente ainda assola a dogmática penal tradicional.

Nesse sentido, uma diferenciação lógica trabalhada, por exemplo, por Paulo de Barros Carvalho no contexto do Direito Tributário entre dever ser intraproposicional e interproposicional é suficiente para solucionar esse problema que supostamente seria um dos mais difíceis a ser solucionado pela dogmática penal.

Portanto, num primeiro momento, serão expostos alguns fundamentos lógicos e epistemológicos do Direito, a fim de posteriormente expor como a lógica jurídica pode ser utilizada para solucionar essa que tem sido considerada uma das questões mais intrincadas do Direito Penal Econômico.

A partir dessa exposição, será possível constatar que a imensa maioria dos casos de erro no Direito Penal Econômico consiste em erro de tipo, inclusive naqueles casos em que o tipo emana de uma lei penal em branco. O mesmo se diga dos casos em que o tipo é constituído por elementos normativos, sejam eles de sentido, de valor ou, ainda, quando representem um elemento de valoração global do fato, divisível ou indivisível. O resultado prático dessa constatação é impedir que a falta de conhecimento acerca da diferença entre as regras que constituem os elementos normativos do tipo no Direito Penal Econômico (dever ser intraproposicional) e as regras que constituem aquilo que é proibido pela ordem jurídica (dever ser interproposicional) possa atribuir a um sujeito o conhecimento da proibição de uma conduta que sequer é proibida.

## 2 O que é o Direito

Para se chegar próximo a uma resposta para essa intrincada questão, deve-se, em primeiro lugar, reconhecer que os fenômenos físicos não surgem “etiquetados” como fatos jurídicos ou antijurídicos, sendo o ser humano que, partindo de determinados critérios, classifica um fenômeno físico como sendo ou não antijurídico. Um pedaço de terra, portanto, não surge com o nome de seu proprietário. Sendo assim, impende-se reconhecer que, para que um fenômeno possa ser classificado como um fato jurídico ou antijurídico, é necessário que alguém realize um juízo<sup>1</sup> a partir de certos critérios.

---

1 O filósofo da linguagem e da mente John Searle (2007, p. 87) sustenta que quando emitimos essa espécie de juízo estamos atribuindo um *status* para os fenômenos físicos.

Há que se diferenciar, no entanto, entre o fenômeno físico interpretado segundo critérios estritamente linguísticos, que poderia ser, por exemplo, um terreno de 300 m<sup>2</sup>, o fenômeno interpretado segundo critérios econômicos e o fenômeno interpretado segundo critérios jurídicos, tal como explica Paulo de Barros Carvalho:

No âmbito destas investigações, chegaremos à conclusão de que os fatos, assim como toda construção de linguagem, podem ser observados como jurídicos, econômicos, antropológicos, históricos, políticos, contábeis, etc.; tudo dependendo do critério adotado pelo corte metodológico empreendido. Existe interpretação econômica do fato? Sim, para os economistas. Existirá interpretação contábil do fato? Certamente, para o contabilista. No entanto, uma vez assumido o critério jurídico, o fato será, única e exclusivamente, fato jurídico; e claro, fato de natureza jurídica, não econômica ou contábil, entre outras matérias. (CARVALHO, s.d, p. 26)

Ou seja, um terreno de 300m<sup>2</sup> apenas será uma propriedade se o Direito, concebido como “a instituição das instituições” constituir um direito de propriedade sobre ele. Nesse sentido, é necessário diferenciar os fenômenos que acontecem no mundo, ou seja, os objetos da experiência, dos critérios que nos são disponibilizados para interpretar esses mesmos objetos e que orientam o homem quando este constitui o fato jurídico a partir da afirmação de um juízo:

Jürgen Habermas trabalha com a distinção entre fatos e objetos da experiência. Os fatos seriam os enunciados linguísticos sobre as coisas e os acontecimentos, sobre as pessoas e suas manifestações. Os objetos da experiência são aquilo acerca do que fazemos afirmações, aquilo sobre que emitimos enunciados. Deriva dessas observações que o *status* dos fatos é diferente do *status* dos objetos a que se referem. Con los objetos hago experiencias, los hechos los afirmo; no puedo experimentar hechos ni afirmar objetos (o experiencias con los objetos). (CARVALHO, 2005, p. 358)

Destacando o papel constitutivo da afirmação de um juízo para o surgimento do fato, também se manifesta Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 278):

É preciso distinguir entre fato e evento. A travessia do Rubicão por Cesar é um evento. Mas “Cesar atravessou o Rubicão é um fato”. Quando, pois, dizemos que é um fato que Cesar atravessou o Rubicão conferimos realidade ao evento. “Fato” não é, pois, algo concreto, sensível, mas um elemento linguístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade.

Não é desnecessário notar que a referida distinção entre fatos e objetos da experiência utilizada por Habermas e por Paulo de Barros Carvalho foi originalmente desenvolvida por Peter Strawson, filósofo que em seu célebre artigo *On referring* estabeleceu a diferença entre uma sentença, a elocução de uma sentença e o uso de uma sentença, donde se pode extrair, entre outras coisas, que uma mesma sentença pode ser utilizada para afirmar diferentes proposições:

[...] Nós não podemos falar de sentenças sendo verdadeiras ou falsas, mas somente acerca do fato delas estarem sendo usadas para fazer uma asserção verdadeira ou falsa (ou se preferido) para expressar uma proposição verdadeira ou falsa.<sup>2</sup> (STRAWSON, s.d., p. 326)

De modo mais específico, uma sentença como “João é proprietário de um terreno de 300m<sup>2</sup> localizado na rua X” etc., poderá ser utilizada para a afirmação de diferentes proposições nos mais variados contextos, o que, consoante o que vem sendo dito até o momento, significa que essa mesma expressão poderá ser utilizada para constituir fatos de natureza jurídica diversa. Caso, por exemplo, essa sentença seja utilizada por uma autoridade competente para fazer uma proposição verdadeira, ter-se-á a constituição de um fato jurídico, ou mais especificamente de uma propriedade.

Contudo, é preciso prestar atenção ainda ao fato de que para afirmar uma proposição é necessário, preliminarmente, interpretar os objetos da experiência consoante determinados critérios que, por sua vez, não são autoaplicáveis, uma vez que sua aplicação aos “objetos da experiência” estará condicionada à realização de um ato mental chamado “juízo”. Esse ato humano, por sua vez, poderá ser chamado de um juízo assertivo quando, por exemplo, puder ser consubstanciado na afirmação de que um objeto da experiência (X) (interpretado segundo os critérios (Y)) é um fato (Z).

---

<sup>2</sup> We cannot talk of the sentence being true or false, but only of its being used to make a true or false assertion, or (if this is preferred) to express a true or a false proposition. Tradução livre.

Portanto, uma coisa são os objetos da experiência;<sup>3</sup> outra são os critérios; outra é o juízo; outra é a afirmação que consubstancia o juízo;<sup>4</sup> outra é a expressão utilizada para fazer a afirmação; e, enfim, outra é o processo de aplicação dos critérios aos objetos, o qual, ao culminar no relato do acontecimento pela autoridade competente, constituirá o fato jurídico. Por exemplo, o fato de uma autoridade competente afirmar que João é proprietário de um terreno de 300 m<sup>2</sup> em Curitiba na data de 24/5/2011 constituirá o fato jurídico propriedade.

Tal como se pode ver, um detalhe importante que diferencia um simples fato de um fato jurídico, ou mesmo um fato jurídico de um fato jurídico tributário, são os critérios de interpretação utilizados.

Não é difícil entender, portanto, por que Paulo de Barros Carvalho afirma que um mesmo objeto da experiência pode ser tanto um fato contábil quanto um fato jurídico. Com efeito, se esse objeto for interpretado segundo critérios contábeis, ele será um fato contábil. Por outro lado, se for interpretado pela autoridade competente segundo critérios jurídicos, será um fato jurídico.

O Direito, portanto, pode ser definido preliminarmente como um conjunto de critérios interpretativos cuja aplicação sobre os objetos da experiência dá origem aos fatos jurídicos. Por outro lado, deve-se diferenciar o ser do fazer, ou seja, aquilo que o Direito é daquilo que as pessoas fazem com o Direito.

## 2.1 A diferença lógica entre o que o Direito é e o que se pode fazer com o Direito

Uma vez escolhidos os critérios interpretativos que serão o Direito numa determinada sociedade, surgindo a partir daí a possibilidade de existência dos fatos jurídicos, passa a ser possível também o estabelecimento de regras de

---

3 Importante frisar que o termo “objetos da experiência” não se aplica apenas àquilo que na linguagem ordinária é denominado propriamente como sendo um objeto, mas também a situações e relações intersubjetivas que acontecem no mundo.

4 Não se pode esquecer que afirmar um juízo é realizar um ato de fala. Segundo Austin (1962, p. 94 ss.), um ato de fala pode ser decomposto em três dimensões: locução, ilocução e perlocução. Locução é aquilo que se diz quando se realiza um ato de fala, ou seja, a mensagem transmitida pelo locutor a um ouvinte. Tal mensagem pode ser, por exemplo, a de que no próximo verão eu irei visitar o meu tio. Por sua vez, a ilocução é aquilo que se faz quando se diz algo, ou seja, uma promessa, uma descrição, uma súplica, etc. Enfim, a perlocução é aquilo que se faz por dizer algo, ou seja, os efeitos que são provocados no interlocutor ou mesmo nas ações deste pelas palavras pronunciadas pelo locutor. Por exemplo, se eu disser que irei visitar o meu tio no próximo verão, pode ser que ele desmarque alguns compromissos, fique feliz, ou até mesmo chateado. Para uma aplicação da teoria dos atos de fala no Direito Tributário, consoante a taxonomia desenvolvida por John Searle, confira-se Carvalho (2008).

conduta voltadas a impedir a existência de fatos antijurídicos. Ou seja, a partir da existência do Direito e da conseqüente possibilidade de existência dos fatos jurídicos é que as pessoas podem utilizar o Direito como meio de ordenar as condutas no sentido da abstenção de comportamentos antijurídicos.

Por exemplo, uma vez estabelecidos quais são os critérios que poderão ser utilizados para constituir o significado jurídico do conceito de propriedade, com a conseqüente possibilidade de existência do fato jurídico propriedade, as pessoas passam a ter a possibilidade de criar regras de conduta no sentido de impedir a violação da propriedade. Com efeito, antes de prescrever condutas contra a propriedade, é preciso constituir a propriedade, que, por sua vez, não pode existir antes da escolha dos critérios que representarão o Direito numa determinada sociedade.

Basta lembrar que um pedaço de terra não surge etiquetado como propriedade, ou seja, como fato jurídico.

## 2.2 A hipótese e o fato no Direito

Sabe-se que a passagem da hipótese jurídica para o fato jurídico depende da aplicação de critérios interpretativos que, num primeiro momento, pertencem ao “mundo da possibilidade”, o que requererá, por conseguinte, um grande esforço do intérprete no sentido de verificar se a realidade corresponde à possibilidade. Ou seja, se o fato jurídico corresponde à hipótese jurídica.

Utilizando um exemplo do Direito Tributário, tanto pode acontecer que o sujeito venha receber determinada quantia de dinheiro no futuro (fato econômico), interpretando-a como sendo renda (fato jurídico tributário), quanto pode acontecer que não receba referida quantia, ou ainda que não considere que determinada quantia recebida deva ser interpretada como sendo renda, o que poderia configurar uma hipótese de erro.

Mas como saber se o sujeito se equivocou ou não? Na verdade não existe uma resposta uníssona para isso na Filosofia do Direito, pois se a “mensagem deontica emitida em linguagem prescritiva” está no “mundo da possibilidade”, tal como afirma corretamente Paulo de Barros Carvalho (2005, p. 373), a afirmação de que o sujeito se equivocou pressuporia a existência de uma correspondência

entre o real e o possível, ou seja, tal afirmação apenas seria lógica se existisse um “mundo platônico” similar ao mundo real, no qual fossem formuladas as hipóteses jurídicas.

Nesse sentido, a afirmação de Paulo de Barros Carvalho (2005, p. 250) de que deve existir uma “absoluta identidade entre o desenho normativo da hipótese tributária e o fato jurídico tributário constituído pela linguagem prescrita pelo Direito positivo” apenas faz sentido se fundamentada sobre a controvertida pressuposição metafísica de que o futuro é igual ao passado.

Nesse sentido, quando se fala, por exemplo, em erro de fato e de Direito no Direito Tributário, ou mesmo em erro de tipo ou proibição na seara penal, pressupõe-se toda uma série de elementos metafísicos que precisam ser postulados caso se queira defender a existência da relação de correspondência necessária para sustentar toda a doutrina do erro no âmbito jurídico.

A partir de tais pressuposições metafísicas, sustenta-se no atual modo de configuração das instituições jurídicas que os juízes seriam os sujeitos considerados capazes, e competentes, de dar a última palavra no que se refere à ontologia dessa relação de correspondência entre o possível e o real, a qual permite não apenas afirmar que um sujeito se equivocou acerca da existência de um fato jurídico, mas também permite falar acerca da própria existência de fatos jurídicos e antijurídicos.

Com efeito, não existe como comprovar de maneira científica que os fatos descritos nas hipóteses tributárias são “absolutamente idênticos” aos fatos jurídico-tributários, tal como pensa Paulo de Barros Carvalho, uma vez que, enquanto os fatos dizem respeito ao futuro, as hipóteses tributárias se referem ao passado, do que resulta a impossibilidade de se preconizar a existência de uma absoluta identidade entre os objetos existentes nesses dois contextos temporais distintos.

A não ser que Aquiles não possa mesmo alcançar a tartaruga.<sup>5</sup>

---

5 Trata-se de um dos paradoxos propostos por Zenão de Eleia, discípulo de Parmênides, que desenvolveu uma série de paradoxos para demonstrar que as teses defendidas pelos discípulos de Heráclito eram absurdas. O Paradoxo de Aquiles e a Tartaruga tem o escopo de provar que o movimento é uma ilusão. Nesse sentido, o futuro seria igual ao passado. Cf. Aristóteles (1998, p. 239).

### 2.3 A consequência jurídica e a relação jurídica

Tal como visto no tópico anterior, há uma diferença lógica e cronológica entre a hipótese jurídica e o fato jurídico, pois enquanto este pertence à realidade concreta, aquela pertence ao “mundo da possibilidade”. No entanto, ambos representam o resultado da interpretação de eventos possíveis (no caso da hipótese) ou eventos reais (no caso do fato), segundo critérios.

O mesmo ocorre com relação à consequência e a relação jurídica, integrando esta a realidade concreta e aquela a realidade possível.<sup>6</sup> Todavia, tal como Paulo de Barros Carvalho corretamente aponta, não existe diferença cronológica entre o fato jurídico e a relação jurídica:

Na verdade, tanto é fato o enunciado protocolar que satisfaz as condições de pertinencialidade à classe do descritor da norma geral e abstrata, como é fato a relação jurídica que se compõe em decorrência (lógica, não cronológica) daquele acontecimento relatado em linguagem. Apenas, um é fato predicativo (o que está no tópico de antecedente da norma individual e concreta), ao passo que outro é fato relacional (o que se encontra na posição sintática de prescritor). Ambos, porém, são construídos a partir dos critérios da hipótese e da consequência da regra-matriz de incidência, que é norma geral e abstrata. (CARVALHO, 2005, p. 365)

Assim, tanto o fato jurídico quanto a relação jurídica são construídos a partir dos critérios da hipótese e da consequência de uma regra constitutiva que no Direito Tributário é chamada de regra matriz de incidência (norma geral e abstrata), embora a relação jurídica seja um fato relacional cuja existência se dê por implicação lógico-deôntica a partir da existência do fato jurídico (CARVALHO, 2005, p. 346).

Ou seja, a existência do fato jurídico implica a existência da relação jurídica não no sentido da causalidade física, mas no sentido de uma causalidade jurídica, uma vez que os direitos e obrigações, como fatos institucionais, dependem de uma atribuição de *status* para existir.

---

<sup>6</sup> Que não se esqueça que os objetos imagináveis são reais. Com efeito, são reais embora não sejam concretos, pois se não fossem reais não poderiam influenciar a conduta humana.

A lógica deôntica desse fato relacional é, tal como destacado por Robert Alexy (1993, p. 186 ss.), a lógica do “direito a algo”, ou seja, constituído o fato jurídico *deve* (dever ser interproposicional) surgir o direito do sujeito ativo de exigir do sujeito passivo o objeto da obrigação e da prestação.

Importante que se atente, todavia, para o fato de que há uma diferença entre ter um direito a algo e o algo ao qual se tem direito (LOPES, 2010, p. 89). O algo ao qual o sujeito ativo tem direito é tanto o objeto da obrigação quanto o objeto da prestação. O objeto da obrigação é a “conduta prestacional” do sujeito passivo que consiste na realização do dever (dever ser intraproposicional) de, por exemplo, “entregar uma porção de moeda” (CARVALHO, 2005, p. 367).<sup>7</sup> Por outro lado, o objeto da prestação se refere, nesse caso, ao valor pecuniário que deve ser pago ao credor (CARVALHO, 2005, p. 367).

Em suma, trata-se de uma relação indissociável:

Sim, porque o crédito nada mais é que o direito subjetivo de que o sujeito ativo se vê investido de exigir a prestação, enquanto **débito** seu contraponto, é o dever jurídico de cumprir aquela conduta. E não pode haver vínculo jurídico de cunho obrigacional se inexistir um sujeito de direito, na condição de credor, em face de outro sujeito de direito, na qualidade de devedor, de tal forma que **subtrair o crédito da estrutura obrigacional significa pulverizá-la, fazê-la desaparecer, desmanchando a organização interna que toda relação jurídica há de exibir, como instrumento de direitos e deveres correlatos.** (CARVALHO, 2005, p. 368) (Grifos nossos)

Sendo assim, se, tal como destacado por Paulo de Barros Carvalho, tanto o fato jurídico quanto a relação jurídica são respectivamente construídos a partir dos critérios da hipótese e da consequência da regra matriz de incidência, então isso quer dizer especificamente que tais critérios são normativos, pois determinam como o sujeito competente deverá interpretar certo evento jurídico.

Ou seja, os critérios da hipótese e da consequência determinam as características que um evento deverá apresentar para que o sujeito o interprete, afirmando-o como sendo um fato jurídico. Essa afirmação é um ato de fala

---

<sup>7</sup> Atente-se, todavia, para o fato de que esse dever-ser interproposicional no Direito Penal apenas surge quando satisfeitos todos os pressupostos para a realização do juízo de antijuridicidade. Ou seja, apenas quando realizados esses pressupostos o sujeito deve se abster de praticar a conduta proibida.

assertivo que, uma vez satisfeitas certas condições, como ser afirmado por uma autoridade competente, constituirá o fato jurídico.

Trata-se, portanto, de um claro exemplo acerca de como a linguagem pode ser utilizada para a construção da realidade institucional.

## 2.4 A importância da causa teleológica para a compreensão da ontologia do Direito

Ao procurar uma fórmula geral para as proposições jurídicas Kelsen (1999, p. 55) afirma: “Procurando uma fórmula geral, temos: sob determinados pressupostos, fixados pela ordem jurídica, **deve efetivar-se um ato de coerção**, pela mesma ordem jurídica estabelecida.” (grifo nosso). Ou seja, a relação normativa chamada por Kelsen de imputação pressupõe a existência de determinados pressupostos que, segundo o autor austríaco, seriam estabelecidos pela ordem jurídica: “O sentido da ligação, porém, é – como já vimos – diferente nos dois casos. O princípio da causalidade afirma que quando é A, B também é (ou será). O princípio da imputação afirma que, quando A é, B deve ser” (KELSEN, 1999, p. 55).

O que Kelsen não explicou em sua teoria pura do Direito, contudo, foi o fator que determina **o que é o elemento A e quando A é**, limitando-se a dizer que esses pressupostos são estabelecidos pela ordem jurídica.

Com o fim de explicar o que seria uma proposição jurídica, Kelsen (1999, p. 54-55) afirma:

Proposições jurídicas são, por exemplo, as seguintes: Se alguém comete um crime, deve ser-lhe aplicada uma pena; se alguém não paga a sua dívida, deve proceder-se a uma execução forçada do seu patrimônio; se alguém é atacado de doença contagiosa, deve ser internado num estabelecimento adequado.

Percebe-se, portanto, que o conceito de imputação não diz nem o que é crime e nem o que é uma obrigação, ou seja, só pode ser aplicado quando o significado desses conceitos esteja plenamente definido.

Tal questão é de extrema relevância, pois o princípio da imputação como uma relação normativa entre pressuposto e consequência só pode ser aplicado se – e somente se – o pressuposto estiver plenamente definido. Não obstante, a teoria pura não explica como o pressuposto é constituído; não explica qual finalidade se busca obter pela constituição do pressuposto; e, muito menos, não explica se essas finalidades são justificáveis no contexto de uma teoria da justiça, considerando-se que Kelsen, dado o seu positivismo jurídico, não tinha interesse em resolver essas questões no contexto de uma teoria pura do Direito.

## 2.5 Explicando o que Kelsen não explicou

Embora o título deste tópico possa soar pretensioso, é importante pôr em destaque determinadas características do fenômeno jurídico que não foram abordadas por Kelsen no contexto de uma teoria do Direito. Essa deficiência da abordagem kelseniana tem trazido diversos obstáculos para que os juristas contemporâneos possam resolver toda uma série de problemas relacionados com a epistemologia e com a ontologia do Direito. Dentre esses problemas, destaca-se, por exemplo, o objeto de estudo deste trabalho, ou seja, a diferença entre o erro de tipo e o erro de proibição no Direito Penal Econômico.

Para definir o pressuposto da relação de imputação num caso concreto, o intérprete deverá saber quais propriedades de um fato passado foram selecionadas pelo legislador no passado, a fim de que, caso tais propriedades se apresentem num evento futuro, este seja interpretado como fato jurídico idôneo a desencadear a consequência jurídica segundo o princípio da imputação.

Para exemplificar, digamos que um cachorro tenha entrado num restaurante e feito uma grande bagunça, pulando nos clientes, subindo nas mesas, etc.<sup>8</sup> A partir desse fato, são abstraídas determinadas propriedades segundo o princípio da causalidade, ou seja, se entrar um cachorro no restaurante, então haverá bagunça. Ou, ainda, digamos que um motorista embriagado tenha atropelado uma pessoa. Nesse caso, segundo o mesmo princípio: se um motorista dirigir embriagado, então ele atropelará uma pessoa.

---

<sup>8</sup> O exemplo é de Schauer (1991, p. 25).

Em ambos os casos, não se trata, por certo, de proposições moleculares, mas de funções proposicionais moleculares, pois submetidas à lógica modal e não à proposicional.<sup>9</sup>

Apenas se a variável cachorro for “preenchida” por um argumento, ou seja, por um cachorro real numa situação real é que será possível asseverar uma proposição molecular, ou seja, a de que o cachorro Angus entrou no restaurante e fez bagunça.

Por estarem submetidas à lógica modal, nem sempre que a variável for preenchida pelo argumento, ter-se-á a afirmação de uma proposição molecular verdadeira, sendo possível que numa situação concreta um cachorro entre num restaurante e não faça bagunça, ou um motorista embriagado dirija sem atropelar uma pessoa.

O âmbito de aplicação do princípio da causalidade, todavia, acaba aqui, ou seja, encerra-se na constatação de que, existindo uma causa (entrada de um cachorro no restaurante), existirá uma consequência (bagunça).

Não obstante, um fenômeno normativo como o Direito não pode ser explicado simplesmente com base no princípio da causalidade, mas requer a aplicação do princípio da imputação, como já dizia Kelsen. Com efeito, o princípio da causalidade se refere apenas àquilo que Aristóteles (s.d.) designou como causa eficiente. Sendo assim, poder-se-ia argumentar que o objeto de estudo das ciências naturais se esgota no estudo da causa eficiente, da causa material e da causa formal, esta última um objeto por excelência da matemática.

Normalmente, portanto, considera-se que as ciências naturais não se ocupam da causa teleológica, ou seja, que não se preocupa em saber qual a finalidade da existência de determinada relação de causa e efeito na natureza, embora tal postura tenha sido mitigada atualmente (DENNETT, 1998, p. 417).

Entretanto, para o Direito, a causa teleológica é de suma importância, uma vez que o legislador apenas acrescentará um operador deôntico para determinado predicado factual, ou seja, para aquelas propriedades selecionadas de um fato segundo o princípio da causalidade, se – e somente se – a existência da norma resultante dessa operação for responsável por orientar a conduta dos indivíduos<sup>10</sup> de um modo a satisfazer certas finalidades consideradas valiosas.<sup>11</sup>

---

9 Sobre o conceito de função proposicional ver Russel (1981, p. 149-160).

10 Com efeito, é óbvio que a norma “proibida (operador deôntico) a entrada de cachorros” (predicado factual) não é dirigida aos cachorros, mas aos donos dos cachorros.

11 De ressaltar que o fato de uma finalidade ser considerada valiosa para uma ordem jurídica não significa que essa finalidade seja justa. Com efeito, o extermínio de judeus era uma finalidade valiosa na Alemanha nazista, porém, injusta.

Por exemplo, para construir uma norma jurídica, soma-se a um predicado factual (dirigir embriagado) um operador deôntico (proibido), porque se pretende alcançar uma finalidade (causa teleológica) considerada valiosa, ou seja, evitar que pessoas sejam atropeladas.

Perceba que tanto a escolha do predicado factual quanto do operador deôntico que lhe será incorporado estão vinculados à crença de que os comportamentos conforme a norma resultantes dessa operação produzirão consequências consideradas valiosas pela ordem jurídica.

Entretanto, sabe-se que isso nem sempre ocorrerá, uma vez que nem todos os cachorros que entrarem num restaurante produzirão as consequências que o criador da norma considera desvaliosas, no caso de se tratar, por exemplo, de um operador deôntico proibitivo. Com efeito, é possível que nem toda a entrada de cachorros implique a consequência indesejada, pois tanto é possível que um cachorro entre no restaurante e se comporte, como um cão guia, quanto é possível que a consequência indesejada seja produzida por um ser diferente de um cachorro, tal como um adulto bêbado.

Significativo do ponto de vista lógico é gizar que o importante para a compreensão da incidência da norma não é o objeto que contém a propriedade desvaliosa, como o cachorro Angus mencionado por Schauer, uma vez que o legislador não seleciona objetos, mas propriedades que, se forem incorporadas em determinados objetos ou mesmo em determinados agentes, poderão fazer com que estes violem ou realizem finalidades consideradas valiosas pelo Direito, conforme o caso.

Isso fica bem evidente no caso de uma proibição de dirigir embriagado. Nesse caso, poder-se-ia partir de estatísticas que, segundo o princípio da causalidade, trouxessem o indício de que a embriaguez poderia ser uma causa de um determinado número de acidentes. Com base nessas estatísticas, o legislador selecionaria a propriedade “embriaguez”, associando-a a uma conduta (dirigir), de modo a construir o predicado factual da norma. Sendo assim, a partir da hipótese de que dirigir embriagado pode ser causa de acidentes (finalidade desvaliosa), o legislador adiciona a esse predicado factual o operador deôntico proibido, construindo a seguinte norma: “é proibido dirigir embriagado”.

A ação, inclusive, pode ser mais bem explicada quando há compreensão de que se trata de uma propriedade dos seres humanos, e não de um objeto.

Assim, a questão jurídica que o juiz deve analisar é, por exemplo, se determinada pessoa ou objeto expressou uma propriedade ou propriedades que deveriam expressar, caso o operador deôntico da norma seja obrigatório, ou não deveria expressar caso o operador deôntico seja proibitivo.

Por outro lado, uma propriedade como uma qualidade não pode ser descrita sem fazer alusão aos seus efeitos, uma vez que algo só é uma qualidade quando seus efeitos puderem ser relacionados às necessidades humanas. Quando uma propriedade satisfaz as necessidades humanas, afirma-se que tal propriedade é valiosa, ou seja, trata-se de uma qualidade. Mas uma propriedade também pode ser desvaliosa se seus efeitos são contrários à satisfação das necessidades humanas. Além disso, uma propriedade também pode ser indiferente à satisfação das necessidades humanas.<sup>12</sup>

Assim, pode-se afirmar que, como o legislador não seleciona objetos, mas propriedades que expressadas por pessoas e objetos no passado foram responsáveis por desencadear efeitos relacionados às necessidades humanas, a função do juiz e do administrador é verificar se após a elaboração da norma pelo legislador determinadas pessoas ou objetos expressaram tais propriedades de um modo a produzir efeitos contrários, indiferentes ou favoráveis à satisfação das necessidades humanas, conforme o caso.

Caso se trate de uma norma proibitiva, a expressão da propriedade selecionada de um modo a desencadear efeitos contrários às necessidades humanas representará violação da norma.

Frederick Schauer (1991, p. 26) chama esses efeitos contrários ou favoráveis às necessidades humanas de justificação da norma.<sup>13</sup> Por certo, não há como negar que as normas jurídicas só fazem sentido se forem elaboradas com o fim de satisfazer determinadas necessidades humanas, pois “não é o homem que foi feito por causa do Direito, mas o Direito por causa do homem”.<sup>14</sup>

O mesmo Schauer, no entanto, dá-se conta de que após a elaboração da norma poderão existir casos nos quais um objeto ou pessoa expresse a propriedade selecionada pelo legislador sem que isso viole as necessidades humanas. Enfim, o

---

12 Alexy (1993, p. 142). *Vide* especialmente a nota 171 da obra de Alexy.

13 Contudo, não é demais reafirmar que o termo justificação é mais apropriado para finalidades que além de valiosas sejam justas. *Vide* a nota 28 do trabalho de Schauer.

14 Tal afirmação dita por vários homens em contextos históricos distintos foi especialmente retratada por Jesus quando afirmou aos positivistas de seu tempo: “Mas ele disse-lhes: Nunca lestes o que fez Davi, quando estava em necessidade e teve fome, ele e os que com ele estavam? Como entrou na casa de Deus, no tempo de Abiatar, sumo sacerdote, e comeu os pães da proposição, dos quais não era lícito comer senão aos sacerdotes, dando também aos que com ele estavam? E disse-lhes: O sábado foi feito por causa do homem, e não o homem por causa do sábado.” (BÍBLIA, 2001, p. 55)

professor de Oxford assevera que poderão existir casos nos quais as necessidades humanas sejam violadas pela expressão de outras propriedades não selecionadas pelo legislador. É possível ainda mencionar outra possibilidade não abordada por Schauer referente aos casos nos quais a propriedade selecionada pelo legislador é indiferente para a satisfação das necessidades humanas. Um exemplo deste último caso seria se o legislador proibisse o uso de maconha tendo por base o fato de que esta prejudica a saúde humana, e posteriormente surgisse um estudo dizendo que o uso dessa substância é inofensivo.

Os dois primeiros casos Schauer (1991, p. 31 ss.) denomina respectivamente de sobreinclusão normativa e subinclusão normativa. Como ele não trata do último caso referido, poder-se-ia considerá-lo como sendo um caso de ineficácia justificativa da norma. Ou seja, um caso no qual sequer existe a possibilidade de que a obediência à norma produza efeitos conformes sua justificação.

## 2.6 A regra jurídica como uma generalização prescritiva

Ao dissertar acerca da estrutura das regras, Schauer (1991, p. 23) começa por destacar o aspecto da generalidade.

No entanto, quando se fala sobre o fato de a norma jurídica ser geral, deve-se ter em conta que a generalidade, *in casu*, é uma generalidade prescritiva. Generalidade prescritiva significa que a escolha do antecedente e do conseqüente é feita em função da realização de alguma finalidade (SCHAUER, 1991, p. 26).

Utilizando-se o exemplo já referido de Schauer (1991, p. 25) é possível pensar numa situação na qual um cachorro chamado Angus correu, pulou, comeu e latiu num restaurante, causando muitos aborrecimentos aos fregueses. A partir dessa situação particular, escolhe-se um predicado factual conveniente como “entrada de cachorro no restaurante” e o operador deôntico “proibido”, a fim de evitar que a situação causada por Angus venha a se repetir.

Conforme se percebe, a generalização parte da hipótese de que o transtorno causado por Angus aconteceu pelo fato de ele ser um cachorro, o que nem sempre é verdade. Com efeito, da mesma forma que existem cachorros malcomportados, existem outros bem treinados, bem como existem adultos bêbados que são capazes de causar mais transtornos do que um cachorro alegre como Angus.

Isso demonstra que a hipótese que orienta a elaboração de uma regra nem sempre é verdadeira, o que implica considerar que, não raro, existirão casos nos quais a regra proibirá ações perfeitamente legítimas e incapazes de frustrar sua finalidade jurídica, o que aconteceria, no contexto do exemplo mencionado, com a proibição da entrada de cães guias. Igualmente, existirão situações muito mais perniciosas para a satisfação das finalidades subjacentes à regra, tal como a entrada de pessoas malcomportadas e barulhentas que, todavia, não se enquadrarão no referido predicado factual, embora claramente violem a finalidade da regra (STRUCHINER, 2005, p. 152).

No primeiro caso, diz-se que a regra será sobreinclusiva, uma vez que sua dimensão semântica abrange casos inócuos para seus objetivos, como a proibição da entrada de cães guia. No segundo, afirma-se que a regra é subinclusiva, pois deixa de contemplar situações tão ou mais perniciosas para a frustração desses mesmos objetivos, tal como a entrada de adultos embriagados (STRUCHINER, 2005, p. 153). A partir dessa constatação, Schauer quer saber como os juízes devem se comportar ante os problemas de sobreinclusão e subinclusão.

Deveria o juiz corrigir esses casos, ou simplesmente aplicar a letra fria da lei? Para responder a essa indagação, Schauer desenvolve quatro modelos distintos cuja abordagem e crítica, todavia, transcenderiam os limites deste trabalho.

Para o contexto desta análise, basta frisar que a análise do erro de tipo e de proibição no Direito Penal Econômico deve ser feita sempre com atenção para todas essas peculiaridades da norma jurídica, sobretudo com atenção para o fato de que o legislador por meio do tipo penal não seleciona objetos, mas, a partir do princípio da causalidade, seleciona propriedades que, uma vez expressadas por pessoas e objetos no passado foram responsáveis por desencadear efeitos relacionados às necessidades humanas. Nesse sentido, é função do juiz verificar se, após a elaboração do tipo pelo legislador, determinadas pessoas ou objetos expressaram essas propriedades, produzindo efeitos contrários, indiferentes ou favoráveis à satisfação das necessidades humanas. Ou seja, existem duas questões que do ponto de vista lógico ficam bem claras e elucidam a problemática da diferença entre erro de tipo e de proibição.

Com efeito, quando o sujeito sabe que sua conduta expressa as propriedades contidas no tipo (predicado factual), ele possui conhecimento do tipo. Por outro lado, quando além de saber isso ele sabe que a prática da conduta descrita lesiona

interesses que além de contrários às necessidades humanas são protegidos pela ordem jurídica, ele tem conhecimento da proibição. Ou seja, para ter conhecimento do tipo e da proibição, o sujeito precisa ser capaz de afirmar, por exemplo, a seguinte proposição molecular: matar José lesiona a vida de José e a vida de José está protegida pela ordem jurídica.<sup>15</sup>

Antes disso, contudo, o sujeito deve ser capaz de realizar a aplicação dos critérios trazidos pelo tipo (função proposicional) numa situação concreta de modo a reconhecer que a prática de certa conduta significa matar José. Essa passagem da função proposicional para a proposição geralmente é simples de ser feita no contexto do Direito Penal clássico, pois a maioria das pessoas sabe o que é matar. Já no que se refere ao Direito Penal Econômico, essa passagem do mundo da possibilidade para a realidade pode assumir graus de complexidade inigualáveis. Com efeito, saber o que é “matar alguém” todo imputável sabe; contudo, poucos sabem o que é gerir uma instituição financeira de forma fraudulenta, ou praticar uma operação de câmbio não autorizada.

A explicação para essa dificuldade é que “ser alguém”, por exemplo, é um fato natural, enquanto que ser uma instituição financeira é um fato institucional cujo conhecimento demanda por parte do agente o conhecimento das regras que constituem a instituição.<sup>16</sup> Nesse sentido, percebe-se que no contexto do Direito Penal Econômico não serão raros os casos em que, **para se conhecer os elementos constitutivos do tipo legal, será necessário o conhecimento de regras cuja natureza será constitutiva<sup>17</sup> dos elementos constitutivos do tipo legal.**

---

15 De notar que numa situação de legítima defesa o sujeito sabe que está matando José; sabe que isso lesiona a vida de José, e sabe que isso não lesiona a ordem jurídica. Já numa situação de legítima defesa putativa o sujeito sabe que está matando José; sabe que isso lesiona a vida de José, mas não sabe que isso lesiona a ordem jurídica.

16 De acordo com o filósofo John Searle, um pedaço de papel é dinheiro (fato institucional), por exemplo, porque as pessoas atribuem um *status* para ele de forma coletiva, consoante determinadas regras que tomam a seguinte forma: um objeto X no contexto C conta como Y, ou, mais precisamente, um pedaço de papel X num contexto legal Y possui o *status* de dinheiro. (SEARLE, 2007, p. 87)

17 No contexto do Direito Penal Econômico, é de grande relevância a distinção trazida por Searle entre regras regulativas, que simplesmente regulamentam a prática de comportamentos pré-existentes, das regras constitutivas que se apresentam como condições de possibilidade dos fatos institucionais: “Um exemplo óbvio são as regras do xadrez. As regras do xadrez não apenas regulam o jogo de xadrez, mas o próprio jogo de xadrez é constituído quando os jogadores agem de acordo com as regras do xadrez. As regras constitutivas têm tipicamente a forma: X conta como Y num contexto C.” (SEARLE, 2007, p. 88)

### 3 A diferença entre erro de tipo e de proibição no Direito Penal Econômico

Ao realizar uma crítica à teoria estrita da culpabilidade, Joachim Hruschka afirma que referida teoria não diferencia entre o conhecimento daquilo que é relevante para a emissão do juízo de antijuridicidade e o próprio juízo de antijuridicidade, consoante explica o professor Robson Galvão:

Ou seja, não se pode confundir o conhecimento do objeto com a própria valoração do objeto. Desse modo, tem-se uma oposição entre o conhecimento de **circunstâncias relevantes e de circunstâncias não relevantes** para o juízo de antijuridicidade. Com base nessa constatação verifica-se um problema da teoria estrita da culpabilidade, que não considerou a questão de que o juízo de antijuridicidade apenas pode existir caso o autor conheça tudo o que é relevante para tal juízo. (SILVA, 2009, p. 197) (Grifo nosso)

Sendo assim, a primeira questão a ser considerada para estabelecer uma diferença entre erro de tipo e erro de proibição no Direito Penal Econômico é que o tipo deve descrever tudo aquilo que seja relevante para que o autor possa emitir um juízo assertivo no sentido de que sua conduta é proibida pelo Direito.

Por outro lado, foi visto no tópico anterior que a constatação de que um sujeito atuou com conhecimento do tipo e da proibição implica a emissão de uma proposição molecular complexa como a seguinte: João sabia que ao matar José estava lesionando a vida de José e que a vida de José era protegida naquele caso concreto pela ordem jurídica.

Do mesmo modo, foi visto que no Direito Penal Econômico não são raros os casos nos quais, para que o agente saiba que está realizando um elemento constitutivo do tipo penal, ele deverá conhecer regras que constituem o próprio elemento constitutivo.

Daí que, ao não diferenciarem entre as regras que constituem o elemento constitutivo do tipo penal e as regras que estabelecem o dever de não realizar condutas que estejam descritas no tipo, que sejam contrárias às necessidades humanas e que contrariem a ordem jurídica, é que alguns juristas confundem o erro sobre um elemento constitutivo do tipo penal com o erro sobre a proibição.

Com efeito, não se pode confundir o dever ser intraproposicional, ou seja, o que faz parte da constituição de uma proposição normativa e, portanto, está dentro da proposição, com o dever interproposicional que determina, de um modo geral, a abstenção de comportamentos que sejam contrários à justificativa da norma subjacente ao tipo e contrários à ordem jurídica.<sup>18</sup>

Por certo, consoante visto no tópico anterior, existem condutas que, embora realizem no plano concreto a ação descrita no tipo, não contrariam a justificação da regra, o que ocorre, por exemplo, nos casos de **sobreinclusão normativa**, que são aqueles casos em que o aspecto semântico da norma abrange circunstâncias que não são contrárias à finalidade (justificação da regra) que o legislador pretendeu alcançar ao selecionar certo predicado factual, incorporando-lhe um operador deontico.

Por sua vez, a partir de um posicionamento que defende que o Código Penal deve ser interpretado conforme a Constituição, e não contrário a ela, é possível afirmar que mesmo um comportamento contrário à justificativa da norma, e que não esteja justificado pelos casos tradicionais de justificação e exculpação, pode ser justificado pela ordem jurídica a partir de princípios constitucionais, o que requer uma análise da tipicidade de modo conglobante, consoante tem sido preconizado por Zaffaroni.

### 3.1 Aplicando essa análise a um caso prático

O art. 22 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, determina que pratica evasão de divisas aquele que realiza uma operação de câmbio não autorizada.

Trata-se de uma norma penal em branco, cujo complemento é feito pelo Conselho Monetário Nacional, que irá determinar quando uma operação de câmbio é autorizada.

Ante esse contexto, imagine que ocorra um grave desequilíbrio no balanço de pagamentos e que o Conselho Monetário Nacional tenha outorgado o monopólio das operações de câmbio ao Banco Central, que, por sua vez, estipulou uma

---

<sup>18</sup> Em sentido similar, destacando a importância de estar bem clara a finalidade protegida pela norma se manifesta Juarez Tavares: “A norma deve ser assim entendida como um instrumento de comunicação e, como tal, deve expressar exatamente o objetivo de seu emissor.” (TAVARES, s.d., p. 10)

norma proibindo aos cidadãos brasileiros o envio de mais de US\$ 50 mil por mês para o exterior.

Não resta dúvida de que, se essa norma for suficientemente clara, o cidadão que envia US\$ 51 mil dólares por mês sabe que está realizando uma conduta não autorizada, o que implica afirmar que possui conhecimento do tipo previsto no art. 22 da Lei nº 7.492, de 1986.

Contudo, é fácil verificar que desse conhecimento não decorre de forma imediata o conhecimento da proibição. E isso por pelo menos três motivos. Primeiro, porque, partindo do pressuposto de que o bem jurídico protegido por esse delito é o equilíbrio do balanço de pagamentos,<sup>19</sup> não se pode afirmar que o agente sabia que se enviasse US\$ 1 mil a mais para o exterior por mês estaria violando a justificativa da norma, ou seja, lesionando um bem jurídico, da mesma forma que aquele que atira contra a cabeça de José sabe que está lesionando um bem jurídico.

De notar que, conforme assente na doutrina, o conhecimento da proibição exige o conhecimento da lesividade concreta.

Além disso, o agente poderia ser um grande economista e discordar piamente do Banco Central no sentido de que o envio de US\$ 51 mil dólares por mês seria responsável por colocar em perigo o equilíbrio no balanço de pagamentos.

Considerando que as políticas econômicas nem sempre são acertadas e dependem da orientação do governo, nem sempre condizente como as funções do Estado, esse economista poderia estar certo.

Nesse caso, fica evidente que ele tem conhecimento do tipo penal, que pratica a conduta descrita no tipo, mas que não tem conhecimento da proibição, uma vez que sua conduta sequer é contrária à ordem jurídica.

Enfim, a referida proibição poderia ser determinada num contexto diverso do previsto no inciso XVIII do art. 4º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, o que tornaria essa proibição inconstitucional.

Esse caso é muito grave, pois nos dias de hoje são raros os juízes que possuem a preocupação em fazer uma análise dos tipos penais conforme a Constituição,<sup>20</sup> o que significa que não são raros os casos no Direito Penal Econômico em que se

---

<sup>19</sup> Posicionamento esse que defendi em Lopes (2012).

<sup>20</sup> Exceção digna de nota é o juiz da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba, Flávio Antonio da Cruz, que em várias sentenças declarou a inconstitucionalidade do delito de gestão temerária.

exige o conhecimento da proibição de uma conduta que sequer é proibida pela ordem jurídica.

## 4 Conclusão

Por todo o exposto, foi verificado que mesmo no Direito Penal Econômico há um imenso abismo entre a afirmação de que o sujeito atuou com conhecimento do tipo e a afirmação de que o sujeito atuou com conhecimento da proibição.

Isso porque a afirmação de que uma conduta é contrária à ordem jurídica pressupõe uma análise complexa que transcende em muito a análise que é feita para saber se uma conduta realizou os elementos constitutivos do tipo num caso concreto.

Com efeito, para saber se uma conduta é proibida pela ordem jurídica, impende-se saber, num primeiro momento, se ela contraria a justificação da norma subjacente ao tipo, o que é o mesmo que saber se ela lesiona um bem jurídico. Insta frisar, todavia, que, considerando-se os casos de sobreinclusão normativa, nem sempre que uma conduta violar a norma subjacente ao tipo ela violará sua justificação.

Além disso, tendo em vista que o Código Penal deve ser interpretado conforme a Constituição, e não o contrário, existirão casos em que a conduta, embora viole a justificação da norma subjacente ao tipo, estará justificada pela realização de princípios constitucionais de maior hierarquia.

Enfim, mesmo naqueles casos em que o tipo é composto por elementos normativos, deve-se diferenciar as regras que constituem esses elementos constitutivos do tipo e que, portanto, encerram um dever intraproposicional, das regras responsáveis por constituir a ordem jurídica, que definem, em última instância, quando uma conduta está ou não proibida.

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1993.

ARISTÓTELES. *Física*. Madrid: Gredos, 1998.

\_\_\_\_\_. *Metaphysics*. [s.d.] Disponível em: <<http://classics.mit.edu/Aristotle/metaphysics.html>>. Acesso em: 5 fev. 2011.

AUSTIN, John. *How to do things with words*. Oxford: Clarendon Press, 1962.

CARVALHO, Cristiano. *Ficções jurídicas no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Paulo de Barros. *O absurdo da interpretação econômica do fato gerador – Direito e sua autonomia – O paradoxo da interdisciplinariedade*. [s.d.]. Disponível em: <[http://www.barroscarvalho.com.br/art\\_nac/absurdo\\_interpretacao.pdf](http://www.barroscarvalho.com.br/art_nac/absurdo_interpretacao.pdf)>. Acesso em: 31 dez. 2010.

DENNETT, Daniel Clement. *A perigosa idéia de Darwin: a evolução e os significados da vida*. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LOPES, Fernando dos Santos. *Acerca da distinção entre falsos e autênticos bens jurídicos coletivos para o Direito Penal Econômico*. FIDES, Natal, v. 1, n. 1, fev./jul. 2010.

\_\_\_\_\_. *O equilíbrio do balanço de pagamentos como o bem jurídico protegido no delito de evasão de divisas e a inevitável constatação da *abolitio criminis* desse delito*. Boletim IBCCRIM n. 231, Fev. 2012.

RUSSEL, Bertrand. *Introdução à Filosofia da Matemática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Ruled-Based Decision-Making and Law and in Life.** Oxford: Clarendon Press, 1991.

SEARLE, John. **Freedom and Neurobiology: reflections on free will, language and political power.** New York: Columbia University Press, 2007.

SILVA, Robson Antônio Galvão da. **O tratamento jurídico-penal do erro no Direito Penal Socioeconômico.** Dissertação – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009.

STRAWSON. Peter. **On Referring.** [s.d.]. Disponível em: <<http://www.sol.lu.se/common/courses/LINC04/VT2010/Strawson1950.pdf>>. Acesso em: 5 mai. 2008.

STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito.** Dissertação – Departamento de Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

TAVARES, Juarez. **Os objetos simbólicos da proibição.** [s.d.]. Disponível em: <[http://www.juareztavares.com/Textos/os\\_objetos\\_simbolicos\\_da\\_proibicao.pdf](http://www.juareztavares.com/Textos/os_objetos_simbolicos_da_proibicao.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2012.

# A Natureza Jurídica do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio: caráter diplomático e/ou decisório

Diogo Rafael de Arruda\*

*1 Introdução. 2 O caráter diplomático e/ou decisório das decisões da Organização Mundial do Comércio. 3 Considerações finais.*

## Resumo

Breve estudo sobre a atuação da Organização Mundial do Comércio diante de sua proposta de liberalização comercial e fomento ao desenvolvimento dos mecanismos de resolução das possíveis controvérsias advindas das relações estabelecidas no ambiente comercial internacional. Em associação ao desenvolvimento lógico do trabalho, está inserido o questionamento doutrinário atual sobre a natureza jurídica que está envolta na manifestação expressa dos atos do Órgão de Solução de Controvérsias quando da elucidação e pacificação dos interesses divergentes entre os participantes da organização. Ressalte-se a verificação dos dados utilizados para elaboração textual deste trabalho por meio de pesquisa bibliográfica, objetivando clarificar ainda mais os mecanismos passíveis de uso diante dos embates comerciais internacionais e o relevante desempenho que a Organização Mundial do Comércio tem demonstrado desde sua formação, formatando sua essencialidade nos tempos atuais.

---

\* Bacharel em Direito e licenciado em Matemática pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Professor da carreira de magistério público da Secretaria de Educação do Distrito Federal.

**Palavras-chave:** Organização Mundial do Comércio. Órgão de Solução de Controvérsias. Mecanismos. Contramedidas. Natureza jurídica.

### *Abstract*

*It is present in this paper a brief study on the role of the World Trade Organization (WTO) before his proposal to liberalize trade and promote the development of mechanisms for the resolution of possible disputes arising from relationships established in the international business environment. In association with the logical development of the work, is inserted into the current doctrinal questions about the legal status which is wrapped in an explicit statement of the acts of the Dispute Settlement Body when the elucidation and pacification of divergent interests among the participants of the organization. It should be emphasized the verification of the data used to prepare this work by textual means of literature, aiming to further clarify the mechanisms liable to use before the clashes and relevant international trade performance than the World Trade Organization has demonstrated since its formation, its formatting essentiality in present times.*

**Keywords:** World Trade Organization. Dispute Settlement Body. Mechanisms. Countermeasures. Legal nature.

## **1 Introdução**

O desenvolvimento de estruturas comerciais foi por várias décadas a meta que a união dos Estados estrangeiros almejou por influência de diversas crises envolvendo a economia global.

A constituição do capitalismo levou à intensa promoção do comércio entre países e, devido a essa proposta de sistema, as necessidades de integração e regulamentação das relações econômicas tornam-se evidentes quando analisadas de acordo com a estabilidade global.

O estabelecimento de uma entidade, com vistas a atuar no comércio internacional e no desenvolvimento de mecanismos que resultassem numa

distribuição eficiente e equilibrada dos recursos em favor da humanidade, deixou de ser uma expectativa e passou à realidade quando da elaboração do Tratado de Marrakesh, resultante de tantas outras negociações em favor da liberalização do mercado internacional, o qual culminou no surgimento da Organização Mundial do Comércio (OMC).

Diante das constantes indeterminações quanto às regras internacionais, várias concepções interpretativas exaltaram o conturbado período vivenciado em meados da década de 1980, como o conflito entre oriente (socialista) e ocidente (capitalista), fazendo surgir o embate cultural entre a cooperação dos Estados, a imposição à livre iniciativa e o regramento da mútua concorrência necessária à otimização do mercado internacional, ensejando a implementação do *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT).

A importância histórica de tal entidade se determina na evolução da sistemática de entendimento sobre comércio internacional e na resolução de possíveis conflitos nesse ambiente, como forma de garantir a existência equilibrada de todas as nações, fundamentada na noção de justiça, eficiência e imparcialidade dos posicionamentos e medidas adotadas, por meio de um braço específico da organização, intitulado Órgão de Solução de Controvérsias (OSC).

A formalização de um sistema que disponha sobre o modo como deva se desenrolar uma reclamação comercial traz para a OMC a responsabilidade de intervenção, visando uma conclusão pacífica, com entendimento unificado, que, de forma sóbria, seja praticável por todos os membros.

Dessa forma, a questão processual do mecanismo de solução de controvérsias se mostra bastante útil àqueles que por vez façam seu uso para defesa dos interesses estabilizadores do bloco, visto que, entre as principais características verificáveis, ratifica-se o amplo respeito à manifestação soberana de cada nação, vinculada à necessidade de produção de resultados aceitáveis e o reestabelecimento do equilíbrio multilateral em favor da coletividade.

De certo, veio dita organização intervir nas políticas econômicas de países que, participando da OMC, não considerem a necessidade de existência de um conhecimento comum, para não gerar o declínio de outros países, considerados menores economicamente, mas, de modo algum, objetiva intervir na soberania e independência dos Estados, afirmando, com isso, seu papel opinativo técnico

e gerando a expectativa de adesão de suas conclusões por seus integrantes, conforme a manifestação livre e consciente de pactuação.

Cabe, assim, a indagação do caráter imperativo, dotado da devida coerção, e do caráter diplomático que de que se revestem as decisões do OSC quando da não adesão por nações que ajam danosamente aos interesses do comércio internacional.

Conforme se exprime do contexto formalizador da organização, as metas a atingir com a elaboração de normas vinculadoras das relações comerciais culminaram no texto do Tratado de Marrakesh, embora ainda não haja como romper com toda a cadeia de procedimentos diplomáticos baseados nos vínculos políticos estabelecidos pelas próprias composições comerciais.

Nesse sentido, e no intuito de agregar ainda mais conhecimento ao mundo científico do Direito Internacional, seguem, no transcurso desta breve análise, os relevantes argumentos identificados, diante da proposta de fomento à iniciação e à fundamentação do caráter diplomático e/ou decisório das conclusões da OMC por meio de seu Órgão Solucionador de Controvérsias, de modo a identificar a jurisdição internacional de tais medidas e promover o aprimoramento do entendimento sistemático de resolução de conflitos comerciais externos.

Em observação à relevância deste estudo, cabe dizer que dos 195 (aproximadamente) países existentes atualmente no mundo, até fevereiro de 2011, 153 países ( $\cong 79\%$ ), entre eles o Brasil (a partir de 1º de janeiro de 1995, pelo Decreto Presidencial nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, que sancionou o Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994), ratificaram a intenção de submissão às regras integrantes do acordo de formação da OMC, indicando que não deter o devido conhecimento sobre seus aspectos procedimentais torna a existência e a busca por vínculos comerciais fadadas ao insucesso.

## **2 O caráter diplomático e/ou decisório das decisões da Organização Mundial do Comércio**

Um das principais preocupações ao longo do desenvolvimento das técnicas comerciais e dos métodos a serem utilizados para dar resposta aos embates surgidos em virtude de divergências relaciona-se à necessidade de

superação paradigmática do ser e do dever ser conforme regras relacionadas à obrigatoriedade diplomática.

O grande desejo de formação de um comércio unificado, até mesmo como forma de garantir credibilidade e lógica diante das diversidades interpretativas, resultou na promoção de um complexo normativo capaz de vincular todos os seus pactuantes à concorrência dos fins objetivados pela conjuntura internacional, que passou a reconhecer a mútua dependência aliada às ações independentes que cada Estado pratica em conformidade à sua soberania.

Em decorrência do desejo de elaboração de uma codificação baseada em mecanismos legislativos e jurídicos que promovessem o entendimento do desenvolvimento progressivo das normas internacionais de mútua cooperação econômica, a aglomeração em um bloco multilateral, dotado de universalidade normativa e administrativa, configurou a interdependência sistemática resultante do processo de globalização econômica e financeira. Nesses termos, podemos concluir pela tendência extintiva da total desconsideração de coexistência e mútuo desenvolvimento entre as nações e a necessária vinculação entre políticas internas e o comércio internacional.

Conforme o texto que instituiu a OMC, em seu preâmbulo:

Os Ministros representantes das partes-contratantes resolveram desenvolver um sistema comercial multilateral integrado mais viável e durável compreendendo o Acordo Geral de Tarifas e Comércio, os resultados de esforços de liberalização comercial anteriores e todos os resultados da Rodada do Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais. (FIORATI, 2006, p. 70)

Em consonância com a mútua interdependência entre os Estados e concordando que complexo é um sistema que busque integralizar diversos entendimentos jurídicos e socioculturais, a formalização da OMC segundo a vertente do poder fiscalizatório e intervencionista traz de início o sucesso obtido pelos membros idealizadores da organização em promover o processo de liberalização do comércio internacional. Vera Thorstensen inteligentemente demonstra esse entendimento ao firmar um vínculo evolutivo das normas internacionais em parceria com a mútua cooperação entre os Estados soberanos:

O cenário atual apresenta uma densa rede de comércio e investimentos, que evolui de forma a determinar os contornos de operações de comércio global. Tal fato exige que o comércio de bens e de serviços e o investimento passem a ser coordenados em níveis multilaterais e que as regras de condutas dos parceiros comerciais passem a ser controladas e arbitradas também em nível internacional. Daí a importância da criação e do papel da OMC – Organização Mundial do Comércio, como coordenadora e supervisora das regras do comércio internacional. (THOSTENSEN, 1999, p. 26)

Ante todo esse reconhecimento de mútua dependência formatado a partir da integração mercantil no pós-Segunda Guerra e frente à crescente interferência na pacificação dos desentendimentos mundiais, vital torna-se refletir sobre o caráter diplomático inserido nas históricas negociações entre nações e a possibilidade de formação de uma norma jurídica que se sobreponha à particularidade da cada membro em prol da coletividade constituída.

Reconhecidamente, o advento das mobilizações internacionais pela formação de organizações específicas à matéria comércio internacional e às pessoas de Direito Público ou Privado envolvidas confirmaram o surgimento do momento constitucionalista normativo, por meio da aglutinação de regras e princípios limitativos ao comportamento individualizado.

A proposta originalmente instituída no Tratado de Marrakesh resumia todo o debate em torno da prevalência obrigacional quando por terra caíam as tentativas pacifistas da autocomposição e da abdicação em favor da coexistência solidificada na conservação dos vínculos relacionais.

Atualmente há um embate sobre a determinação da natureza jurídica do sistema de solução de controvérsias da OMC, ora tida como prioritariamente diplomática, ora, como amplamente jurisdicional diante do âmbito internacional.

Há ainda o reconhecimento da impossibilidade em se estabelecer como se dá a determinação dos atos advindos da resolução de controvérsias, indicando uma natureza mista do mecanismo dirimidor, com equilíbrio entre fatores compatíveis, sendo *sui generis*.

Em defesa dessa relação jurídico-diplomática dos atos emanados da OMC em relação aos embates comerciais dos quais possa atuar, Luciano Monti Favaro cita José Cretela Neto, neste sentido:

O Órgão Solucionador de Litígios apresenta natureza jurídica de órgão judicante *sui generis*, de caráter misto ou híbrido, pois atua em três esferas, isto é, segue alguns mecanismos tipicamente diplomáticos, estabelece e faz cumprir procedimentos administrativos e é dotado de jurisdição. (CRETELA NETO *et all.*, 2003, *apud* FAVARO, 2011, p. 154)

No que tange ao aspecto jurisdicional, não houve como se desvincular da necessidade de manutenção do meio diplomático, mesmo porque as representações firmadas no andamento de cada ato da OMC são predominantemente políticas.

Mais precisamente, no próprio texto do Tratado de Marrakesh há a consideração da existência passada e reconhecimento futuro das relações jurídicas inerentes às partes conforme suas práticas costumeiras, o que proporciona uma projeção de caráter contínuo nessa comunhão dúplice identificadora dos atos da organização:

Artigo XVI – Disposições diversas

§1º Salvo disposição em contrário do presente Acordo ou dos acordos comerciais multilaterais, a OMC será regida pelas **decisões, procedimentos e práticas habituais seguidas pelas Partes Contratantes** no GATT de 1947 e pelos órgãos criados no âmbito do GATT de 1947. (Grifei)

Até mesmo a própria divisão administrativa da OMC mostra a cumplicidade com que os dois aspectos se fazem presentes diante da prolação de decisões. De fato, o painel estabelecido para a lide e o Órgão de Apelação atêm-se ao mundo jurídico das normas existentes nos tratados analisados, de forma estrita, evitando acréscimos e supressões de direitos previstos. Em consequência disso, nenhuma decisão terá força para produção de resultados caso não seja aprovada pelo Órgão de Solução de Controvérsias, que é um colegiado formado por todos os entes da OMC para administração e controle político do sistema.

Driblando questionamentos de cunho “desvirtuante”, o sistema de solução de controvérsias buscou fundamento na reunião de mútuos sentimentos tendentes à obrigatoriedade de produção de resultados, focando ao objetivo primeiro que são as soluções amplamente aceitáveis e praticáveis voltadas a confiabilidade e segurança que se exprimem no âmbito jurisdicional.

Em breve comentário, Amaral Júnior (2008, p. 98), expõe a duplicidade naturalística na qual a solução de controvérsias internacionais suscitou ao longo do

processo evolutivo das teorias políticas e legalistas. Conforme seus ensinamentos, a exigência de maior formalidade nos procedimentos, com o estabelecimento de prazos e fundamentos jurídicos que induzissem os contratantes à adesão das decisões sem necessidade de consenso para exequibilidade, contrapôs-se a uma característica inerente a qualquer tratado, ou seja, a possibilidade de ajustes devido às variações políticas das partes, em favor da manifestação de vontade e de interesses dos envolvidos. E ainda complementa:

O ESC (Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias) combinou a lógica diplomática, que privilegia a negociação direta entre os interessados, à lógica jurisdicional, com o reforço das garantias procedimentais e a produção de decisões obrigatórias para as partes da disputa. Olvidar esse hibridismo é perder de vista muito da originalidade peculiar ao mecanismo que o ESC delineou. (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 103)

De grande importância é perceber que, embora decorra de uma análise totalmente específica ao caso concreto, a decisão advinda dos peritos, ou do procedimento recursal, e manifestada pelo Órgão Solucionador de Controvérsias, no próprio tratado, é tida como um relatório sugestivo de recomendações adotáveis pelas partes, como modo de reconhecer a soberania do Tratado, a adesão e a participação no bloco dos Estados, que se impuseram essa condição voluntariamente.

Em conclusão, embora com todo o trâmite processual indicando a fase jurisdicional, volta-se todo o caráter diplomático de recomendações e diálogos entre as nações. E mais, não há qualquer mitigação da soberania dos integrantes, pois ela já foi absolutamente reconhecida na manifestação livre e consciente de vontade em participar do sistema comercial.

Em termos de reparação dos danos e de sustação dos ilícitos comerciais, associado ao fator de proporcionalidade que faz surgir a pretensão punitiva diante da reprovabilidade do ato, a sanção comercial mostra a atuação jurídica moldada por meio da suspensão de concessões ou outras obrigações decorrentes.

Essa privação temporária visa a afetar direitos cristalinos do Estado que tenha invadido o equilíbrio dos deveres e obrigações mútuas, repercutindo o *jus puniendi*, consagrado nas normas penais de Direito.

Contudo, o direito de punir não se liga ao *jus exequendi*, devido à inexistência de atuação obrigacional que se possa usar contra um membro após o término da demanda. Assim nasce apenas o direito de que o vencedor da lide tenha uma justificativa para contrapor os atos violadores em sua resposta, conduzida sem agir em desfavor da coletividade e da sua reputação internacional.

Especificamente, ainda não há como estender a aplicação jurídica com todas as suas nuances, por ausente se fazer o poder coercitivo decorrente de toda decisão jurídica.

Em paridade com a exposição presente, decorre a desvinculação do poder puramente coercitivo para submeter um Estado às recomendações do Órgão Solucionador de Controvérsias, o que poderia suprimir a soberania que cada nação deve deter para ter como válidos e reconhecidos seus atos internacionais e sua existência como governo livre e independente.

Mas, em virtude disso, por meio da cláusula de jurisdição obrigatória, espera-se de cada membro o cumprimento das recomendações, possibilitando a existência comercial de países e setores com pequena representação internacional.

Conforme descrito nos termos do Tratado, vemos a presunção de “auto-executoriedade” que o ente violador deve ter para retirar a ilegalidade de cena, por si, haja vista a impossibilidade de imposição externa direcionada a um ato interno, e autônomo, ditando que devem ser extintos por quem os tenha efetuado, restando ao prejudicado a esperança de que realmente seja dado fim ao ato ilegal. Pode-se exigir a exequibilidade, mas não há como impô-la senão por decisão política favorável às partes.

#### Artigo 22 – Compensação e suspensão das concessões

§ 1º A compensação e a suspensão de concessões e outras obrigações são medidas temporárias que se podem adotar caso as recomendações e as decisões não sejam executadas dentro de um prazo razoável. Contudo, nem a compensação nem a suspensão de concessões ou outras obrigações são preferíveis à execução completa de uma recomendação como forma de tornar uma medida conforme aos acordos abrangidos. A compensação é **voluntária** e, se aprovada, deve ser compatível com os acordos abrangidos.

§ 2º Se o Membro em causa não tornar a medida que foi considerada incompatível com o acordo abrangido conforme ao mesmo, ou se, de qualquer outro modo, não cumprir as recomendações e as decisões dentro de um prazo razoável, esse Membro deverá, se tal lhe for requerido e

nunca após o termo do prazo razoável fixado, entabular negociações com qualquer parte que tenha acionado os processos de resolução de litígios, com vista a chegarem a acordo sobre uma compensação mutuamente satisfatória. Se não for acordada nenhuma compensação satisfatória no prazo de 20 dias a contar da data em que expira o prazo razoável, qualquer parte que tenha acionado o processo de resolução de litígios pode solicitar autorização do Órgão Solucionador de Controvérsias para **suspender a aplicação, em relação ao Membro em causa**, das concessões ou outras obrigações previstas nos acordos abrangidos. (WTO, 2012) (grifei)

Moldando-se à legalização dos procedimentos, a solicitação formalizada de autorização para qualquer procedimento retaliatório mostra essencial evolução da norma, pois evita que a predominância do poder diplomático do membro mais forte economicamente se sobreponha e sobressaia no envolvimento controverso, combatendo a retaliação autoimpositiva sem negar-lhe a possibilidade política de manifestação.

Registre-se que, de acordo com os objetivos de criação da OMC, entre os principais itens, ligados à liberalização comercial e à reciprocidade de comportamentos, a segurança jurídica necessária à efetivação de investimentos é o alvo perseguido na luta evolutiva dos procedimentos.

Aduz à natureza dúplice o fato de uma derrota contenciosa trazer consequências negativas à reputação do membro perdedor, pois nenhum quer ser visto como sucumbente nem tampouco sofrer a medida punitiva ocasionada por uma decisão política interna, particularizada, favorável às suas pretensões, segundo justificativas próprias e possivelmente válidas em sua legislação, o que de fato deve ser considerado, e por tal impossibilitando, assim, a prevalência jurídica sobre a diplomática, protegendo os possíveis vínculos comerciais futuros.

Assim sendo, a ideia mista referente à natureza jurídica dos atos emanados pela Organização Mundial do Comércio, por meio de seu Órgão Solucionador de Controvérsias, passa a ser a mais racional, por não ter como desvincular, segundo o raciocínio até agora desenvolvido, o âmbito diplomático do caráter jurisdicional, e vice-versa, até mesmo como respeito à existência e a política de convencimento de cada nação independente.

Recorre-se, portanto, ao entendimento de segurança e regularidade advindos da contínua colaboração e coexistência entre os povos, necessários para que o

acordo expresso pelo Tratado de Marrakesh detenha o *status* de norma integrante por cada Estado participante, favorecendo, assim, o exercício da personalidade jurídica de direito público internacional, forma essencial de admissão à validade gerencial, confirmadora do caráter legal, assumido em exaltação ao valor diplomático, como bem dita o art. VIII do citado tratado: “Artigo VIII [*status* da OMC]: A OMC terá personalidade legal e receberá de cada um de seus membros a capacidade legal necessária para exercer suas funções”. (WTO, 2012).

Quanto à necessária existência de normas de regulação atinentes às atribuídas para atuação da OMC, deve-se mencionar a presença do *pactum in negotiando* e do *pactum in contraendo*, trazendo consigo a integração liberalista associada ao dever de cooperação entre todos os membros.

Em clara “jurisdicização” de regras jurídicas, a proposta de rompimento com o sistema puramente negocial, remete às dificuldades enfrentadas pelo jogo político advindo do diálogo entre representantes governamentais voltados à promoção de interesses particularizados em suas normas internas. Por assim dizer, o diálogo puramente diplomático não tem o condão de se impor como norma obrigatória dentro da particularidade e soberania de cada Estado, gerando com isso a criação de regras definidas pela máxima: se definido, há que ser decidido constituindo um ciclo de eficácia entre a criação da norma e sua posterior aplicação na produção de resultados (FIORATI, 2000, p. 71).

Em completa agregação ao fator diplomático, a necessária “jurisdicização” dos *ares mercantis* internacionais mostrou seu viés quando nas palavras elencadas no art. II, em seu primeiro parágrafo, do acordo advindo da rodada do Uruguai:

A Organização Mundial do Comércio fornecerá um marco comum institucional para a conduta de relações comerciais entre seus membros em matéria relacionada aos acordos e instrumentos jurídicos incluídos nos anexos deste Acordo. (WTO, 2012)

Conforme a tentativa de conferir o caráter obrigacional às normas inclusas na atuação da OMC, o entendimento utilizado na solução de controvérsias elenca a idealização da chamada jurisdição automática, como garantia de adimplemento dos acordos pactuados entre os membros integrantes. Assim, fica ao membro prejudicado a garantia de, em havendo comprovado o interesse cumulado com o

respectivo prejuízo, solicitar a criação e manifestação do painel originário, para que com os relatórios elaborados sobre o caso concreto, e com aval do Órgão de Apelação, possam ser reconhecidos, pareados com o interesse internacional, em motivação à adoção de medidas negativas que possam contrabalancear todo o relacionamento afetado, emergindo a sensação de justiça internacional.

Porém, mesmo com a tentativa normativa em latente crescimento no meio mercantil externo, ainda vemos presentes resquícios sólidos dos métodos diplomáticos servindo como ratificadores às normas legais que por si já deveriam se impor, investidas de toda a indumentária intrínseca aos atos jurisdicionais válidos. Digo, se se almeja a criação de um mecanismo dotado de formalidades, em tendência à necessária existência das normas primárias e secundárias reguladoras das condutas humanas no Direito, como aceitar que, anos após anos, coexistam obrigatoriedade e facultatividade em afirmações como as mencionadas pela ilustre professora Fiotati (2006), no tocante a aceitação formal de regras normativas, a não ser que o consenso esteja prejudicado de tal monta que não obrigue a todos? Em suas letras:

A OMC possui um sistema jurídico formal para a prática do consenso e este procedimento é previsto no Acordo de Marraqueche art. IX. A regra normal é a aceitação formal por todos os membros. A menos onde houver disposição diversa, se não houver possibilidade de consenso a matéria será submetida à votação, onde cada membro terá direito a um voto e nenhum membro o direito de veto. Emendas que não alterem os direitos e obrigações das partes podem ser aprovadas por dois terços dos membros, **embora somente obriguem aqueles que nelas votaram.** (FIORATI, 2006, p. 75) (Grifei)

Claramente temos o reconhecimento de que situações específicas possam ser descumpridas, fato que, para não gerar um mal estar coletivo e a retirada de membros do bloco, devido à impossibilidade de cumprimento de alguns termos acordados, é cedido aval estritamente excepcional, o *waiver*, para não observação da regra geral. Fica previsto no entendimento um salvo conduto diplomático para desobediência normativa estabelecida validamente.

Ora, não há como concluir de modo diferente que ambos os institutos, jurídico e diplomático, até então distintos, estão, no presente momento, indissociáveis na

atuação da Organização Mundial do Comércio, o que mostra a evolução, mas ao mesmo tempo a estagnação diante desse paradigma, que a meu ver mexe profundamente nas fontes do Direito Internacional, servindo a questionamentos e carecendo de maiores delimitações às gerações futuras identificadoras do Direito.

### 3 Considerações finais

O surgimento da OMC ocorreu pela necessidade de mútua colaboração entre os Estados, em reconhecimento à existência da comunidade internacional, sendo essa instituição o modo pelo qual o desenvolvimento de sistemas solucionadores de controvérsias se externou, após longos e conturbados períodos de recessão enfrentados pela economia mundial, contornando as graves instabilidades que permeavam as negociações fundadas exclusivamente no aparato diplomático de resolução dos conflitos.

Como agente administrador do conjunto de acordos da Rodada do Uruguai, a OMC assumiu seu papel frente a outras organizações incentivadoras de políticas econômicas de nível mundial, que possibilitam uma universalização, concentrada, de entendimentos atinentes às interpretações normativas/vinculativas e assistidas pelo democrático diálogo exaltado pela necessária cooperação entre as partes.

Da natureza puramente contratual até a atribuição de personalidade jurídica própria à Organização, o comércio internacional circundou entre as práticas consensuais, que sem demérito algum sustentaram o comércio entre nações por longos períodos, culminando na supremacia jurídica garantidora da economia moderna, consequência direta do desenvolvimento sociocultural dos povos. Muito embora ainda não seja possível desassociar esses dois institutos (diplomático e jurídico), privilegiando um em detrimento do outro, o mais óbvio é a moderação institucional que não afaste a diversidade política de sua essência, exaltando o positivismo da necessária dinâmica relacional.

Entendo como modo de aperfeiçoamento metodológico, a relevância do entendimento do sistema, ora discutido neste estudo, traz em seu bojo toda uma principiologia a ser considerada, que em constante processo de evolução dos mecanismos se apura cada vez mais, proporcionando a sensação de justiça tão idealizada por todos, dando credibilidade e previsibilidade aos procedimentos

que anteriormente baseavam-se na discricionariedade altamente individualizada dos entes.

Identificar, então, faz-se necessário, a noção vinculativa de uma organização internacional reguladora dos interesses coletivos de sustentação comercial, mostrando-se ora como um típico órgão decisório, dotado de processos e procedimentos, ora com características diplomáticas, com relatórios e sugestões a serem aderidas por seus integrantes, incentivadora da autocomposição das partes em diálogo prévio à lide.

Especificamente, a constituição da norma legal no âmbito da OMC não visa ao rompimento com os costumes alinhavados pelo discurso político das relações internacionais, mas, como muito bem determinado, a proposta é de associação de forças na busca de decisões amplamente justificáveis e aceitáveis, exaltando-se a necessidade de manutenção da estabilidade econômica e da promoção da paz, que por vários momentos históricos mostrou-se ameaçada pelo crescimento desvinculado de preocupações com condições humanitárias.

Portanto, caso se deseje atribuir o aspecto predominantemente vigente na resolução de controvérsias comerciais internacionais, e considerando que embora nascida da proposta de ampliação da jurisdicionalização em detrimento da diplomacia, até então insuficiente, ainda não há como decantar as duas forças, sendo mais prudente recorrer à natureza mista almejadora de uma normatização cada vez mais concreta e por isso mais vinculativa na produção de resultados, conforme a aceitabilidade dos procedimentos e a evolução dos meios comerciais se mostrem no caminhar dos anos.

Em suma, ressalto que a crescente recorrência no acionamento do sistema de controvérsias da OMC mostra que a tendência de globalização dos atos não mais se estabelece em um desejo longínquo, distante do mundo dos fatos, mas, ao contrário, é um fator vivenciado pelas atuais gerações, da qual faço parte, que se incumbem desde então na quebra de paradigmas, como modo de autoafirmação da comunidade internacional, coexistente com interesses inerentes a cada Estado.

## Referências

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A solução de controvérsias na OMC**. São Paulo: Atlas, 2008.

FAVARO, Luciano Monti. **A solução de controvérsias na Organização Mundial do comércio: o caso dos pneus reformados advindos da União Europeia**. 2011. 280f. Tese (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Universidade Católica de Brasília, DF, 2011.

FIORATI, Jete Jane. **Direito do comércio internacional: OMC, telecomunicações e estratégia empresarial**. Franca: UNESP-FHDSS, 2006.

THOSTENSEN, Vera. **OMC: As regras do comércio internacional e a rodada do milênio**. São Paulo: Aduaneiras. 1999.

THE WOLRD TRADE ORGANIZATION – WTO. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em: 1º mar. 2012.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **O Direito: Introdução e Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BENEVIDES FILHO, Maurício. **A sanção premial no Direito**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 30, de 1994. Aprova a Ata Final da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, as listas de concessões do Brasil na área tarifária (Lista III) e no setor de serviços e o texto do Acordo Plurilateral sobre Carne Bovina. **Diário do Congresso Nacional**. Brasília, DF, 15 dez. 1994. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 1355, de 30 de dezembro de 1994. Promulga a Ata Final que incorpora os resultados da Rodada do Uruguai de negociações multilaterais comerciais do GATT. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 30 dez. 1994. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

- BRAZ, Mario Sergio Araujo. **Retaliação na OMC**. Curitiba: Juruá, 2006.
- COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva**. Tradução José Arthur Giannotti. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 2000.
- CONDORCET, J. A. N. **Esboço de um quadro histórico dos progressos do espírito humano**. Campinas: Editora da Unicamp, 1993.
- DANTAS, Marciano. **O FMI e o Banco Mundial**. Disponível em: <<http://professormarcianodantas.blogspot.com.br>>. Acesso em: 5 mar. 2012.
- DARWIN, Charles. **A origem das espécies, no meio da seleção natural ou a luta pela existência da natureza**. Tradução de Mesquita Paul. Porto: Lello e irmão, 2003.
- DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Direito Internacional Privado: abordagens fundamentais, legislação, jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DINIZ ALVES, José Eustáquio. **A polêmica Malthus versus Condorcet reavaliada à luz da transição demográfica**. Disponível em: <<http://sociales.cchs.csic.es/jperez/pags/Teorias/Textos/Diniz2002.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2012.
- DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: Parte Geral**. 9. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- FERREIRA, Diego Vikboldt; BAUMGARTEN, Marcelo Zepka. **Controvérsias internacionais: soluções pacíficas e coercitivas**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2550](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2550)>. Acesso em: 28 ago. 2011.
- MANDJAROF, Rosana; DUARTE, Carlos. **O positivismo – Auguste Comte**. Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/comte.htm>>. Acesso: 5 mar. 2012.
- MARTINS, Eliane Maria O. **A sistemática de solução de controvérsias no âmbito da OMC**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4977/a-sistematica-de-solucao-de-controversias-no-ambito-da-omc>>. Acesso em: 24 set. 2011.
- \_\_\_\_\_. **A OMC e a sistemática de solução de controvérsias**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21883-21884-1-PB.htm>>. Acesso em 28 ago. 2011.

IMPrensa Oficial: **Despacho nº 9/GM/96**. Disponível em: <<http://bo.io.gov.mo/bo/i/96/09/desp09.asp#ptg>>. Acesso em: 6 abr. 2012.

WIKIPÉDIA. Verbetes **Organização Mundial do Comércio**. Wikimedia, 2011. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/>>. Acesso em: 24. set. 2011.

VARELA, Marcelo Dias; SILVA, Alice Rocha da. **A mudança de orientação da lógica de solução das controvérsias econômicas internacionais**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v49n2/a02v49n2.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2011.

ZANETTI, Augusto. **Comércio internacional: do GATT à OMC**. São Paulo: Claridade, 2011.

# O Contrato como Operação Econômica: contributo científico a partir da obra de Enzo Roppo

Ivan Guimarães Pompeu\*  
Renata Guimarães Pompeu\*\*

*1 Considerações iniciais. 2 Considerações gerais sobre o contrato:  
2.1 O conceito jurídico; 2.2 O direito dos contratos; 2.3 A natureza  
heterônoma da autonomia contratual. 3 A operação econômica: 3.1  
Contrato, custos de transação e mercado; 3.2 Contrato e empresa.  
4 Considerações finais.*

## Resumo

Tem como tema central a articulação existente entre a realidade jurídica representada pelo contrato e a operação econômica que ele legitima. O propósito aqui reside em tornar mais consistente o estudo jurídico do contrato por meio do reconhecimento e da compreensão do fato socioeconômico que o constitui. A discussão de aspectos da teoria geral dos contratos sob a ótica econômica fará possível a percepção de que o fenômeno contratual flui sobre um processo de deliberações (algumas até mesmo passíveis de antecipação), permitindo à

---

\* Doutorando e mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, especialista em Direito de Empresa pelo Centro de Atualização em Direito (CAD) da Universidade Gama Filho, professor do curso de Direito do Centro Universitário UNA, do Centro Universitário Newton Paiva e da Faculdade Fead, membro da Associação Mineira de Direito e Economia, advogado associado do escritório Rolim, Viotti, Leite Campos.

\*\* Doutora em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, especialista em Processo Civil pelo Centro de Atualização em Direito (CAD) da Universidade Gama Filho, professora adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, membro da Associação Mineira de Direito e Economia.

Economia articular modelos de incentivo ou desencorajamento de determinados comportamentos, estruturando e regulando mercados.

**Palavras-chave:** Contrato. Autonomia privada. Direito. Economia.

### *Abstract*

*The present paper is focused on the relationship between the legal reality represented by the contract and the economic operation which it legitimizes. The purpose here is to make more consistent the study of the contract through the recognition and understanding of the socio-economic fact which gives it form. Investigation of some aspects of the general theory of contracts under the economic perspective will make possible realized that the phenomenon flows over a process of deliberation (some even capable of anticipation), allowing Economy create models to encourage or discouraging certain behaviors, structuring and regulating markets.*

**Keywords:** Contract. Autonomy. Law. Economy.

## 1 Considerações iniciais

A motivação jurídica ou a hipótese metodológica que mobilizou a redação do presente texto reside na articulação que parece inseparável entre os contratos e a Economia.<sup>1</sup> O contrato como operação de natureza multidisciplinar se projeta em espaços como o Direito, a Economia, a Sociologia e a Hermenêutica. O tema aqui investigado refere-se ao contrato em sua acepção jurídica como instrumento organizador e legitimador da operação econômica. Considerar

---

<sup>1</sup> Neste mesmo sentido Vincenzo Roppo: “L’area del contratto è, in parole più empiriche, l’area degli impegni economici concordati e legalmente vincolanti (cioè coercibili coi mezzi della legge): area strategica in ogni organizzazione sociale, e segnatamente nelle società evolute.” (A área do contrato é, em sentido empírico, a área de acordos econômicos vinculantes (ou seja coercíveis através dos meios legais): área estratégica em cada organização social e, notadamente, nas sociedades evoluídas – tradução livre) (ROPPO, 2001, p. 3). Igualmente registrou Fernando Araújo: “[...] na visão mais ampla que é consentida pelo prisma econômico, o contrato é essencialmente um facilitador da circulação de titularidades de valores e de modos de governo conjunto (ou governação) de problemas atinentes ao conhecimento, ao poder e aos interesses.” (ARAÚJO, 2007, p. 18)

ou estudar o instituto contratual sem o obrigatório viés econômico que lhe é próprio representaria descompromisso científico. O estudo do contrato à luz da Análise Econômica do Direito<sup>2</sup> significa trazer ao debate mais uma, dentre tantas, ferramentas hermenêuticas.<sup>3</sup>

O que se quer dar ênfase aqui é que a noção de contrato como realidade jurídica deve sempre considerar a operação econômica<sup>4</sup> que lhe subjaz, pois assim tornará consistente o arcabouço legal do Direito dos Contratos. O contrato como operação econômica foi investigado por Enzo Roppo em sua clássica obra **O Contrato** (ROPPO, 2009) e também na obra de mesmo título – *Il Contratto* –, mas escrita sob o nome de autor Vincenzo Roppo (2001).

O propósito é recuperar algumas das reflexões de natureza econômica feitas pelo autor italiano articulando-as ou reinterpretando-as sob a ótica dos conceitos fundamentais da Análise Econômica do Direito, tais como riqueza, eficiência, agente racional,<sup>5</sup> custos de transação,<sup>6</sup> mercado, simetria e assimetria de informações e a externalização dos efeitos sobre terceiros.

Nesse caminho sugere-se como recurso conceitual esclarecedor a concepção de empresa firmada por Ronald Coase<sup>7</sup> como um complexo ou “feixe” de contratos cujos custos de transação são extremamente relevantes. A empresa representaria um contexto dinâmico de atividades, relações e transações econômicas, traduzidas

---

2 Por certo, o Direito representa uma ciência autônoma, mas conta também com um contexto de interdisciplinaridade que não pode ser negado. Economia e Direito articulados em nada se afastam de seus fundamentos nucleares, apenas possibilitam (aqui para o Direito) uma análise mais consistente das inúmeras realidades às quais se deve oferecer tratamento ou regulação.

3 “A análise econômica do contrato pretende ser complementar da análise jurídica [...] fazendo recair uma especial atenção nos efeitos geradores de riqueza que podem associar-se àquele acordo de coordenação de condutas, efeitos que o transformam em veículo de consumação e permuta de utilidades.” (ARAÚJO, 2007, p. 14)

4 “De fato, falar em contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, direta ou mediadamente – para a ideia de operação econômica.” (ROPPO, 2009, p. 8)

5 “*Una persona razonable está socializada conforme a las normas y convenciones de una comunidad. De tal suerte que sus fines son congruentes con los valores compartidos, y su búsqueda de ellos se corresponde con las normas del grupo.*” (Uma pessoa razoável está socializada conforme as normas e convenções de uma comunidade. De tal sorte que seus objetivos são congruentes com os valores compartilhados, e a busca destes correspondente com as normas do grupo – tradução livre). (COOTER; ULLEN, 2008)

6 Nas palavras de Fernando Araújo, Ronald Coase teria recuperado o conceito de custo de transação articulando “[...] a comparação de eficiências entre a solução de mercado e a solução de integração numa empresa como formas de arregimentação e organização dos fatores produtivos – ou seja, a solução horizontal de compra no mercado confrontada com a solução de coordenação vertical da produção através de fatores subordinados a uma organização hierárquica.” (ARAÚJO, 2007, p. 198)

7 “*In my article on ‘The Nature of the Firm’ I argued that, although production could be carried out in a completely decentralized way by means of contracts between individuals, the fact that it costs means something to enter into these transactions means that firms will emerge to organize what would otherwise be market.*” (No meu artigo A Natureza da Firma”, argumentei que, embora a produção possa se dar de uma maneira inteiramente descentralizada por meio de contratos, o fato de essas operações terem custos quer dizer que algo acrescenta-se nessas transações, significando que a empresa surgirá para organizar uma realidade, que, por outro lado, possa ser o mercado. – tradução livre). (COASE, 1988, p. 7)

juridicamente pela figura do contrato. A natureza contratual da empresa é trazida aqui, pois auxilia a reflexão sobre o ajuste contratual de condutas. Ela ilustra um contexto de evidente e natural consideração dos aspectos econômicos, presentes nas relações jurídicas ditas contratuais.

O contrato, como realidade jurídica que é, representa, em linhas gerais, um acordo ou ajuste de condutas, legitimado pelas diretrizes que emanam do princípio da autonomia negocial. Ser autônomo no âmbito do Direito Privado pressupõe a titularidade de um poder jurídico de se autorregular, denominado autonomia privada. Mas, nem todos os espaços do Direito Privado permitem o pleno exercício dessa autonomia, pois neles se impõe o heterônomo comando legal, cuja natureza é essencialmente coerciva.

O contrato como fato jurídico revela natureza complexa que se inicia por legitimar um fato social de conteúdo patrimonial (sendo um dos seus principais elementos a articulação econômica), compondo, em seguida, uma realidade técnica (caminhando pelos planos da validade e eficácia), cujas normas jurídicas que o regulam surgem das regras e princípios legais (ROPPO, 2009). E todas estas realidades ocorrem ao mesmo tempo, simultânea e sequencialmente.

Subjacente a esse conceito técnico de contrato mencionou-se a presença da operação econômica em que se dá a articulação de interesses entre particulares. O que se troca por meio da transação apresenta sempre uma natureza patrimonialmente apreciável. Porém, o processo dessa operação econômica conta igualmente com preocupações ou expectativas de ordem existencial. A formação do vínculo, seja ainda em nível anterior ao mundo jurídico, como fato social, pressupõe uma rede de pretensões imaginadas pelos agentes para realizarem as trocas.

A Análise Econômica do Direito considera que os agentes que se articulam agem de forma racional, delineando atuações consistentes como recurso para a maximização de seus interesses. A reflexão que se propõe reside na noção de maximizar interesses próprios no universo capitalista. Pretende-se esclarecer que a conduta que promove interesse próprio nem sempre recusa, rejeita ou prejudica interesse comum, bem como a conduta que afirma considerar o bem-estar social nem sempre auxilia no desenvolvimento de todos. E o contrato, por possibilitar uma evidente circulação de riquezas, pode, deve e existe para articular o cenário público e o privado.

A operação econômica recebida no plano da existência do mundo jurídico ilustraria, assim, as escolhas racionais (COOTER; ULEN, 2000) ou a disposição negocial de cada parte, as quais apresentam interesses contrapostos, mas ajustáveis. No processo de negociação, os participantes considerarão o que já se mencionou como custo de transação. Além das expectativas existenciais propriamente ditas, o contrato pressupõe também uma contabilidade de custos de maneira a gerar uma escolha consistentemente articulada.

Considera-se que o processo negocial dos contratos sempre deverá articular fatores de heteronomia (condutas realizadas por dever/necessidade) e de autonomia (condutas movidas por vontade). O contrato organiza tecnicamente, ou legitima a operação econômica que é constituída por um sistema de trocas em que cada parte é influenciada por variáveis múltiplas (aqui denominadas custos de transação) para que se produza a escolha possível, pressupostamente consistente.

## 2 Considerações gerais sobre o contrato

A disciplina jurídica dos contratos segue como orientação básica todas as normas legais relativas ao negócio jurídico, e nesse contexto destaca-se, na essência, o poder negocial e a composição das categorias jurídicas. O contrato tem seu relevo como negócio jurídico que é por meio do exercício da autonomia privada para possibilitar a composição do conteúdo que se pretende na relação negocial.

Entretanto, além do destaque dado à autonomia contratual e sua possibilidade de exercício entre o campo da heteronomia, o contrato também apresenta uma estrutura jurídica clássica que o define como negócio jurídico bilateral para permitir a criação, modificação, extinção e manutenção de direitos e obrigações cuja natureza patrimonial é predominante.

Até aqui procedemos à identificação de uma sequência, uma articulação de termos, na qual parece oportuno decompor o conceito de que nos ocupamos: operação econômica – contrato – direito dos contratos. Quer dizer: a operação econômica, na sua materialidade, como *abstracto real* necessário e imprescindível daquele conceito; o contrato como formalização jurídica daquela, isto é como conquista da ideia de que as operações econômicas podem e devem ser reguladas pelo direito, e como construção da categoria

científica idônea para tal fim; o direito dos contratos, como conjunto – historicamente mutável – das regras e dos princípios, de vez em quando escolhidos para conformar, duma certa maneira, aquele instituto jurídico, e, portanto, para dar um certo arranjo – funcionalizado a determinados fins e a determinados interesses – ao complexo das operações econômicas efectivamente levadas a cabo. (ROPPO, 2009, p. 11)

Para que se discuta então o contrato como operação econômica, é necessário o retorno à definição de sua estrutura jurídica clássica, porém apresentando renovada percepção do fenômeno da autonomia privada que deve ser compreendida entre a rede de heteronomia que a compõe.

## 2.1 O conceito jurídico

O contrato como conceito jurídico pretende destacar a formalização pelo Direito de uma conduta humana autônoma, consciente e intencional na escolha do conteúdo eficaz da operação econômica que ele reveste. “Contrato é um conceito jurídico: uma construção da ciência jurídica elaborada [...] com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir uma série de princípios e regras de direito” (ROPPO, 2009, p. 7).

Torna perceptível que o contrato como conceito jurídico é distinto da operação econômica, embora seja ela efetiva projeção do fenômeno negocial que pode ser imaginado num plano, no mínimo tridimensional, se considerados o conceito jurídico, a operação econômica e o direito dos contratos. A partir de sua realidade como estrutura da ciência do Direito, válida a existência da relação econômica. Aqui se imagina a construção jurídica, a partir, por exemplo, da verificação dos pressupostos para sua existência. A identificação da presença de um agente que externaliza sua vontade de alguma maneira ou forma, seja ela escrita ou oral, por exemplo, em relação a determinado conteúdo jurídico, marcaria os indícios iniciais da existência de um contrato.

Além disso, para que se possibilite a concretização do contrato em sua acepção técnico-jurídica, é necessária a identificação de um ajuste de condutas ou de um “acordo de coordenação de condutas” (ARAÚJO, 2007, p. 14). O ajuste de condutas costuma ser denominado de acordo de vontades, mas, se aqui a opção se

dá pela ênfase na natureza heterônoma da autonomia contratual, parece preferível evitar um idealismo da vontade. Afirmar a coordenação de condutas sugere uma descrição arguta do fenômeno contratual, em especial quando se investiga sua existência jurídica como forma de revestir uma operação econômica.

## 2.2 O direito dos contratos

A realidade constituída pelo contrato numa extensão macro e complexa é igualmente formada pelo Direito dos Contratos que pretende delinear um arcabouço de regras e princípios responsáveis pela estruturação do conceito jurídico e pela regulação da operação econômica. A expressão Direito dos Contratos pretende ilustrar não uma regulação passiva das transações negociais de modo a dar estrutura ao conceito jurídico, mas sim um conjunto de determinações e orientações efetivas urdidas conforme objetivos econômicos e políticos.

Se o Direito dos Contratos pretende dar nome a um universo complexo de regras, princípios e comandos legais de toda sorte sobre a realidade do contrato, não se pode desconsiderar que tal universo seja conduzido por interesses de natureza econômica, até mesmo se considerada a realidade social e cultural do que se denomina “mercado”. O estudo do contrato desmembrado em três níveis, como sugere Enzo Roppo, reflete, no enfoque do Direito dos Contratos, a preocupação com as normas jurídicas reguladoras das relações negociais, mas principalmente uma preocupação em tornar claro que o universo do contrato sofre interferência das orientações políticas e econômicas que mobilizam várias reações de mercado.

Se o pressuposto neste trabalho tem sido o contrato como operação econômica, representaria uma leitura pouco sistemática e minimamente consistente negar que as regras jurídicas que cuidarão dessa realidade não são regras influenciadas pelo fato social que o mercado simboliza. Afirmar a existência do mercado significa reconhecer a existência de uma instituição entendida aqui como um conjunto de costumes e estruturas sociais estabelecidas em razão de um contexto social, antropológico, econômico e cultural.

Deve ficar claro, de facto, que a disciplina legal dos contratos – longe de limitar-se a codificar regras impostas pela natureza ou ditadas pela razão (como afirmavam os seguidores do direito natural) – constitui, antes,

uma intervenção positiva e deliberada do legislador (das forças políticas que exprimem o poder legislativo), destinada a satisfazer determinados interesses e a sacrificar outros, em conflito com estes, tentando dar às operações econômicas concretamente realizadas um arranjo e um processamento, conforme aos interesses que, de quando em quando, se querem tutelar. (ROPPO, 2009, p. 22)

As normas jurídicas que regulam o contrato devem assim ser articuladas da maneira mais sistemática possível, em termos de interpretação e aplicação. Significa dizer que princípios como a função social do contrato e a boa-fé devem considerar os conceitos de teoria geral do Direito Privado, bem como os direitos fundamentais previstos na Constituição da República, além de valores como a livre iniciativa e a dignidade humana, articulados à realidade da ordem econômica.

### 2.3 A natureza heterônoma da autonomia contratual

A descrição do que se chama de Direito dos Contratos torna-se legítima e necessária para se compreender o alcance das múltiplas “interferências” que o fenômeno contratual recebe ao longo de sua formação, execução e até mesmo após sua conclusão. Esse “caminho” de percepção e compreensão da existência do contrato como conceito jurídico e moldado pelo Direito dos Contratos torna-se mais facilmente compreensível se imaginado como um processo obrigacional essencialmente discursivo.

Nesse processo discursivo, desenvolvem-se e exercitam-se os poderes jurídicos autônomos de seus agentes, como sujeitos de direito capazes de escolhas sobre o conteúdo que comporá o vínculo negocial. O desenvolvimento da dialogia contratual, por meio da autonomia privada, revela a operação econômica em formação e trânsito, praticada igualmente entre elementos de heteronomia.

Parece recorrente no estudo da autonomia contratual relacioná-la à filosofia kantiana da autonomia.<sup>8</sup> Tradicionalmente o poder jurídico negocial dos

---

8 “Kant inicialmente acompanhou Crusius em sua concepção da estrutura do poder que nos permite ser autogovernado. Construiu a vontade como a exigência racional de consistência na ação. [...] Como podemos escolher, nunca temos de ceder a desejos que, embora certamente partam de nós mesmos, são causados em nós por nossos encontros com o mundo exterior. Kant combinou uma vontade crusiana com o tipo de liberdade da indiferença defendida por Malebranche, Locke e Clarke, para permitir não apenas a espontaneidade, mas também a autonomia.” (SCHNEEWIND, 2001, p. 563)

contratos é denominado de autonomia da vontade, e nesse contexto sugere-se que a ideologia de Kant tenha influenciado a compreensão da autonomia como um poder jurídico negocial exercido de maneira absoluta. Afirmar-se que a vontade, no universo dos contratos, estaria sendo percebida e endossada como uma espécie de dogma. A percepção da autonomia negocial era a de um poder jurídico indiscutível ou incontestável, promovendo a exacerbação de princípios como a obrigatoriedade e relatividade dos efeitos do contrato. A reconstrução científico-jurídico do fenômeno da autonomia da vontade fez com que se afirmasse a existência de um poder jurídico negocial limitado por determinadas externalidades e perfeitamente passível de revisão de suas cláusulas em nome da justiça contratual. Sugeriu-se então a terminologia “autonomia privada” para a designação dessa faculdade negocial limitada por princípios como a boa-fé em sua aceção objetiva, a função social, assim como regras de revisão como a resolução por onerosidade excessiva.

A autonomia privada vem então tentando percorrer um caminho de renovação em relação à autonomia da vontade. Parece, entretanto, que alguns paradigmas relevantes ainda permanecem pouco destacados, apesar de poderem soar óbvios. Em primeiro lugar, a autonomia privada, sentida aqui no campo contratual, somente pode ser estudada e compreendida se percebida como um fenômeno precipuamente discursivo e relacional em que as categorias jurídicas vão sendo acertadas seja em que nível for. Diz-se isso, pois poderia haver oposição à percepção relacional quando da coordenação de condutas por meio de contratos chamados “de adesão”, cujo conteúdo é de pouca negociabilidade.

Em segundo lugar, a autonomia inclui em sua existência e exercício a manifestação da heteronomia. Seria como dizer que a autonomia possui uma natureza heterônoma que a compõe. O universo da autonomia representaria o exercício livre de determinadas faculdades entre uma rede de elementos heterônomos que articulam, moldam e compõem essa autonomia. Não parece possível que a autonomia tenha qualquer relevância se pensada além ou aquém do panorama da alteridade.

A autonomia sofre, assim, influências múltiplas na sua realização. Essas influências passam por preocupações e valores de ordem existencial, transitam pelas condutas juridicamente proibidas e obrigatórias que impõem determinados comportamentos, bem como passam pelas influências da racionalidade econômica.

Os comportamentos de racionalidade econômica, é verdade, não deixam de sofrer resistência da racionalidade existencial, pois estão essencialmente articulados.

É real que os modelos econômicos pressupõem uma racionalidade um pouco mais objetiva do que aquela contida em tendências, inclinações e desejos de ordem meramente emocional. Porém, também esses modelos não estão imunes às transformações e alterações negociais que podem ocorrer, em completo desacordo com as previsões econômicas, dada a relevância dos elementos de heteronomia que movimentam a autonomia. Para que se cogite do contrato como operação econômica, parece essencial compreender que o poder juridicamente reconhecido que o mobiliza tem em seu núcleo uma rede de singularidades heterônomas que o articula.

### 3 A operação econômica

Roppo afirmava que “[...] o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas. Donde se conclui que onde não operação econômica, não pode também haver contrato.” (ROPPO, 2009, p. 11). A operação econômica que o contrato “torna” jurídica evidencia-se de maneira macro pela evidente circulação de riquezas que a coordenação de condutas promovida por ele produz. Seja o contrato de natureza onerosa ou gratuita, não há negligenciar que a relação jurídica possibilita o fluxo de bens e serviços oferecidos em troca de contraprestações equivalentes ou não. Igualmente um contrato como o aleatório promove a circulação de riquezas por meio de uma operação econômica que pode ser dita mais arriscada e pouco pré-estimada, já que não se pode prever de antemão as prestações de cada agente. “[...] onde existe circulação de riqueza, atual ou potencial transferência de riqueza de um sujeito para outro (falando de riqueza não nos referimos só ao dinheiro e aos outros bens materiais, mas consideramos todas as utilidades susceptíveis de avaliação econômica).” (ROPPO, 2009, p. 13)

A operação econômica traz consigo a troca de utilidades feita de maneira onerosa ou não. As utilidades podem ser oferecidas por meio de prestações de bens e/ou serviços oferecidos e queridos no mercado, lócus de transações que lhe permitem um balizador de valores. Esse fato social mobilizador de permutas ou

mesmo de um fluxo de utilidades, já que nem todas implicarão contraprestação, orienta-se por um conceito econômico denominado “custo de transação”.

### 3.1 Contrato, custos de transação e mercado

A circulação ou fluxo de bens valorados economicamente, bem como de serviços que são considerados importantes e requisitados socialmente, parece ser o “objeto” do mercado. O mercado pode ser considerado, em primeiro lugar, como um fato social de costumes, hábitos econômicos de troca, organizados por meio de determinados códigos e condutas. Ele possibilita de maneira relativamente consistente e coordenada esse fluxo de riquezas movimentado pelos contratos. “O mercado atende às trocas relacionais e, implicitamente, envolve a própria noção de comunidade. Sem mercado não há trocas, e, sem trocas, a economia não se desenvolve [...]” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 15). O contrato aparece como relevante instrumento promotor de fluxo de riquezas, desempenhando, assim, papel central na economia de mercado.

Igualmente, ou em acréscimo ao que foi dito sobre o mercado como fato social, pode-se acrescentar a natureza institucional do fenômeno que considera os costumes e as estruturas sociais regulados pelas leis. O mercado concentra o exercício das liberdades individuais ilustradas aqui pela autonomia/heteronomia contratual em que a noção de riqueza é definida pelos processos de interação (discursiva) entre os agentes. A relação entre mercado, Direito e Economia é nítida e não pode ser negligenciada no estudo dos contratos.

A escolha de mercado não é puramente racional, nem o resultado do processo científico de combinação de custo-benefício; ela leva em conta, muito mais, a interpretação de determinados significados, em esquema de incentivo/desincentivo. Assim é que o Direito, para Malloy, não cuida apenas de mediação do conflito em si – ele engloba também os valores dos processos de troca. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 16)

A operação econômica que o contrato regula ilustra a coordenação de condutas valoradas economicamente em razão do fato mercado. O que se mobiliza na relação jurídico-econômica do contrato se faz no mercado e para

ele. E esse fluxo de utilidades é realizado em atenção a um sistema de cálculo de valores e prejuízos de maneira a movimentar as condutas contratuais. Cada decisão de conduta a ser realizada por meio do contrato passa por uma análise de vantagens e desvantagens, pois assim se detecta o que incentiva e/ou deixa de incentivar determinadas prestações contratuais.

A teoria econômica dos custos de transação permite a inteligibilidade da relação jurídica contratual. Cada escolha por um tipo contratual pressupõe uma quantidade anterior de reflexões econômicas, morais, existenciais articuladas entre ônus e vantagens para cada um dos sujeitos envolvidos. Esse processo de deliberação inicia-se pela busca de informações sobre o parceiro contratual, sobre regras de preço, sobre a qualidade dos bens, sobre a presteza dos serviços. Em seguida, inicia-se o processo discursivo de negociação, elegendo-se conteúdos jurídicos conforme as necessidades, desejos e objetivos de seus autores.

No momento seguinte, ocorreria a formação de contrato, que em alguns casos obedecerá a exigências jurídicas de formalização para sua efetiva validade. A atenção à forma representa também custos na operação econômica do contrato que devem ser antecipados e considerados na melhor decisão entre as partes. Além disso, quando se cogita dos custos de transação de contratos, indaga-se se naqueles de execução continuada, por exemplo, os parceiros no compromisso negocial o cumprirão na forma pactuada. Nesse momento, cogita-se, essencialmente, da proteção ao direito de propriedade e posse dos bens e sua adequada empregabilidade no contrato. Verifica-se o devido cumprimento das prestações em atenção aos benefícios e custos de cada parte.

Por fim, na avaliação de custos de transação, pode-se afirmar que são cogitadas as consequências jurídico-econômicas diante do inadequado cumprimento das prestações contratuais. A cobrança de indenização por prejuízos às partes é também antecipada no processo discursivo de negociação contratual, validando sua existência como operação econômica que é. “Os custos de transação são o principal elemento motivador da Teoria Neo-Institucionalista, de acordo com a qual o principal papel das instituições econômicas é reduzir o valor desses custos” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 62), e, por certo, o contrato é uma dessas formas de redução.

“Foi Ronald Coase quem primeiro chamou a atenção para a importância dos custos envolvidos na i[n]teração humana. Em especial, em artigo publicado em

1937, ele analisou como tais custos influíam na divisão entre transações realizadas dentro da empresa.” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 62) A noção de empresa aqui empregada vai ao encontro da definição hoje feita pelo Código Civil brasileiro, que a recebe como atividade. Todavia, o conceito estabelecido pelo Código ainda não levava em conta a noção de mercado e de uma realidade econômica inerente ao universo do Direito. Assim, empresa além de ser compreendida como atividade exercida pela pessoa jurídica ou pela pessoa natural (empresário individual), deve ser imaginada como uma grande rede de relações contratuais simultâneas.

### 3.2 Contrato e empresa

Embora se reconheça o emprego eventual da noção de empresa como sujeito de direito e talvez como forma de designar a sociedade que exerce atividade empresária, o que se percebe da definição legal e de toda a teoria jurídica sobre o tema é o efetivo emprego da expressão “empresa” como atividade. Uma realidade de atos articulados entre si de forma interdependente permite a visualização da atividade dita empresa. Além disso, essa atividade não pode ser exclusivamente científica ou literária. E o desenvolvimento dessa atividade se dá seja pela constituição de pessoa jurídica específica, como a sociedade, seja pela pessoa natural denominada empresário.

A empresa como atividade delinea um universo complexo de atividades que serão juridicamente reguladas, bem como economicamente consideradas. Isso significa dizer que toda a teoria dos custos de transação será operada quando se pressupõe a empresa. E a representação jurídica do comportamento racional em relação a esses custos será feita por meio do contrato.

O fenômeno negocial do contrato representa uma maneira jurídica e economicamente válida e legítima de se articularem interesses e necessidades, permitindo seja feita uma contabilidade sobre custos e benefícios. O exercício da atividade denominada empresa se torna então menos oneroso se desempenhado por meio de contratos adequadamente contabilizados e antecipados.

A teoria de Ronald Coase aqui mencionada afirma que a empresa não seria nada mais que um panorama de contratos articulados sempre com o fito de se reduzirem os custos de transação. Cada vínculo jurídico desenvolvido pela

atividade empresária se justificaria na forma de um contrato redutor de custos. Assim, supondo uma atividade empresária de locação de veículos, cada contrato de aluguel com o consumidor seria antecipado como um pequeno universo de uma realidade econômica. Além disso, os custos de transação também seriam considerados no momento de se decidir pela contratação de uma oficina mecânica de manutenção permanente dos veículos, pelo pagamento apenas por conserto ou pela contratação, com vínculo trabalhista, e representando outro contrato, de mecânicos profissionais. Aqui são sugeridos aspectos mínimos como exemplo do “feixe” de contratos por meio do qual se desenvolve a atividade empresária, já que esta também considera e deve considerar o fato institucional do mercado.

Na definição do conceito jurídico de empresa, encontram-se elementos como a organização e os fatores de produção, que articulados pressupõem uma redução de contabilidade. O contrato permite que a troca de utilidades feita por meio da atividade empresária articule de forma eficiente os custos de transação. A adequada articulação dos fatores de produção na atividade dita empresária se dá pela eleição de condutas contratuais eficientes.

Se o contrato adquire relevância cada vez maior com o progressivo afirmar-se do primado da iniciativa da empresa relativamente ao exercício do direito de propriedade, é também porque este constitui instrumento indispensável ao desenvolvimento profícuo e eficaz de toda atividade econômica organizada. (ROPPO, 2009, p. 67)

## 4 Considerações finais

O contrato como operação econômica amplia seu universo jurídico de aplicação, pois transcende a relação tradicional com a propriedade para encontrar-se também no universo negocial da atividade empresária. A transferência de riquezas feita entre os agentes que participam do contrato apresenta elementos ou natureza efetiva de um “jogo” econômico. Seja como troca nas relações contratuais onerosas, como a compra e venda, a locação e a prestação de serviços, seja em relações contratuais em que não existe a troca, pois são gratuitas, opera-se a circulação de riquezas.

A concepção de riqueza na relação jurídica do contrato deve ser entendida em sentido amplo, pois a contabilização dos custos de transação percorre tanto elementos de natureza essencialmente patrimonial como aqueles de natureza extrapatrimonial. Por mais que se diga que determinadas decisões de natureza existencial sejam realizadas em nome do altruísmo, o exercício da autonomia negocial se dá, também, em cogitação ao que se perde e o que se ganha.

A racionalidade econômica é operada em situações em que tradicionalmente se verifica a noção da riqueza, mas também se desenvolve em contexto em que a avaliação econômica direta, imediata ou precisa não pode ser feita. Porém, isso não retira a natureza econômica das condutas coordenadas entre os sujeitos de direito, já que toda uma racionalidade de pensamentos de perdas e ganhos é mobilizada em qualquer relação contratual.

A eficiência do contrato é então medida conforme a melhor ou pior adequação das condutas contratuais. A “funcionabilidade” (ROPPO, 2009, p. 221) seria verificada se todas aquelas fases previstas nos custos de transação se desenvolvessem mais ou menos próximas das antecipações das partes. Aquilo que é imprevisível e arriscado é nuclear na operação econômica e no conceito jurídico de contrato que a reveste, embora o cálculo de custos de benefícios seja efeito exatamente para minimizar o imponderável. Uma reconstrução crítica do contrato como fenômeno jurídico deve ser feita em atualização concomitante com a noção heterônoma da autonomia contratual, bem como pela percepção da natureza substancialmente econômica da operação.

## 5 Referências

- ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.
- BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

COASE, Ronald H. **The new institutional economics**. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici=sici=002282%199805%2988%3A2%3C72%3ATNIE%3E2.0.CO%3B2-M>>. Acesso em: 28 jul. 2008.

COASE, Ronald H. *The firm, the market and the law*. Chicago: London: Chicago University, 1988, *apud* ROBBINS, Lionel. **An essay on the natural and significance of economic science**. 2. ed. London: Macmillan & Co., 1935. p. 16.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, n. 1, 1960, p. 1-44.

COOTER, Roberto. ULEN Thomas. **Law and economics**. 5. ed. Califórnia: Addison-Wesley: Longman, 2008.

FERES, Marcos Vinício Chein; DIAS, João Paulo Torres. Teoria geral dos contratos relacionais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 30, 2007. p. 171-182.

FRANCO, Denis. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 135-162.

GAROUPA, Nuno. Análise económica do direito. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Coimbra, n. 32, dez. 2002, p. 23-38.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos: parte general**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 1, jan./jun., 2005, p. 41-66.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2003.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: RT, 2007.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, economia e relações patrimoniais privadas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 170, abr./jun. 2006, p. 159-173.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. São Paulo: Elsevier Campus, 2005.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

\_\_\_\_\_. **Maximización de la riqueza y Tort Law: una investigación filosófica**. Disponível em: <<http://www.eumed.net/coursecon/textos/posner-tort.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2008.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

REZZÓNICO, Juan Carlos. **Principios fundamentales de los contratos**. Buenos Aires: Astrea, 1999.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. Milano: Giuffrè, 2001.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 2, v. 5, mar. 2008, p. 5-58.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. **Da liberdade ao controle: os riscos do novo Direito Civil brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2007. 214 f.

SCHNEEWIND, J. B. **A invenção da autonomia**. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

STZAJN, Rachel. Notas de Análise Econômica: contratos e responsabilidade civil. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n. 111, 1998, p. 9-29.

\_\_\_\_\_. **Teoria jurídica da empresa**. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. Externalidades e custo de transação: a redistribuição de direitos no novo código civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 24, 2005, p. 250-276.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 63-96.

WALD, Arnold. O interesse social no direito privado. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 77-102.

## **Parecer PGBC-98/2012**

Parecer que analisa a decisão administrativa proferida pelo Procon estadual de Minas Gerais que determinou a suspensão, pelo prazo de cinco dias, da oferta de todo e qualquer serviço consistente em outorga de crédito ou concessão de financiamento pelas instituições financeiras que especifica, exceto aqueles destinados a consumidores já clientes da respectiva instituição, sob pena de multa diária.

**Eliane Coelho Mendonça**  
Procuradora-Chefe

**Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira**  
Subprocuradora-Geral

**Cristiano de Oliveira Lopes Cozer**  
Procurador-Geral Adjunto

**Isaac Sidney Menezes Ferreira**  
Procurador-Geral

Parecer PGBC-98/2012

Brasília, 17 de setembro de 2012.

*Ementa: Procon de Minas Gerais. Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor. Decisão administrativa cautelar dirigida a instituições financeiras. Suspensão pelo prazo de cinco dias úteis da oferta de serviço relativo à concessão de crédito, à exceção dos consumidores clientes da instituição. Sanção prevista no Código de Defesa do Consumidor. Ausência de confirmação pelo Banco Central do Brasil. Medida que pode interferir no funcionamento das instituições financeiras. Matéria de competência privativa do Banco Central do Brasil. Art. 10 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Art. 18, § 3º, do Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997. Minuta de ofício a ser encaminhado aos subscritores da decisão administrativa.*

Sra. Subprocuradora-Geral,

## ASSUNTO

Trata-se de decisão administrativa proferida pelo Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor e pelo Procurador de Justiça Coordenador do Procon Estadual de Minas Gerais, datada de 20 de agosto de 2012 e recebida pela Procuradoria-Geral em 27 de agosto de 2012, que, com fundamento no art. 56, VI e parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, suspendeu, pelo prazo de cinco dias, **a oferta de todo e qualquer serviço consistente em outorga de crédito ou concessão de financiamento** pelas instituições financeiras que especifica, **exceto aqueles destinados a consumidores já clientes da respectiva instituição**, sob pena de multa diária.

2. A referida decisão determinou, ainda, a instauração de processo administrativo, a expedição de notificação aos infratores para impugnarem a decisão e indicarem eventuais procedimentos adotados para a paralisação

das infrações apontadas, bem como o encaminhamento de cópia da decisão administrativa ao Banco Central do Brasil, para auxílio no cumprimento das medidas impostas e outras medidas que considerar cabíveis.

3. Segundo a decisão administrativa, as instituições financeiras, ao impedirem o acesso dos consumidores, por diversos meios, às informações cadastrais e financeiras imprescindíveis para o exercício dos direitos de transferir dívidas para outras instituições financeiras e de liquidar antecipadamente o seu débito, infringiram o disposto no art. 4º, III,<sup>1</sup> no art. 6º, III e IV,<sup>2</sup> e no art. 52, § 2º,<sup>3</sup> todos do Código de Defesa do Consumidor, bem como as regras constantes na Resolução nº 3.694, de 2009,<sup>4</sup> na Resolução nº 3.401, de 2006,<sup>5</sup> e na Resolução nº 2.835, de 2001.<sup>6</sup>

## APRECIACÃO

4. Preliminarmente, é importante registrar que a aplicação das regras consumeristas às instituições financeiras foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2591-DF. Não há dúvida, portanto, quanto à possibilidade de sujeição das instituições financeiras ao Código de Defesa do Consumidor, inclusive no que se refere à aplicação das penalidades previstas no diploma legal.

---

1 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...]

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

2 Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...]

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

3 Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: [...]

§ 2º É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.

4 Dispõe sobre a prevenção de riscos na contratação de operações e na prestação de serviços por parte de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

5 Dispõe sobre a quitação antecipada de operações de crédito e de arrendamento mercantil, a cobrança de tarifas nessas operações, bem como sobre a obrigatoriedade de fornecimento de informações cadastrais.

6 Dispõe sobre o fornecimento de informações cadastrais de clientes e a divulgação de encargos financeiros cobrados sobre cheque especial.

5. Tal faculdade não autoriza os órgãos de proteção do consumidor, todavia, a aplicar penalidades por descumprimento das regras estabelecidas em resolução expedida pelo Conselho Monetário Nacional, porquanto tal competência, de acordo com o disposto no inciso IX do art. 10 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, é atribuída privativamente ao Banco Central do Brasil. Nesse sentido, entendendo indevida a referência aos atos normativos expedidos pelo Conselho Monetário Nacional na decisão administrativa sob análise.

6. Isso não significa dizer que há incompatibilidade na coexistência de tais normas. Conforme sustentado pelo Procurador-Geral Adjunto em resposta à consulta da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo,<sup>7</sup> **ao regulamentar e supervisionar as instituições financeiras, com vistas postas em sua solidez, eficiência e competitividade, o BC adota decisões que, inevitavelmente, redundam em benefícios ao consumidor.**

7. A consequência dessa coexistência é, na verdade, a possibilidade de atuação desses entes de acordo com sua competência, de forma independente e autônoma. Assim, na hipótese de restar comprovado o descumprimento de normas consumeristas, cabe aos órgãos de defesa do consumidor a aplicação das medidas administrativas previstas nos arts. 56 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor, enquanto que, se comprovada a prática de infrações às regras expedidas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, compete ao Banco Central do Brasil a aplicação das medidas punitivas estabelecidas na Lei nº 4.595, de 1964.

8. Nesse contexto, a remessa da decisão administrativa a esta Autarquia para a adoção das providências cabíveis deve ensejar a análise, por parte do Departamento de Supervisão de Bancos e de Conglomerados Bancários (Desup), da conduta das instituições financeiras indicadas e do eventual descumprimento das normas do Sistema Financeiro Nacional.

9. Ultrapassado esse ponto, é importante verificar se, sob o aspecto jurídico, a imposição, pelo órgão de defesa do consumidor, de medida cautelar de suspensão de oferta de crédito por instituição financeira encontra respaldo no ordenamento jurídico.

10. De um lado, o art. 56, VI, do Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade de aplicação da penalidade de suspensão do fornecimento de

---

<sup>7</sup> E-Mail PGBC-102/2012.

produto ou serviço na hipótese de infração das normas de defesa do consumidor, inclusive cautelarmente, previamente à instauração do processo administrativo.

11. Por outro, o funcionamento das instituições financeiras é, conforme exegese do art. 192 da Constituição Federal, matéria reservada a lei complementar e, segundo a Lei nº 4.595, de 1964, recepcionada como tal, compete ao Conselho Monetário Nacional regulamentar a matéria (art. 4º, VIII) e ao Banco Central do Brasil executar as medidas necessárias ao cumprimento da regulamentação vigente (art. 10, X). Assim, em primeira análise, não poderia o órgão de defesa do consumidor aplicar penalidade que, de qualquer forma, interferisse nas atribuições desta Autarquia.

12. Nesse contexto, havendo justificativa técnica de que a sanção pode afetar o funcionamento das instituições, impactando negativamente tanto a própria instituição financeira quanto o sistema financeiro como um todo, é possível sustentar que a penalidade de suspensão de fornecimento de produtos e serviços, prevista no inciso VI do art. 56 do Código de Defesa do Consumidor, não poderia ser aplicada às instituições financeiras.

13. Idêntico raciocínio poderia ser aplicado também, por exemplo, às penalidades previstas nos incisos VII, IX e X do art. 56 do Código de Defesa do Consumidor, que tratam, respectivamente, da suspensão temporária da atividade, da cassação da licença do estabelecimento e da interdição, total ou parcial, do estabelecimento ou da atividade. A eventual imposição de tais sanções às instituições financeiras também pode ensejar interferência nas atribuições do Banco Central do Brasil estabelecidas na Lei nº 4.595, de 1964.

14. Cabe registrar, nesse sentido, que o Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997,<sup>8</sup> ao dispor sobre as sanções aplicáveis aos fornecedores de produtos e serviços, ressalva, em seu art. 18, § 3º, que determinadas penalidades devem ser confirmadas pelo órgão regulador da atividade. Segue a redação do artigo na sua integralidade:

Art. 18. A inobservância das normas contidas na Lei nº 8.078, de 1990, e das demais normas de defesa do consumidor constituirá prática infrativa e sujeitará o fornecedor às seguintes penalidades, que poderão ser aplicadas

---

8 Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências.

isolada ou cumulativamente, inclusive de forma cautelar, antecedente ou incidente no processo administrativo, sem prejuízo das de natureza cível, penal e das definidas em normas específicas:

I – multa;

II – apreensão do produto;

III – inutilização do produto;

IV – cassação do registro do produto junto ao órgão competente;

V – proibição de fabricação do produto;

VI – suspensão de fornecimento de produtos ou serviços;

VII – suspensão temporária de atividade;

VIII – revogação de concessão ou permissão de uso;

IX – cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;

X – interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;

XI – intervenção administrativa;

XII – imposição de contrapropaganda.

§ 1º Responderá pela prática infrativa, sujeitando-se às sanções administrativas previstas neste Decreto, quem por ação ou omissão lher causa, concorrer para sua prática ou dela se beneficiar.

§ 2º As penalidades previstas neste artigo serão aplicadas pelos órgãos oficiais integrantes do SNDC, sem prejuízo das atribuições do órgão normativo ou regulador da atividade, na forma da legislação vigente.

§ 3º As penalidades previstas nos incisos III a XI deste artigo sujeitam-se a posterior confirmação pelo órgão normativo ou regulador da atividade, nos limites de sua competência.

15. A necessidade de confirmação pelo órgão regulador das penalidades que podem, de alguma forma, interferir na atividade regulada pode ser considerada, a meu ver, como requisito suficiente para tornar compatível a aplicação das normas de proteção ao consumidor e a supervisão do sistema financeiro nacional, assegurando a convivência de duas matérias constitucionalmente tuteladas.

16. Para garantir essa convivência harmônica, todavia, é necessário que a confirmação pela autoridade reguladora se dê antes da determinação de cumprimento da penalidade, sob pena de se esvaziar o comando regulamentar, tornando-o sem eficácia.

17. Assim, após decidir pela aplicação da penalidade, o órgão de proteção do consumidor deve solicitar a avaliação do caso pela autoridade reguladora e a sua conseqüente manifestação. Apenas na hipótese de confirmação é que

a penalidade vai poder ser efetivada, com a intimação dos interessados para cumprimento, inclusive nos casos de medidas impostas cautelarmente.

18. Verifica-se, todavia, que esse procedimento não foi observado no presente caso, já que, nos termos do item 5 da decisão encaminhada a esta Autarquia, a medida aplicada deve surtir efeito a partir da notificação das instituições financeiras.

19. É importante consignar que o encaminhamento da decisão ao Banco Central para a adoção das providências cabíveis, por si só, não é suficiente para caracterizar o cumprimento da condição prevista no citado dispositivo regulamentar.

20. No caso, a suspensão de operações de concessão de empréstimos e financiamentos foi imposta às instituições financeiras, cautelarmente, pelo prazo de cinco dias. A determinação de notificação das instituições financeiras e desta Autarquia ocorreu no mesmo momento, razão pela qual é possível que o prazo de duração da medida tenha expirado antes da manifestação desta Autarquia, tornando sem eficácia o disposto no § 3º do art. 18 do Decreto nº 2.181, de 1996.

21. Diante do exposto, entendo ter havido inobservância do disposto no § 3º do art. 18 do Decreto nº 2.181, de 1997, pois não foi dado ao órgão regulador analisar se as penalidades aplicadas poderiam, de alguma forma, interferir no funcionamento das instituições financeiras, matéria privativa do Banco Central do Brasil.

22. Por fim, apresento minuta de ofício a ser encaminhado aos subscritores da decisão administrativa, com o objetivo de noticiar as providências a serem adotadas no âmbito desta Autarquia e o entendimento de que a penalidade imposta não observou o procedimento delineado no Decreto nº 2.181, de 1997.

## CONCLUSÃO

24. Por todo o exposto, conclui-se que:

- a) a confirmação pelo órgão regulador das penalidades que podem, de alguma forma, interferir na atividade regulada pode ser considerada como requisito suficiente para tornar compatível a aplicação das normas de proteção ao consumidor e a supervisão do sistema financeiro nacional, assegurando a convivência de duas matérias constitucionalmente tuteladas;

- b) a ausência de confirmação da penalidade pela Banco Central do Brasil no caso concreto autoriza esta Autarquia a contestar judicialmente a atuação do órgão de proteção do consumidor, por interferir, sem a observância do disposto no § 3º do art. 18 do Decreto nº 2.181, de 1997, no funcionamento das instituições financeiras;
- c) não obstante, visando a tornar viável a competência do Banco Central e dos órgãos de defesa do consumidor, recomenda a Procuradoria-Geral sejam estabelecidos canais de interlocução entre o Banco Central, a Secretaria Nacional do Consumidor e o Ministério Público para o encaminhamento do assunto, à luz da legislação de regência.

*Eliane Coelho Mendonça*  
*Procuradora-Chefe*

(Seguem despachos.)

De acordo com o bem elaborado trabalho da lavra da Procuradora-Chefe da Coorf.

Verifica-se que há previsão legal para que os órgãos de defesa do consumidor apliquem a penalidade de suspensão de fornecimento de produtos e serviços. No entanto, essa penalidade, quando imposta às instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, só poderá ser cumprida após a oitiva do Banco Central, sob pena de tornar inócua a disposição do § 3º, art. 18 do Decreto nº 2.181, de 1997.

À apreciação do Sr. Procurador-Geral Adjunto.

*Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira*  
*Subprocuradora-Geral*

Senhor Procurador-Geral,

Ao tempo em que endosso a orientação legal traçada pela Câmara de Consultoria Geral (CC1PG), permito-me tecer as seguintes considerações sobre o § 3º do art. 18 do Decreto nº 2.181, de 1997, que especifica que as decisões de aplicação de determinadas penalidades ou medidas acautelatórias, proferidas no âmbito do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), **“sujeitam-se a posterior confirmação pelo órgão normativo ou regulador da atividade, nos limites de sua competência.”**

2. O aludido dispositivo legal, segundo expõe o vertente parecer, objetiva permitir a coordenação entre as competências do SNDC e das entidades responsáveis pela supervisão de determinados setores regulados da economia. A regra salutar veiculada pelo § 3º do art. 2º do Decreto nº 2.181, de 1997, mais não faz que extrair, do ordenamento jurídico pátrio, conclusão que se imporá pela mera circunstância da existência de regulações setoriais, cujos contornos não foram revogados pela superveniência da legislação de proteção ao consumidor.

3. A aplicação de penalidades ou medidas cautelares pelos órgãos do SNDC não pode ocorrer em detrimento das peculiaridades de cada segmento da economia sujeito a regulação setorial, sob pena de se contrariar a racionalidade que preside a intervenção do Estado na ordem econômica, em conformidade com o ordenamento constitucional. Limitações heterônomas à atividade de entidades reguladas necessitam, portanto, do beneplácito do supervisor do segmento, o único que, no exercício de suas atribuições legais, tem condições de avaliar, com fundamento em suas informações e conhecimentos técnicos, os impactos de tais medidas no âmbito do setor regulado, levando em consideração as diretrizes da política econômica globalmente considerada.

4. Nessa linha, impõe-se leitura sistemática e teleológica do § 3º do art. 18 do Decreto nº 2.181, de 1997. As decisões do SNDC que impõem penalidades (ou medidas acautelatórias) devem, de fato, ser confirmadas **posteriormente** pelo regulador setorial, segundo consta expressamente na dicção regulamentar. Com isso, verifica-se que o Decreto preserva a capacidade do SNDC de aplicar penalidades (e medidas cautelares) com autonomia, sem interferência do regulador setorial, que apenas se manifesta posteriormente à decisão.

5. Daí não decorre, contudo, que o pronunciamento do supervisor deva igualmente ocorrer em momento posterior à *execução* das penalidades (ou medidas cautelares), sob pena de absoluta ineficácia de sua atuação. Afinal, depois de exaurida a medida (ainda que parcialmente, no caso de restrições à atividade que apresentam caráter continuado), pouco espaço haveria para a atuação efetiva do supervisor, com risco de prejuízos insuperáveis para os valores tutelados pela regulação setorial e pelo conjunto da política econômica. O interesse público na higidez e estabilidade de cada setor de regulação impõe, como conclusão incontornável, a interpretação de que a confirmação do órgão regulador deve ocorrer **previamente** à execução das medidas punitivas ou acautelatórias, embora em momento **posterior** à decisão do SNDC.

Nesses termos, submeto o assunto à sua consideração.

*Cristiano de Oliveira Lopes Cozer*

*Procurador-Geral Adjunto*

(Segue despacho.)

Tenho por juridicamente hígidas as conclusões apresentadas pela Câmara de Consultoria Geral, com o acréscimo contido em despacho do Procurador-Geral Adjunto, acerca das medidas administrativas aplicadas, cautelarmente, a instituições financeiras submetidas à fiscalização do Banco Central do Brasil pelo órgão de defesa do consumidor do Estado de Minas Gerais.

Expedido o Ofício-e 3448/2012-BCB/PGBC, que subscrevo, remetam-se os autos ao senhor Diretor de Fiscalização, para conhecimento da orientação legal ora acolhida, com a recomendação de adoção das providências necessárias à apuração dos fatos e de eventual irregularidade no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.

*Isaac Sidney Menezes Ferreira*

*Procurador-Geral*

## **Parecer-e PGBC-146/2012**

Parecer que examina as possibilidades legais de cooperação entre o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários para viabilizar o acesso desta autarquia a informações protegidas pelo sigilo bancário, necessárias ao exercício de suas atribuições de fiscalização.

**Fernanda Quintas Vasconcelos**  
Procuradora

**Marcel Mascarenhas dos Santos**  
Subprocurador-Geral

**Isaac Sidney Menezes Ferreira**  
Procurador-Geral

Parecer-e PGBC-146/2012  
Proc. 0901446584

Brasília, 23 de novembro de 2012.

*Ementa: Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Pedido de colaboração do Banco Central do Brasil (BCB), com base no art. 28 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, para obter acesso a informações bancárias relacionadas às operações com valores mobiliários em nome de pessoas sob investigação no âmbito da CVM. Inteligência do art. 2º, §§ 1º e 3º, da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Possibilidade de circularização, pelo Banco Central do Brasil (BCB), de requisições expedidas pela CVM, bem como de seu acesso direto ao sistema utilizado pelo BCB para transmissão de correios às instituições do Sistema Financeiro Nacional (SFN), nos termos de convênio firmado entre as autarquias.*

Senhor Chefe de Gabinete,

## ASSUNTO

Cuida-se de análise das possibilidades legais de cooperação entre o Banco Central do Brasil (BCB) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), para viabilizar o acesso dessa autarquia a informações protegidas por sigilo bancário necessárias ao exercício de suas atribuições de fiscalização, na forma da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, com base em discussões havidas entre as autarquias, considerando o interesse comum de maximizar a cooperação institucional voltada ao pleno exercício das respectivas atribuições, ao ensejo de demanda examinada nos presentes autos.

2. Neste processo, tratou-se de correspondências por meio das quais a CVM requereu a colaboração do BCB para ter acesso a informações bancárias

relacionadas a operações com valores mobiliários de pessoas sob investigação no âmbito de suas atribuições.

3. Nos termos do Ofício/CVM/SMI/Nº 05/2009, de 3 de março de 2009 (fls. 1 a 3), o Superintendente de Relações com o Mercado e Intermediários (SMI) da CVM relatou que havia iniciado investigação sobre operações envolvendo valores mobiliários de emissão de determinada pessoa jurídica. Em decorrência desta investigação, a CVM requisitou ao Banco UBS Pactual S.A. informações sobre operações bancárias realizadas em nome de certa pessoa física, solicitando ainda os extratos de movimentações bancárias de outros clientes, realizadas ou solicitadas em período específico, que pudessem auxiliar a referida investigação.

4. Como resposta à requisição, a instituição financeira afirmou que “no tocante à solicitação, por essa D. Comissão, do envio de todas as informações do conhecimento desta instituição, inclusive sobre movimentações financeiras [...], entendemos que, em virtude do dever da manutenção do sigilo bancário, não podemos nos manifestar”.

5. Diante da negativa, e considerando que a requisição da CVM buscava subsidiar investigação de irregularidade praticada no setor por ela regulado e supervisionado, essa autarquia, com fundamento no § 2º do art. 9º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001,<sup>1</sup> solicitou, por meio do mencionado ofício, a colaboração do BCB no sentido de requerer à instituição financeira e transferir à CVM as informações bancárias relacionadas às operações realizadas – ou mesmo àquelas que, embora não realizadas, eventualmente tenham sido solicitadas no período de referência.

6. Consultada pelo Departamento de Prevenção a Ilícitos Financeiros e de Atendimento de Demandas de Informações do Sistema Financeiro (Decic) sobre o pedido da CVM, esta Procuradoria-Geral emitiu a Nota-Jurídica PGBC-4732, de 4 de junho de 2009<sup>2</sup> (fls. 5 a 9), em que, baseando-se em posicionamentos anteriores, defendeu a impossibilidade de atendimento do pleito, ao argumento de que o BCB só estaria compelido a fornecer as informações ou documentos de que dispõe, “não cabendo proceder à busca do que não detém, para atender ao solicitado, ressalvados os casos em que se tratar de determinação do Poder

---

1 “Art. 9º [...] § 2º Independentemente do disposto no caput deste artigo, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários comunicarão aos órgãos públicos competentes as irregularidades e os ilícitos administrativos de que tenham conhecimento, ou indícios de sua prática, anexando os documentos pertinentes.”

2 De autoria do Assessor Jurídico José Henrique Reis Rodrigues, com despacho do Procurador-Chefe Cassiomar Garcia Silva.

Judiciário ou de Comissão Parlamentar de Inquérito,<sup>3</sup> tendo a área técnica assim respondido à CVM (fl. 10).

7. Posteriormente, a CVM enviou ao BCB o Ofício/CVM/SPS/GPS-2/ N° 142/2010, de 10 de dezembro de 2010 (fls. 11 e 12), no qual, com base em convênio firmado entre as autarquias,<sup>4</sup> e citando especialmente a Cláusula Quarta<sup>5</sup> desse documento, reiterou os termos do OFÍCIO/CVM/SMI/N°05/2009, “para que o Bacen obtenha junto ao Sistema Financeiro Nacional e encaminhe a esta Autarquia as informações sobre operações bancárias realizadas – ou ainda que não realizadas, aquelas que eventualmente tenham sido apenas solicitadas pela cliente [...]. Requer-se, outrossim, sejam disponibilizados os CPFs relativos às transferências e depósitos porventura efetuados nas contas bancárias.”

8. Nesse segundo ofício, a CVM destacou ainda, para fins de cumprimento das exigências previstas no subitem 4.2, alínea *a*, do aludido Convênio, que as informações solicitadas eram necessárias à instrução do Inquérito Administrativo nº 26/2010 (IA 26/10), instaurado para apurar “eventual utilização de informações privilegiadas, em negócios realizados com ações de emissão [de determinada pessoa jurídica, em período específico].”

9. Consultada novamente sobre o assunto, esta Procuradoria-Geral, por meio da Nota-Jurídica PGBC-534, de 28 de janeiro de 2011<sup>6</sup> (fls. 17 a 24), concluiu no mesmo sentido da Nota-Jurídica PGBC-4732, de 2009, sustentando a impossibilidade de atendimento ao quanto solicitado pela CVM, pois as informações pretendidas

3 “PARECER/2002/00252 (Dejur/PRRJA), de 22 de maio de 2002.” (Nota de rodapé extraída do original.)

4 Celebrado em 28 de outubro de 2010, com vistas ao intercâmbio de informações e outras atividades correlatas, disponível em [http://www.bcb.gov.br/pre/acordos\\_e\\_convenios/Convenio%20BCB%20CVM%20assinado.pdf](http://www.bcb.gov.br/pre/acordos_e_convenios/Convenio%20BCB%20CVM%20assinado.pdf).

5 “4.1. Na forma prevista no art. 28 da Lei nº 6.385, de 1976, e na Lei Complementar nº 105, de 2001, o Bacen e a CVM manterão permanente intercâmbio de informações, ainda que protegidas pelo sigilo bancário, tanto as que resultem de seus próprios atos, quanto as que tenham obtido ou possam obter no exercício de suas atribuições legais.

4.2. O intercâmbio de que trata o item 4.1 observará o seguinte procedimento ordinário:

a) o conveniente interessado fará solicitação por escrito, em meio convencional ou eletrônico, contendo, além da descrição sumária dos fatos que pretende elucidar ou esclarecer, a indicação do fundamento legal ou regulamentar de sua ação de supervisão e a discriminação da natureza dos dados almejados e do período a que se referem;

b) uma vez presentes os requisitos constantes da alínea ‘a’, o conveniente requerido atenderá a solicitação no prazo de até quinze dias contados do seu recebimento;

c) os convenientes definirão, de comum acordo, novo prazo de atendimento, se o conveniente requerido não puder atender ao pedido integral no prazo indicado na alínea ‘b’, em razão do volume, da complexidade das informações, ou da necessidade de se buscar os dados solicitados junto aos administrados, sem prejuízo do imediato encaminhamento das informações até então coligidas;

d) a eventual recusa de um conveniente em fornecer as informações solicitadas pelo outro deverá ser adequadamente justificada.

4.3. Observado o disposto nos itens 4.1 e 4.2, o Bacen disponibilizará à CVM as informações necessárias ao exercício de suas atribuições legais, sempre que estejam disponíveis em sistemas por ele administrados ou que tenham sido obtidas ou possa obter no âmbito de sua competência.”

6 De autoria do Procurador André Torres, com despacho do Procurador-Chefe Cassiomar Garcia Silva e do Subprocurador-Geral Substituto Nivaldo Faria Baldini.

estariam sob o abrigo do sigilo bancário e, de todo modo, delas não disporia o BCB. Ademais, buscá-las, com a finalidade de atender a outro órgão fiscalizador, implicaria ultrapassar as suas atribuições legais. Não haveria, no Convênio, a obrigação de o Banco Central do Brasil diligenciar em busca de informações que não detém como decorrência do exercício de suas atribuições legais.

10. Em suma, essa manifestação jurídica reiterou o entendimento de que o art. 9º da Lei Complementar nº 105, de 2001, só permite a remessa de informações já disponíveis no BCB e que os arts. 2º, § 4º, e 7º dessa Lei limitam o intercâmbio de informações com a CVM a determinados documentos, não podendo o referido Convênio modificar essas regras legais.

11. Após a expedição desse pronunciamento, diversas reuniões foram realizadas entre esta Procuradoria-Geral e a área jurídica da CVM, para discussão das normas postas na Lei Complementar nº 105, de 2001, e das regras operacionais contidas no Convênio firmado pelas autarquias, tendo em vista o interesse comum de maximizar a cooperação institucional voltada ao pleno exercício das respectivas atribuições, observados os limites legais.

12. Presente esse relato, passo a opinar sobre o assunto.

## APRECIÇÃO

13. Embora o caso vertente tenha se iniciado em decorrência de pedido específico de remessa de informação sobre movimentação bancária de determinadas pessoas físicas, impende atribuir à análise ora em curso um caráter mais genérico, uma vez que a questão de fundo, objeto das referidas discussões e com repercussão geral sobre outros casos, consiste em definir, com precisão, se é possível o repasse, pelo BCB, daquele tipo de informação à CVM, considerando as disposições da Lei Complementar nº 105, de 2001.

14. De início, cabe lembrar que o Parecer PGBC-261, de 10 de setembro de 2009<sup>7</sup>, amparado em robusta argumentação jurídica, chegou à conclusão de que “a interpretação integrada e sistêmica das normas do art. 28 da Lei nº 6.385, de 1976, com a redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001, e dos art. 2º e 7º da Lei

---

7 Manifestação proferida pelo Consultor Jurídico João Correia de Magalhães e aprovada pelo Despacho PGBC-6085, de 29 de setembro de 2009, da lavra do Procurador-Geral Francisco José de Siqueira.

complementar nº 105, de 2001, conduz ao entendimento de que as autarquias Banco Central e CVM, no desempenho de suas atribuições específicas, na supervisão dos mercados financeiros e de capitais, **não estão impedidas de cambiar informações protegidas pelo sigilo bancário, desde que relacionadas ao cumprimento de suas missões institucionais.**” (Grifos ausentes no original).

15. Foi com fundamento nesse pronunciamento legal que os Presidentes do BCB e da CVM firmaram, em 28 de outubro de 2010, o aludido Convênio com vistas ao intercâmbio de informações e outras atividades correlatas.

16. Já nesse parecer, aprovado pelo Procurador-Geral, recordava-se que o *caput* do art. 7º da Lei Complementar nº 105, de 2001, dispõe que a CVM, após instaurar inquérito administrativo, poderá “solicitar à autoridade judiciária competente o levantamento do sigilo junto às instituições financeiras de informações e documentos relativos a bens, direitos e obrigações de pessoa física ou jurídica submetida ao seu poder disciplinar.” Contudo, frisava-se que o próprio preceito legal ressalva, quanto a essa regra, o § 3º do art. 2º da mesma Lei Complementar, que concede idêntico tratamento às fiscalizações a cargo de ambas as autarquias, no que toca ao acesso a dados sigilosos. Para facilitar a compreensão, transcrevem-se abaixo os trechos do art. 2º de interesse:

Art. 2º O dever de sigilo é extensivo ao Banco Central do Brasil, em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições.

§ 1º O sigilo, inclusive quanto a contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras, não pode ser oposto ao Banco Central do Brasil:

I – no desempenho de suas funções de fiscalização, compreendendo a apuração, a qualquer tempo, de ilícitos praticados por controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos de instituições financeiras;

II – ao proceder a inquérito em instituição financeira submetida a regime especial.

[...]

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se à Comissão de Valores Mobiliários, quando se tratar de fiscalização de operações e serviços no mercado de valores mobiliários, inclusive nas instituições financeiras que sejam companhias abertas.

17. Com efeito, é inegável a incidência, nas atividades de supervisão a cargo das autarquias, dos §§ 1º e 3º do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001, os quais, respectivamente, determinam que o sigilo, inclusive quanto a contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras, não pode ser oposto ao BCB, e que o disposto no artigo (e, portanto, a regra de não oposição de sigilo quanto a contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras) aplica-se também à CVM quando se tratar de fiscalização de operações e serviços no mercado de valores mobiliários, inclusive nas instituições financeiras que sejam companhias abertas.

18. Portanto, da leitura conjunta das normas contidas no art. 2º, cuja aplicação é garantida à CVM também por força do art. 7º da mesma lei, desponta a não oposição do sigilo bancário à CVM no exercício de suas funções legais.

19. Ou seja, com base no art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001, percebe-se que a CVM pode, sem necessidade de intermediários, ter acesso aos dados bancários relativos às investigações que realiza no exercício de suas atribuições legais. Portanto, a CVM pode requerer os dados necessários diretamente às instituições financeiras, sem necessidade de intermediação do BCB.

20. Neste sentido, José Paulo Baltazar Júnior<sup>8</sup> afirma que:

Idênticos [aos do BCB] dever de sigilo e acesso à informação são conferidos à CVM (LC nº 105/2001, art. 2º, § 3º), quando se tratar de fiscalização de operações e serviços no mercado de valores mobiliários, com idênticos limites, ou seja, quando a CVM estiver desempenhando suas funções de fiscalização, compreendendo a apuração de ilícitos administrativos, como autorizam os arts. 8º e 9º da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976 [...]. (Grifos ausentes no original.)

21. Reforçando o direito de acesso da CVM a dados bancários necessários a suas ações de fiscalização, de modo análogo ao BCB e equiparando-se também ao Poder Judiciário e às Comissões Parlamentares de Inquérito, José Paulo Baltazar Júnior<sup>9</sup> complementa:

---

8 BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Sigilo Bancário e Privacidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 96 e 97.

9 Op. cit., p. 198.

O sigilo financeiro deve ser concebido dentro do contexto atual, de prática corrente de evasão fiscal e larga utilização da rede bancária para fins lícitos e ilícitos, não se podendo acobertar práticas criminais organizadas graves com o argumento da proteção da intimidade econômica do cidadão.

A regra geral da lei é o sigilo, em relação a terceiros, das informações, dados, registros e documentos pertinentes à relação entre a instituição financeira e o cliente, bem como com qualquer outra pessoa.

**O sigilo ou segredo não é, porém, absoluto, excetuando-se da regra geral de sigilo as seguintes hipóteses:** a) informações interbancárias; b) informações para centrais de crédito; c) **informações de interesse da fiscalização por parte do Bacen e da CVM;** d) fornecimento de notícia-crime; e) informações determinadas pelo Poder Judiciário, pelo Poder Legislativo ou Comissão Parlamentar de Inquérito Federal e autoridade administrativa fazendária, resguardando-se, em qualquer caso, o sigilo das informações obtidas; f) informações fornecidas com o consentimento do interessado. (Grifos ausentes no original.)

22. Na mesma linha de intelecção, realçando ainda a importância da fiscalização a cargo do BCB e da CVM para a higidez do Sistema Financeiro Nacional (SFN), André Terrigno Barbeitas<sup>10</sup> assevera:

De fato, como conceber o papel fiscalizador deferido ao Banco Central do Brasil e à Comissão de Valores Mobiliários se tivessem que obter prévia autorização judicial para o acesso à movimentação financeira das instituições sujeitas ao seu poder de polícia? [...]

De qualquer forma, na órbita do sistema financeiro nacional, o papel fiscalizador do Banco Central e da Comissão de Valores Mobiliários restaria prejudicado se não houvesse a possibilidade de acesso direto, independentemente de provocação do Estado-juiz, à movimentação financeira dos próprios dirigentes das instituições financeiras, porquanto cumpre àquelas entidades aferir o requisito de capacitação técnica e ilibada reputação indispensável ao exercício da atividade gerencial. [...]

**Pretender, em um mundo globalizado, de transferência instantânea de capitais e de profusão de paraísos fiscais, coarctar o poder de fiscalização do BACEN e da CVM, sujeitando-o à reserva da jurisdição, é abrir as portas para a instabilidade do sistema financeiro.** (Grifos ausentes no original.)

10 BARBEITAS, André Terrigno. O Sigilo Bancário e a Necessidade da Ponderação dos Interesses. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. de 92 a 94.

23. Ainda sobre a interpretação do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001, afirma Carlos Alberto Hagström:<sup>11</sup>

É preciso, porém, perquirir o quanto “do disposto neste artigo” da LC 105 efetivamente pode ser aplicado à CVM. Ocorre que, numa análise mais detida, decompondo-se o artigo, vê-se que ele tem diferentes comandos. Resumidamente, tem-se:

Art. 2º, *caput*: o BC está obrigado ao sigilo quanto às suas operações e às informações obtidas no exercício de suas atribuições;

§ 1º: o sigilo é afastado quando o BC:

- inc. I – estiver no desempenho de suas funções de fiscalização, inclusive para apuração de ilícitos praticados no âmbito das instituições financeiras;
- inc. II – proceder a inquérito em instituição financeira sob regime especial;

§ 2º: explicita os poderes das comissões de inquérito a que se refere o inc. II do § 1º.

[...]

É de se entender que também o disposto no § 1º, I, é aplicável à CVM, consideradas suas atribuições de fiscalização. Ou seja: o sigilo, “inclusive quanto a contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras, não pode ser oposto” à CVM (art. 2º, § 1º), quando exercendo suas funções de fiscalização, compreendendo a apuração “de ilícitos praticados por controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos de instituições financeiras” (art. 2º, § 1º, I).

Aqui, há que fazer uma ressalva. A referência a instituições financeiras, no inc. I do § 1º do artigo ora comentado, deve ser entendida no contexto das normas da Lei 6.385, isto é, tendo em conta as atribuições das CVM. Recorde-se que, em relação às instituições financeiras, as atribuições das CVM alcançam aquelas que sejam companhias abertas e as que tenham por objeto distribuir emissão de valores mobiliários (art. 15, I). (Grifos ausentes no original.)

24. A doutrina especializada vem convergindo para esse ponto, como se vê na obra de Márcia Haydée Porto de Carvalho<sup>12</sup>, que afirma que é uma modalidade

---

11 HAGSTRÖM, Carlos Alberto. *Comentários à Lei do Sigilo Bancário*: Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 292 e 293.

12 CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *Sigilo Bancário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 175.

de restrição do sigilo bancário a ordem ou requisição feita por determinados sujeitos de direito público. Neste sentido, argumenta que:

[...] a Lei Complementar 105/01 confere a faculdade de levantamento direto do sigilo bancário a diversos órgãos ou poderes públicos, visando a facilitar-lhes a atuação. São eles: Poder Judiciário, Banco Central, Comissão de Valores Mobiliários, Poder Legislativo, Comissão Parlamentar de Inquérito e Administração Tributária. (Grifos ausentes no original.)

25. Portanto, como não existe reserva de jurisdição em matéria de sigilo bancário para o BCB e para a CVM no exercício de suas atribuições legais na área de supervisão, e como pode a CVM, diretamente, requisitar e obter as informações relativas à fiscalização de operações e serviços no mercado de valores mobiliários, inclusive das instituições financeiras, não se vislumbra óbice jurídico a que o BCB colabore com aquela autarquia, repassando suas solicitações de informação a instituições financeiras pré-determinadas ou a todas elas, com vistas a que encaminhem os dados solicitados diretamente à CVM, mediante transferência de sigilo, por força do *caput* do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001.

26. Assim, o BCB poderá inclusive, caso seja tecnicamente adequado e viável, conceder à CVM acesso ao sistema de transmissão de correios eletrônicos às instituições integrantes do SFN, uma vez que, conforme o acima exposto, a própria autarquia supervisora do mercado de valores mobiliários detém competência legal para requisitar diretamente, no exercício de suas atribuições, informações protegidas pelo sigilo bancário.

27. Cumpre consignar, contudo, a impossibilidade jurídica de que tais dados sejam requisitados pelo BCB para que este os repasse à CVM, haja vista que se trata de informações que, salvo quando obtidas pela autoridade monetária no exercício de seus próprios poderes de supervisão, não podem ser por ela conhecidas ou detidas<sup>13</sup>. Tal providência somente seria cabível se o BCB identificasse, na solicitação da CVM, matéria sujeita à ação supervisora da autoridade monetária, caso em que, depois de obter os dados, poderia repassá-los

---

13 Cumpre salientar, a propósito do assunto, que, nos termos da Cláusula 4.1 do Convênio firmado entre as duas autarquias, tanto o BCB quanto a CVM apenas podem promover o intercâmbio de informações “que resultem de seus próprios atos” ou “que tenham obtido ou possam obter no exercício de suas atribuições legais.”

à autoridade supervisora do mercado de valores mobiliários, conforme assentado no próprio Convênio.

28. Não sendo essa a hipótese, o BCB tampouco poderia valer-se de suas próprias prerrogativas de requisição para determinar a instituições integrantes do SFN que repassassem informações diretamente a outras autoridades competentes, sob pena de desvio de poder.

29. Com efeito, a Lei Complementar nº 105, de 2001, é clara ao indicar que o BCB só pode ter acesso a “contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras” quando estiver “no desempenho de suas funções de fiscalização, compreendendo a apuração, a qualquer tempo, de ilícitos praticados por controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos de instituições financeiras” (art. 2º, § 1º, inciso I), e não quando estiver em colaboração com autoridades públicas competentes. Deve-se aplicar em relação à CVM, pois, o mesmo entendimento válido para as requisições do Poder Judiciário e de Comissões Parlamentares de Inquérito.

30. Quanto à forma de encaminhamento de solicitações de interesse da CVM com sua transmissão, pelo BCB, a instituições financeiras e congêneres, nas hipóteses em que a informação não estiver disponível na autarquia e não puder ser obtida no exercício de suas atribuições de supervisão, podem-se adotar, para efeito da colaboração de que trata o parágrafo 25, *ut supra*, as regras já inscritas no item 4.2 do Convênio firmado em 2010 (*vide* transcrição na nota de rodapé nº 5, *ut supra*). Já no caso de acesso direto da CVM a sistema mantido pelo BCB (parágrafo 26, acima), aplica-se, por analogia, o item 4.6 do Convênio, de seguinte teor:

4.6. O intercâmbio de informações de que trata esta cláusula poderá ocorrer por meio de acesso direto ou mediante autorização específica de acesso, na forma acordada pelos convenientes, de comum acordo, a partir de pedido formulado pelo conveniente interessado, que deve estar fundamentado e conter a discriminação da natureza das informações desejadas.

31. De todo modo, caso as autarquias julguem necessário indicar com mais clareza o procedimento a ser adotado para solicitações da espécie, é juridicamente viável aditar o Convênio (edição de novo documento conjunto) para inserir item específico em sua cláusula quarta, que poderia ter a seguinte redação:

4.8. Quando as informações não estejam disponíveis em sistemas administrados pelo BACEN e não tenham sido obtidas ou não possam ser obtidas no âmbito de sua competência, o Bacen transmitirá ou concederá acesso a sistema para que a CVM, no exercício de suas atribuições, transmita a requisição a instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, de modo que estas encaminhem as informações solicitadas diretamente à CVM, sem trânsito pelo Bacen, observadas, no que couber, as disposições contidas nos itens 4.1 a 4.7 desta cláusula.

4.9. Não caberá ao BCB fiscalizar o cumprimento das requisições de que trata o item 4.8 desta cláusula, por ausência de competência legal, cabendo à CVM adotar as providências que julgar cabíveis para garantir o atendimento de suas solicitações.

## CONCLUSÃO

32. À vista de todo o exposto, pode-se concluir que, detendo a CVM competência para requisitar das instituições financeiras informações necessárias à instrução de seus processos de fiscalização, na forma do § 3º combinado com o *caput* e o inciso I do § 1º, todos do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001, pode o BCB colaborar com aquela autarquia na transmissão de suas requisições às instituições integrantes do SFN, sem, contudo, assumir o encargo de obter para si as informações, para posterior repasse à CVM, ou mesmo de determinar sua remessa àquela autarquia pelas instituições do SFN, utilizando suas prerrogativas para finalidades outras que não o exercício de suas próprias atribuições, uma vez que lhe falece competência para tanto.

33. Assim, considerando, nos limites da lei, o princípio da colaboração entre órgãos e entes públicos, e em analogia com o auxílio prestado ao Poder Judiciário e a Comissões Parlamentares de Inquérito, cujos poderes requisitórios também estão assentados na Lei Complementar nº 105, de 2001, o BCB, quando não dispuser da informação solicitada pela CVM nem puder obtê-la no exercício de suas funções de fiscalização (isto é, quando o fato narrado não estiver inserido no universo fiscalizável pela autoridade monetária), poderá transmitir a requisição da CVM a instituições do SFN ou conceder acesso a sistema de transmissão de correios eletrônicos, tendo como referência os itens 4.2 e 4.6 do Convênio celebrado pelas autarquias em 2010. Caso haja interesse, é possível

também ajustar o Convênio para especificar o procedimento a ser adotado, tendo-se sugerido, para esse fim, a redação constante do parágrafo 31, *ut supra*.

34. Tal entendimento poderá ser adotado já no caso concreto encartado nos autos, mediante transmissão da solicitação da CVM de fls. 1 a 3, 11 e 12 ao Banco UBS Pactual S.A., complementando-se, nesse particular, as conclusões expostas nas Notas-Jurídicas PGBC-4732, de 2009, e PGBC-534, de 2011.

À consideração de Vossa Senhoria.

*Fernanda Quintas Vasconcelos*

*Procuradora*

*Subchefia do Gabinete do Procurador-Geral*

Aprovo a judiciosa manifestação da lavra da Procuradora Fernanda Quintas Vasconcelos, que apresenta adequada interpretação, lógica e sistemática, das disposições da Lei Complementar nº 105, de 2001, amparada em qualificada doutrina.

2. Com efeito, o art. 2º da Lei Complementar, cujo § 3º estende à CVM poderes requisitórios e deveres de manutenção de sigilo idênticos aos atribuídos ao BCB, dá guarida a que esta autarquia, na esteira do princípio da cooperação que rege as relações dos entes da Administração Pública, auxilie a CVM na transmissão de requisições de dados a instituições financeiras, a exemplo do que faz em relação aos órgãos do Poder Judiciário e às comissões parlamentares de inquérito do Congresso Nacional.

3. Esse procedimento já pode ser ajustado entre as autarquias, observando-se, como referência, as regras presentes na cláusula quarta do Convênio firmado em 2010, sem prejuízo de que seja realizado novo ajuste, em momento oportuno, para incluir item específico sobre o assunto, na linha sugerida no parágrafo 31 do parecer.

4. Ressalto, no entanto, que eventual encaminhamento de solicitação da CVM, pelo BCB, não terá o condão de vincular as instituições financeiras, a quem competirá avaliar o teor da requisição e fornecer as informações solicitadas de acordo com seu convencimento jurídico. Por isso é especialmente importante

que, nos termos da alínea *a* do item 4.2 do Convênio, a CVM, ao solicitar ao BCB a transmissão de sua requisição, aponte, “além da descrição sumária dos fatos que pretende elucidar ou esclarecer, a indicação do fundamento legal ou regulamentar de sua ação de supervisão e a discriminação da natureza dos dados almejados e do período a que se referem.”

5. Registro, por fim, que não caberá ao BCB fiscalizar as instituições financeiras quanto ao cumprimento ou não de tais requisições, uma vez que não detém competência para zelar pela obediência de terceiros a ordens expedidas por outras autoridades públicas (essa, aliás, é a posição do BCB quanto às ordens judiciais transmitidas ao SFN).

Ao senhor Procurador-Geral, em razão da matéria.

*Marcel Mascarenhas dos Santos*  
*Subprocurador-Geral*

Julgo apropriado o pronunciamento jurídico elaborado pela Chefia do Gabinete do Procurador-Geral, endossado pelo Subprocurador-Geral titular da área, quem bem aponta que a requisição de informações sigilosas pela CVM diretamente às instituições integrantes do SFN encontra previsão legal, à vista de suas funções de fiscalização, não havendo óbice, por isso, a que o BCB encaminhe tais requisições ou auxilie essa transmissão aos seus reais destinatários, tendo por fundamento o princípio de cooperação vigente na Administração Pública, reforçado, no que tange a essas autarquias, pelas disposições da Lei Complementar nº 105, de 2001.

2. A respeito da competência da CVM no particular, não custa lembrar que o item 25.3 do Parecer PGBC-261, de 2009, aprovado pelo então Procurador-Geral, já assentara que “não faz sentido a CVM poder ter acesso direto a informações protegidas por sigilo e não poder recebê-las do Banco Central”, conforme o caso, quando se trata de informações referentes a “operações e serviços no mercado de valores mobiliários”, o que poderá incluir, permito-me dizer, dados necessários à instrução dos processos de fiscalização instaurados pela CVM no âmbito desse mercado.

3. Nesse contexto, reiterando as conclusões pontuadas pela parecerista e pelo Subprocurador-Geral titular da Chefia do Gabinete do Procurador-Geral, assinalo que:

- a) a Lei Complementar nº 105, de 2001, em especial o § 3º combinado com o *caput* e o inciso I do § 1º, todos do art. 2º, estende à CVM poderes requisitórios e deveres de manutenção de sigilo idênticos aos atribuídos ao BCB;
- b) sem prejuízo da largueza do tratamento conferido pelo Convênio para o trânsito de informações entre as autarquias, apenas podem ser transferidos à CVM os dados relacionados a suas atribuições de supervisão que estejam disponíveis nos sistemas administrados pelo BCB ou que tenham sido ou possam ser obtidos no âmbito da competência da autoridade monetária;
- c) por informações que o BCB “possa obter no exercício de suas atribuições legais” devem ser entendidas aquelas necessárias ao desempenho de ações de fiscalização específicas da autoridade monetária, significando dizer que, se for possível extrair, de fatos narrados pela CVM, indício de qualquer irregularidade passível de punição pelo BCB, este poderá requisitá-las para uso próprio, com posterior repasse àquela autarquia;
- d) por outro lado, o BCB não pode se valer de suas próprias prerrogativas de requisição para determinar a instituições integrantes do SFN que repassassem informações diretamente a outras autoridades competentes, sob pena de desvio de poder;
- e) contudo, tendo em vista os poderes de requisição inerentes à CVM, por força do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001, nada impede que o BCB auxilie a CVM com a transmissão de requisições da espécie a instituições integrantes do SFN, inclusive fazendo constar da circularização menção ao presente entendimento<sup>14</sup>, sem olvidar das cautelas indicadas no parecer e no despacho acima e da ausência

---

14 Para esse efeito, sugere-se que as mensagens de circularização possuam o seguinte teor: “Tendo em vista os poderes requisitórios atribuídos à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), nos termos do art. 2º, *caput*, § 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, por força do § 3º desse dispositivo, e conforme entendimento da Procuradoria-Geral do Banco Central (Parecer Jurídico-e 146/2012-BCB/PGBC), encaminho a seguinte requisição de informações [transcrição da solicitação da CVM].”

de competência da autoridade monetária para receber dados ou documentos sigilosos que não guardam relação com suas atividades próprias de fiscalização nem para tratar de eventual descumprimento de requisições de outra autoridade por parte daquelas instituições.

Assim posta a questão, dê-se ciência da presente orientação jurídica ao Diretor de Fiscalização, conforme a origem da consulta, bem como ao Diretor de Relacionamento Institucional e Cidadania e ao Secretário-Executivo, com vistas à discussão com a CVM do procedimento a ser adotado, notadamente no âmbito das reuniões decorrentes do Convênio, sem prejuízo de que este seja ajustado no momento oportuno, conforme item 31 do parecer.

*Isaac Sidney Menezes Ferreira*

*Procurador Geral*

## **Parecer PGBC-215/2012**

Parecer emitido em virtude de requisição de informações do Tribunal de Contas da União, analisando a incidência do sigilo de que trata a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, às transações realizadas no âmbito da gestão das reservas internacionais do país.

**Marcus Paulus de Oliveira Rosa**

Procurador

**Lucas Alves Freire**

Procurador-Chefe

**Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira**

Subprocuradora-Geral

**Cristiano de Oliveira Lopes Cozer**

Procurador-Geral Adjunto

**Isaac Sidney Menezes Ferreira**

Procurador-Geral

Parecer PGBC-215/2012  
Proc. 1201563487

Brasília, 30 de agosto de 2012.

*Ementa: Coordenação-Geral de Consultoria Internacional, Monetária e em Regimes Especiais (Copim). Ofício de Requisição nº 1787/2012-9, encaminhado pelo Tribunal de Contas da União (TCU). Atendimento da alínea b da requisição do TCU. Manifestação jurídica a respeito da incidência do sigilo de que trata a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, às transações realizadas no âmbito da gestão das reservas internacionais do País. Apreciação à luz do art. 70 e 71, incisos II e IV, da Constituição Federal (CF) e da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do TCU). Análise dos precedentes da Procuradoria-Geral do Banco Central que afirmam a proteção das informações capazes de revelar a estratégia da gestão das reservas internacionais pelo sigilo bancário. Princípio da concordância prática das normas constitucionais e verificação da relação de instrumentalidade do sigilo em relação aos interesses tutelados pela Constituição. Atividade de auditoria contábil e financeira em eventual conflito com a preservação do sigilo de informações sensíveis à segurança do Estado. Acesso às informações indispensáveis à realização das atividades de auditoria, preservando-se a confidencialidade das informações. Não violação do dever de sigilo. Ausência de transgressão ao art. 5º, inciso XXXIII, da CF. Celebração de termo de confidencialidade pelo TCU, para fins de regular as relações institucionais e resguardar o caráter confidencial das informações sobre as reservas internacionais.*

Senhor Procurador-Chefe,

## ASSUNTO

Cuida-se do Ofício de Requisição nº 1787/2012-9, de 13 de agosto de 2012, mediante o qual a 2ª Secretaria de Controle Externo (SECEX-2) do Tribunal de Contas da União (TCU) solicita informações à Auditoria Interna do Banco Central (Audit), nos termos dos arts. 42 e 87 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 (fl. 2).

2. O ofício do TCU diz respeito a duas requisições de documentos e informações à Audit, nos exatos termos abaixo:

a) Cópia do Voto CMN 048/2000, proposto pela Diretoria Colegiada em 30/03/2000, bem como de todos os pareceres que fundamentaram esse Voto;

b) **Manifestação da Procuradoria do Banco Central do Brasil acerca da questão do sigilo bancário, previsto na Lei Complementar nº 105, e da competência constitucional do Tribunal de Contas da União, notadamente as previstas nos incisos II e IV do art. 71 da Constituição Federal, bem como no inciso IV do art. 86 e no inciso II do art. 87 da Lei 8.443/92, especificamente no que diz respeito às reservas internacionais, considerando que se trata de recursos públicos federais aplicados no exterior por essa Autarquia Federal.** (g. n.)

3. O prazo inicialmente consignado para o envio das informações constantes da alínea *a* foi a data de 17 de agosto de 2012, assim como o dia 22 de agosto de 2012, para o atendimento da segunda requisição, contida na alínea *b*.

4. Encaminhado os autos à Procuradoria-Geral, a Câmara de Consultoria Administrativa e Assuntos Penais (CC3PG) elaborou a Nota-Jurídica PGBC-3011, de 14 de agosto de 2012<sup>1</sup> (fls. 4/5), na qual não vislumbrou qualquer óbice jurídico no encaminhamento das informações solicitadas na primeira parte do citado ofício, visto que “tais informações não cuidam de matéria sigilosa.”

---

1 Da lavra do Procurador-Chefe Leonardo de Oliveira Gonçalves e aprovado pelo Subprocurador-Geral Arício José Menezes Fortes.

5. Expediu-se, assim, o Memorando-e 134-BCB/PGBC, de 15 de agosto de 2012, por meio do qual a Chefia do Gabinete do Procurador-Geral (PGGAB) encaminhou ao TCU os documentos solicitados na primeira parte do ofício, ao tempo em que requereu a dilação do prazo inicialmente fixado para o cumprimento da solicitação remanescente.

6. Em resposta, o Coordenador da Auditoria de Conformidade, Registros Fiscais nº 682/2012, do TCU, decorrente do Acórdão 1925/2004 – Plenário (TC 9775/2004-3), comunicou a concessão de prazo até 31 de agosto de 2012, qual seja, a data de encerramento dos trabalhos da auditoria, para o integral atendimento do solicitado.

7. Assim, o processo foi encaminhado à Câmara de Consultoria Geral (CC1PG), na forma do despacho do Chefe de Gabinete do Procurador-Geral, para análise jurídica relativa à requisição inserta no item *b* do referido ofício.

8. É o que tinha a relatar. Passo a apreciar o caso.

## APRECIÇÃO

9. Antes mesmo do advento da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001,<sup>2</sup> posto que à luz da interpretação do art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e da remota redação do art. 192 da Constituição Federal (CF),<sup>3</sup> já era assente o entendimento desta Procuradoria-Geral no sentido de que as operações ativas e passivas do Banco Central estariam resguardadas pelo dever legal de sigilo<sup>4</sup>, em razão da imprescindibilidade à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, inciso XXXIII,<sup>5</sup> da CF).

2 “Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.”

3 Anterior à Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003.

4 Nesse sentido, colhem-se remansos precedentes relativos à análise de requerimento de informações pelo Poder Legislativo: Cota Dejur-707, de 10 de setembro de 1993, do Assistente Jurídico Sebastião Andrade Magalhães, com aprovação da Procuradora-Chefe Milza D’Assunção Guidi e do Procurador-Geral Daniel Rodrigues Alves; Parecer Dejur-172, de 2 de maio de 1995, da lavra do Subprocurador-Geral Ailton Cesar dos Santos, aprovado pelo Procurador-Geral José Coelho Ferreira; Cota DEJUR-436, de 2 de maio de 1996, do Procurador Marcos Antonio da Silva Costa, com aprovação da Procuradora-Chefe Milza D’Assunção Guidi e do Procurador-Geral em exercício Carlos Alberto de São Tiago Hagstrom; e Parecer DEJUR-204, de 24 de outubro de 1997, do Procurador Cesar Cardoso, com aprovação do Subprocurador-Geral Ailton Cesar dos Santos.

5 “Art. 5º [...]”

XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;” (grifos nossos).

10. Com a edição da Lei Complementar nº 105, de 2001, restou expresso no ordenamento jurídico pátrio, mais precisamente na primeira parte do *caput* do art. 2º da referida lei, que o “**dever de sigilo é extensivo ao Banco Central do Brasil, em relação às operações que realizar [...]**” (g.n.).

11. Atualmente, portanto, não há como negar que o Poder Legislativo optou por fazer incidir as regras da lei do sigilo bancário às operações próprias do Banco Central na qualidade de autoridade monetária, não havendo franqueado, diante de uma interpretação literal e direta do arcabouço normativo de regência, **livre acesso de tais dados ao TCU**, ainda que vigentes as prerrogativas da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, indicadas na Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.

12. A propósito da inviolabilidade do sigilo bancário, também o Supremo Tribunal Federal (STF) se manifestou no julgamento Mandado de Segurança nº 22.801/DF, assinalando que a **Lei Complementar nº 105, de 2001, não conferiu poderes ao TCU para obter acesso irrestrito a dados sigilosos constantes na base de dados desta Autarquia, em especial os contidos no Sistema de Informações do Banco Central (Sisbacen)**. Leia-se, em seguida, a ementa respectiva:

Mandado de Segurança. Tribunal de Contas da União. Banco Central do Brasil. Operações financeiras. Sigilo. 1. A **Lei Complementar nº 105, de 10/1/01, não conferiu ao Tribunal de Contas da União poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil**. O legislador conferiu esses poderes ao Poder Judiciário (art. 3º), ao Poder Legislativo Federal (art. 4º), bem como às Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§ 1º e 2º do art. 4º). 2. Embora as atividades do TCU, por sua natureza, **verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da Constituição Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário**. 3. Ordem concedida para afastar as determinações do acórdão nº 72/96 – TCU – 2ª Câmara (fl. 31), bem como as penalidades impostas

ao impetrante no Acórdão nº 54/97 – TCU – Plenário. (g.n.)  
(MS nº 22.801/DF, Relator Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2007)

13. Dentre as funções clássicas de um Banco Central, aliada à missão de executar a política cambial do País, encontra-se o encargo de ser depositário das reservas oficiais em ouro e em moeda estrangeira, haja vista os interesses intimamente ligados à própria **execução da política monetária** e os seus **efeitos sobre a economia real** (utilização de reservas para manutenção do nível de liquidez adequado no mercado, garantido que os agentes econômicos desenvolvam normalmente suas atividades)<sup>6</sup>.

14. A seu turno, a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, no seu art. 10, inciso VIII, efetivamente atribui ao Banco Central, com **exclusividade**, a qualidade de depositário das reservas internacionais, possuindo o **poder-dever** de geri-las, em nome próprio e segundo os critérios por ele estabelecidos, com o propósito de alcançar o maior benefício aos interesses do País.

15. Por outro lado, além de representarem operações de **autoridade monetária**, entende-se que a **revelação** das transações realizadas no âmbito da administração das reservas internacionais do País seria capaz de desnudar as **estratégias utilizadas na gestão desses recursos** pela Autarquia, deixando os ativos expostos à ação especulativa dos agentes de mercado. Com efeito, tal condição colocaria em grave risco a **segurança** e a **expectativa de retorno financeiro** dos ativos investidos<sup>7</sup>.

16. Constata-se, portanto, que essas informações capazes de revelar a **estratégia da gestão das reservas internacionais** estariam resguardadas pelo dever legal de sigilo previsto pelo *caput* do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001, em proteção aos próprios interesses do Estado, que toma para si o papel de investidor no mercado financeiro internacional, ambiente no qual atua consideravelmente fragilizado, em igualdade perante os demais participantes.

---

6 “Cabe aos bancos centrais a responsabilidade de serem depositários das reservas oficiais em ouro e em moeda estrangeira [...]. Os interesses determinadores dessa função contam-se como monetários (relacionados ao controle da base monetária), de comércio internacional (a fim de que seja possível o exercício do comércio exterior) e aqueles ligados ao crédito perante a comunidade financeira internacional, onde os particulares e o próprio Estado vão buscar recursos para o desenvolvimento de suas atividades.” VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Bancos Centrais no Direito Comparado**. O Sistema Financeiro Nacional e o Banco Central do Brasil (O regime vigente e as propostas de reformulação). São Paulo: Ed. Malheiros, 2005. p. 52.

7 Recomenda-se a leitura do já citado Parecer Dejur-204, de 24 de outubro de 1997, do Procurador Cesar Cardoso com a aprovação do Subprocurador-Geral Ailton Cesar dos Santos.

17. Não se deve olvidar, contudo, como muito bem se apreende das manifestações jurídicas colhidas no repositório de precedentes desta Procuradoria-Geral, que o direito à **preservação do sigilo** não se confunde com o próprio bem jurídico objeto de especial proteção constitucional, seja ele um direito fundamental ou um interesse público relevante, mas com eles estabelece uma **relação de instrumentalidade**.<sup>8</sup>

18. Assim, a exegese dos dispositivos da Lei Complementar nº 105, de 2001, deve sempre ser orientada pelo cerne teleológico de cada norma ali inculpada, ou seja: (i) a efetiva concretização dos **direitos fundamentais à intimidade e à vida privada** (art. 5º, inciso X, da CF), assegurados pelo art. 1º e pela segunda parte do art. 2º, por meio do sigilo das operações ativas e passivas das instituições financeiras e das informações obtidas pelo Banco Central no exercício das suas atribuições; ou (ii) a **proteção do interesse público referente à segurança do Estado e da sociedade** (art. 5º, inciso XXXIII, da CF), resguardado pela primeira parte do *caput* do art. 2º.

19. Essa anunciada distinção hermenêutica encontra guarida de Tércio Sampaio Ferraz Junior:<sup>9</sup>

Nada obsta que um banco oficial ou o banco central estivesse realizando uma grande operação cambial que, no interesse da soberania econômica do País devesse ser mantida sob sigilo. Aqui, o sigilo seria faculdade (conteúdo) atribuída à sociedade e ao Estado (sujeitos), em proteção de sua segurança (objeto). Haveria, portanto, um equívoco em falar-se em direito ao sigilo tomando a faculdade (conteúdo) pelo bem protegido (objeto), como se tratasse em si de um único direito fundamental. Ao contrário, é preciso reconhecer que o sigilo, a faculdade de manter sigilo, pode dizer respeito a informações privadas (inciso XII do art. 5º) ou de interesse da sociedade ou do Estado (inciso XXXIII do mesmo artigo). No primeiro caso, o bem protegido é uma liberdade de “negação” e daí, a privacidade. No segundo, a segurança coletiva ou um interesse de soberania (g. n.).

---

8 “Note-se, pois, que a faculdade de resistir ao devassamento (de manter sigilo), conteúdo estrutural de diferentes direitos fundamentais, não é um fim em si mesmo, parte indiscernível de um direito fundamental (uma espécie de direito fundamental da pessoa ao sigilo) mas um instrumento fundamental, cuja essência é a assessoriedade. A inviolabilidade do sigilo, como tal, pode garantir o indivíduo e sua privacidade ou a privacidade de terceiros ou ainda a segurança da sociedade e do Estado.” (G.n). FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo Bancário: Privacidade e Liberdade. In: Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho; Vasco Branco Guimarães. (Org.). **Sigilos Bancário e Fiscal – Homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 122.

9 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Ibid.* p. 121.

20. Andou bem, portanto, o Parecer PGBC-200, de 6 de agosto de 2012,<sup>10</sup> que, ao reviver os precedentes desta Procuradoria-Geral, esclarece que a **finalidade do sigilo** das operações da autoridade monetária é assegurar a **estabilidade do Sistema Financeiro e garantir a eficácia das estratégias de intervenção e de investimento** por ela traçadas, concluindo que a ideia de “informação capaz de revelar a estratégia de gestão” configura verdadeiro **conceito indeterminado**, o qual somente pode ser identificado, em cada caso, pelo Banco Central, exclusivo depositário e gestor das reservas internacionais, por meio do seu **corpo técnico** competente. É o que se depreende do seguinte trecho:

Percebe-se, pois, que a interpretação finalística da norma contida na primeira parte do art. 2º, *caput*, da Lei Complementar nº 105, de 2001, leva o aplicador do Direito à conclusão de que informações atinentes às reservas internacionais estarão protegidas pelo sigilo de que trata a referida lei sempre que sua revelação a terceiros puder desnudar “a estratégia de gestão” desses ativos. A ideia de “informação capaz de revelar a estratégia de gestão”, contudo, encerra um conceito indeterminado, cujo conteúdo só se pode desvendar a partir da utilização de conhecimentos próprios da ciência das finanças e da realidade do mercado. **Não é por outra razão que a PGBC defendeu que competiria à área técnica formular o juízo a respeito de qual dado, uma vez oferecido a terceiros, poderia prejudicar a estratégia de gestão dos ativos cambiais em referência (g. n.).**

21. Do mesmo modo, em harmonia com a aventada relação de instrumentalidade, o próprio STF reconhece que o sigilo bancário **não é absoluto**, devendo ceder diante de um interesse público relevante, mormente quando as operações financeiras envolvam **recursos públicos**,<sup>11</sup> os quais fariam incidir os princípios da Administração Pública, em especial os da **publicidade e da moralidade** (art. 37,<sup>12</sup> *caput*, da CF).

10 Da lavra do Procurador-Chefe Lucas Alves Freire com a aprovação da Subprocuradora-Geral Walkyria de Paula Ribeiro De Oliveira.

11 Cf.: MS 21.729/DF, Relator Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995.

12 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]” (g.n.)

22. Todavia, embora não se negue o caráter público dos recursos materializados nas reservas internacionais, prevalece nesta Procuradoria-Geral o firme entendimento que:

[...] tal condição não pode ser levada ao extremo de prestigiar entendimento que afronte a literalidade do art. 2º da Lei Complementar n.º 105, de 2001 – que efetivamente obriga o BCB a guardar sigilo em relação às operações que realiza – para justificar o acesso irrestrito às minúcias, muitas vezes estratégicas, de aplicação das reservas internacionais<sup>13</sup> (g. n.).

23. Isso porque é mais do que evidente que, caso se entenda que qualquer operação realizada com recursos públicos pelo Banco Central, notadamente na qualidade de gestor das reservas internacionais do País, permitiria o acesso irrestrito e incondicionado dessas informações pelo público em geral, estar-se-ia tornando **letra morta**<sup>14</sup> aquela primeira parte do *caput* do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001, desprovendo, por completo, sua eficácia, contudo sem ter sido declarada sua **inconstitucionalidade**.

24. Adverte-se, todavia, que tal posicionamento jurídico da Procuradoria-Geral não significa asseverar que essa Autarquia está imune ao **dever de transparência** que permeia toda a atuação pública e irradia do **princípio republicano**, pelo qual o Estado deve sempre prestar contas perante a sociedade (*accountability*).<sup>15</sup>

25. Sob essa perspectiva republicana, lançado um olhar atento nos arts. 70 e 71, incisos II e IV da CF, percebe-se que estes dispositivos materializam a obrigação de “qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos” **prestar contas**, assim como esclarecem a quem se deve prestá-las, *in verbis*:

---

13 Parecer PGBC-294, de 30 de novembro de 2007, de autoria do Procurador Fabiano Jantalia Barbosa com a aprovação do então Coordenador-Geral Cristiano de Oliveira Lopes Cozer e do Subprocurador-Geral Ailton Cesar dos Santos.

14 Sabe-se que é princípio basilar de hermenêutica jurídica o brocardo latino “*verba cum effectu sunt accipienda*”, literalmente: “Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia”, ou seja, a lei não contém palavras inúteis. C.f.: MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965. p. 262.

15 A propósito do *accountability*, poderíamos citar o art. 7º, § 3º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que previu que os **balanços trimestrais** divulgados pelo Banco Central do Brasil conterão notas explicativas “sobre os custos da remuneração das disponibilidades do Tesouro Nacional e da **manutenção das reservas cambiais e a rentabilidade de sua carteira de títulos**, destacando os de emissão da União” (g. n.).

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, **será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo**, e pelo sistema de controle interno de cada Poder (g. n.).

Parágrafo único. **Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.**

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluída as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

[...]

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, **inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial**, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; [...] (g.n.).

26. O papel constitucional do TCU, portanto, é o de órgão auxiliar do Poder Legislativo da União na atividade de controle externo dos demais poderes, ou seja, na função de realizar a auditoria contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades da administração direta e indireta, não cabendo a ele, adverte-se, exercer o controle de caráter finalístico das políticas monetária e cambial conduzidas pelo Banco Central.

27. Contudo, para que esse órgão auxiliar do Poder Legislativo possa adequadamente exercer a atividade de auditoria contábil e financeira que lhe foi incumbida constitucionalmente, bem como para que o Banco Central possa prestar contas dos valores depositados e por ele administrados, atuando de modo transparente, é necessário algum nível de acesso, por determinados servidores daquele órgão de controle externo.

28. A respeito do tema, vê-se que obstáculo semelhante foi ultrapassado pelo Parecer DEJUR-2000, de 27 de março de 2000,<sup>16</sup> no qual se entendeu pela viabilidade da prestação dos serviços de auditoria independente à Autarquia,<sup>17</sup> não configurando violação ao dever de sigilo a permissão de conhecimento restrito, **resguardada a devida confidencialidade**, das informações indispensáveis à realização da auditoria contábil independente, diante das razões a seguir enumeradas (item 10 do referido pronunciamento):

- a) a auditoria independente está amparada pela **competência atribuída ao Conselho Monetário Nacional**, no art. 4º, inciso XXVII, da Lei nº 4.595/64;
- b) também porque o resultado do serviço de auditoria independente (relatório ou parecer de auditoria) é do contratante, estando a contratada (empresa de auditoria) obrigada a observar **cláusulas de confidencialidade**, assim como normas de conduta ética constantes de código de ética profissional;
- c) é uma **auditoria de conformidade**, ou seja, opina a respeito da adequação das demonstrações financeiras do auditado ao princípios fundamentais de contabilidade e demais normas pertinentes, que é o **limite de sua competência** (g. n.).

29. Por sua vez, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011<sup>18</sup> (que regulamenta, dentre outros, o inciso XXXIII do art. 5º da CF), conquanto não se aplique às operações das reservas internacionais (pois, em conformidade com o art. 22<sup>19</sup> da referida Lei, suas disposições **não excluem** as demais hipóteses legais de sigilo, a exemplo do sigilo bancário), trouxe **solução jurídica análoga**

---

16 De autoria do Procurador Marcus Vinicius Saraiva Matos com a aprovação do Subprocurador-Geral Carlos Lauro Correa de Castro Paz e do Procurador-Geral José Coelho Ferreira.

17 Em relação à atividade de auditoria, como destacou o citado Parecer DEJUR/2000: a “auditoria governamental e a auditoria independente privada não são mutuamente excludentes”, pois, ainda que possuam atividades semelhantes, seus objetivos são díspares: a primeira visa assegurar o correto emprego dos recursos públicos, ao passo que a segunda confere um maior grau de veracidade e confiabilidade aos registros contábil-financeiros do auditado, para utilização da instituição na tomada de decisão e divulgação aos demais interessados, por meio da publicação dos balanços.

18 Destaca-se que um dos objetivos da Lei de Acesso à Informação foi justamente regular o segredo incidente sobre as informações imprescindíveis para a segurança da sociedade e do Estado, previsto no inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal. Na verdade, tal fato não exclui a possibilidade, como ocorre *in casu*, de outra norma buscar seu fundamento, ainda que implicitamente, na proteção dos mesmos valores constitucionais (como a primeira parte do *caput* art. 2º da lei de sigilo bancário).

19 “Art. 22. O disposto nesta Lei não exclui as demais hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público” (g.n.).

àquela adotada no Banco Central do Brasil a respeito das empresas de auditoria independente nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 25<sup>20</sup> e no parágrafo único do art. 26,<sup>21</sup> de modo a garantir a **confidencialidade** dos dados sensíveis ali classificados como **sigilosos**. Vejamos o teor dos citados dispositivos, parcialmente transcritos abaixo:

Art. 25. [omissis]

§ 1º O acesso, a divulgação e o tratamento de informação classificada como sigilosa ficarão **restritos a pessoas que tenham necessidade de conhecê-la e que sejam devidamente credenciadas** na forma do regulamento, sem prejuízo das atribuições dos agentes públicos autorizados por lei.

§ 2º O acesso à informação classificada como sigilosa **cria a obrigação para aquele que a obteve de resguardar o sigilo**.

§ 3º Regulamento disporá sobre procedimentos e medidas a serem adotados para o tratamento de informação sigilosa, de modo a **protegê-la contra perda, alteração indevida, acesso, transmissão e divulgação não autorizados**.

Art. 26. [omissis].

Parágrafo único. A pessoa física ou entidade privada que, em razão de qualquer vínculo com o poder público, **executar atividades de tratamento de informações sigilosas** adotará as providências necessárias para que seus empregados, prepostos ou representantes observem as medidas e **procedimentos de segurança das informações resultantes da aplicação desta Lei** (g.n.).

30. Como se pode perceber, a realização da atividade de auditoria, seja interna ou externa, pública ou privada, exige sempre algum nível de conhecimento de informações sensíveis que fundamentam os registros contábeis e financeiros de uma instituição.

31. Todavia, caso permitido um **livre acesso** a esses dados, poderia não se assegurar a imprescindível proteção do interesse público envolvido na confidencialidade dessas informações estratégicas (art. 5º, inciso XXXIII, da CF), das quais o Banco Central é verdadeiro guardião, responsável por garantir o sigilo indispensável à eficácia da gestão das reservas internacionais do País.

---

20 Credenciamento de pessoas que tenham necessidade de conhecer informações sigilosas.

21 Observância dos procedimentos de segurança por terceiros que executem atividades de tratamento de informações sigilosas.

32. Portanto, ao meu sentir, o acesso dos dados relativos às operações no âmbito da administração das reservas, segundo avaliação técnica da própria Autarquia, desde que indispensável à realização das **atividades de auditoria contábil e financeira**, preservando-se rigorosamente o caráter de **confidencialidade das informações obtidas no exercício das atribuições do TCU**, não é capaz de violar o sigilo que acoberta tais informações,<sup>22</sup> sempre que seja possível resguardar a imprescindível **segurança da sociedade e do Estado**, âmbito da primeira parte do *caput* do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001.

33. Cabe repetir, contudo, que não se trata de afirmar genericamente uma prerrogativa de *full disclosure* ou de acesso incondicionado de dados das operações realizadas pelo Banco Central por qualquer outro órgão, muito menos uma permissão para a revelação das informações que a Autarquia obtiver no exercício das suas atribuições, em **violação ao direito fundamental à intimidade e à vida privada** (art. 5º, inciso X, da CF), situação que o STF já rechaçou veementemente no julgamento do citado Mandado de Segurança nº 22.801/DF.

34. Cuida-se, na verdade, de se compreender que as normas do art. 5º, inciso XXXIII, e art. 70 e 71, incisos II e IV, da Constituição, protetoras de interesses constitucionais legítimos (transparência pública e segurança coletiva), **não se excluem reciprocamente**, mas devem ser compatibilizadas, no que se proclama, no âmbito da hermenêutica constitucional, **princípio da harmonização ou concordância prática**.<sup>23</sup>

35. Além disso, entendo por bem recomendar a celebração de **termo de confidencialidade** pelo TCU, como instrumento juridicamente adequado à formalização dos ajustes necessários com o Banco Central, regulando o fornecimento das informações sigilosas e compatibilizando os interesses institucionais envolvidos.

36. Esse termo de confidencialidade seria capaz, assim, de **regular** previamente o acesso **confidencial** das informações **indispensáveis** à realização das atividades de **auditoria contábil e financeira** pelo TCU, de modo semelhante

---

22 “[...] não há quebra (ilícita) quando as informações são transferidas, por razões juridicamente aceitáveis, com a manutenção do traço sigiloso por parte do novo conhecedor.” CASTRO, Aldemário Araújo. Considerações acerca do sigilo bancário e fiscal, do direito fundamental de inviolabilidade da privacidade e do princípio fundamental da supremacia do interesse público sobre o privado. In Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho; Vasco Branco Guimarães. (Org.). *Op. cit.* p. 457.

23 “[...] o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 114.

ao que ocorre com os termos de confidencialidade firmados para a realização da auditoria independente.

37. Ressalta-se, nesse momento, que, embora o art. 86, inciso IV, da Lei nº 8.443, de 1992, imponha aos servidores do TCU o dever funcional de guardar sigilo sobre dados e informações obtidos em decorrência das suas atribuições, entendendo que tal dispositivo é demasiadamente genérico para fornecer a segurança jurídica necessária ao Banco Central, como depositário e guardião das informações estatais capazes de revelar a estratégia da gestão das reservas internacionais, que o art. 5º, inciso XXXIII, da CF, não será transgredido, excluindo a incidência da primeira parte do *caput* do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001.

38. Conclui-se, portanto, que a celebração do referido instrumento jurídico poderia, de antemão, compatibilizar e convergir os interesses públicos envolvidos, quais sejam: (i) a prestação de contas e o dever de transparência de quem administra dinheiro, bens e valores públicos (art. 70 e 71, incisos II e IV, da CF); e (ii) o resguardo do sigilo das informações sensíveis e estratégicas no que se refere à gestão das reservas internacionais, indissociáveis da segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, inciso XXXIII, da CF), excluindo a incidência da primeira parte do *caput* do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001.

## CONCLUSÃO

39. Ante todo o exposto, em atendimento à alínea *b* do Ofício de Requisição nº 1787/2012-9, do TCU, conclui-se que:

- a) as informações que possam revelar a **estratégia da gestão das reservas internacionais** do País estão protegidas pelo **sigilo bancário** de que trata a Lei Complementar nº 105, de 2001, consoante expressa disposição da primeira parte do *caput* do art. 2º, **sempre que indispensáveis à segurança da sociedade e do Estado** (art. 5º, inciso XXXIII, da CF);
- b) o juízo a respeito de quais dados, uma vez conhecidos por terceiros, poderão prejudicar a estratégia e a eficácia da gestão das reservas oficiais deverá ser exercido pela **área técnica competente do Banco Central**, na qualidade de depositário e guardião de tais informações

(art. 10, inciso VIII, da Lei nº 4.595, de 1964, c/c a primeira parte do *caput* do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001);

b) não obstante o caráter público dos recursos que compõem as reservas internacionais, uma interpretação que entendesse pelo acesso irrestrito e incondicionado das operações realizadas com recursos públicos pelo Banco Central removeria, por completo, a eficácia da norma contida na primeira parte do *caput* do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001, fruto de deliberação democrática do Poder Legislativo, responsável por tutelar interesse público relevante (art. 5º, inciso XXXIII, da CF);

c) a atividade de auditoria externa exige sempre algum nível de conhecimento de informações sensíveis que fundamentam os registros contábeis e financeiros do auditado;

d) o acesso de dados relativos às operações referentes à administração das reservas internacionais, segundo avaliação técnica da Autarquia, desde que **indispensável** à realização das atividades de auditoria contábil e financeira, preservando-se o **caráter de confidencialidade**, não é capaz violar o sigilo que tem como fundamento constitucional o art. 5º, inciso XXXIII, da CF, sempre que seja possível resguardar a imprescindível segurança da sociedade e do Estado, excluindo a incidência da primeira parte do *caput* do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001;

e) é possível compatibilizar e convergir os interesses públicos envolvidos, ou seja, o dever de **transparência pública** e a **segurança e eficácia da administração das reservas internacionais** (art. 5º, inciso XXXIII, e art. 70 e 71, incisos II e IV, da CF), excluindo a hipótese de violação da primeira parte do *caput* do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001, desde que se **regule** previamente, por meio de **termo de confidencialidade** a ser celebrado com o TCU, as **relações institucionais** referentes ao acesso **confidencial** das **informações indispensáveis** à realização das atividades de auditoria contábil e financeira.

À consideração de Vossa Senhoria.

*Marcus Paulus de Oliveira Rosa*

*Procurador*

Senhora Subprocuradora-Geral,

Estou de inteiro acordo com o bem elaborado parecer da lavra do Procurador Marcus Paulus de Oliveira Rosa.

2. Com efeito, examinada a questão sob o prisma teleológico, conclui-se que a norma insculpida na primeira parte do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001, não impede o acesso, por órgão público de auditoria, às informações atinentes às reservas internacionais.-

3. Ademais, corroborando as conclusões apresentadas pelo Procurador Marcus Paulus de Oliveira Rosa, tenho que a celebração de termo de confidencialidade pelo Tribunal de Contas da União constitui solução adequada para que se discipline o fornecimento dessas informações estratégicas, com vistas a resguardar a transferência do sigilo ao Tribunal de Contas da União.

É o que submeto à apreciação de Vossa Senhoria, com a sugestão de que o presente parecer seja encaminhado ao Tribunal de Contas da União, para efeito de atendimento ao pleito constante do item b do Ofício de Requisição nº 1787/2012-9.

*Lucas Alves Freire*  
*Procurador-Chefe*

(Seguem despachos.)

De acordo com a manifestação da Coordenação-Geral de Consultoria Internacional, Monetária e em Regimes Especiais.

2. Resta evidenciado que, mesmo se tratando de recursos públicos, as reservas internacionais administradas pelo Banco Central são protegidas pelo sigilo assegurado pela Lei Complementar nº 105, de 2001.

3. No entanto, diante da atribuição constitucional da Corte de Contas, entende-se possível o envio dos dados necessários para execução das atribuições do Tribunal de Contas da União, assegurado o caráter confidencial de tais informações haja vista os potenciais danos ao Estado advindos da divulgação de tais informações.

4. Desse modo, endosso a recomendação do parecer no sentido de que se celebre termo de confidencialidade para a transmissão das informações sigilosas ao Tribunal de Contas da União.

5. Na situação presente, reconhece-se a competência constitucional do Tribunal de Contas e o caráter público dos recursos administrados pelo Banco Central.

Ao Procurador-Geral Adjunto, nos termos do art. 9º, § 2º, inciso I, da Ordem de Serviço nº 4.747, de 19 de abril de 2012.

*Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira*  
*Subprocuradora-Geral*

Senhor Procurador-Geral,

Cuida-se de aferir se, à vista do disposto no art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, é possível o acesso do Tribunal de Contas da União às informações atinentes às operações praticadas pelo Banco Central do Brasil na gestão das reservas cambiais brasileiras, no exercício da competência conferida pelo art. 10, VIII, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

2. Entendo que a elucidação da matéria deve partir do reconhecimento de que há basilar distinção entre as funções desempenhadas pelo Banco Central e aquelas dos demais reguladores dos distintos segmentos da economia. Mais do que simplesmente regular e supervisionar o sistema financeiro, o Banco Central do Brasil conduz a política monetária e cambial mediante a prática de operações em mercado, vale dizer, intervém na economia, realizando negócios jurídicos com o propósito de interferir em variáveis econômicas e, por essa via, levar a efeito a política econômica governamental.

3. A distinção entre as atividades de supervisão e de intervenção na economia marca o comando veiculado pelo art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001. Quando esse preceito legal alude à existência de segredo sobre as informações que o Banco Central do Brasil obtiver no exercício de suas atribuições (de supervisão), mais não faz que reafirmar o sigilo já estatuído pelo art. 1º do mesmo diploma legal. É dizer: deve o Banco Central do Brasil manter

sigilo sobre dados referentes a **operações ativas e passivas e serviços prestados** por instituições financeiras (já sigilosos na origem) obtidos pela Autarquia no exercício de suas atribuições de supervisão. Quando, por outro lado, o art. 2º resguarda as informações concernentes às **operações** realizadas pelo Banco Central do Brasil, a confidencialidade liga-se àquelas transações de intervenção na ordem econômica relacionadas à execução da política monetária e cambial.

4. O parecer acima pontua adequadamente que o fundamento constitucional para o sigilo sobre as informações detidas pelo Banco Central do Brasil é distinto em cada caso. O sigilo sobre os dados obtidos pela supervisão é motivado pela proteção constitucional da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, da Constituição da República<sup>24</sup>). O sigilo sobre operações praticadas pela autoridade monetária, a seu turno, tem por embasamento a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, da Constituição).

5. Essa distinção, de importância nevrálgica, merece esclarecimentos adicionais, tendo em vista que a análise do assunto, que radica diretamente nos princípios consagrados em nossa Carta, deve pautar-se, inevitavelmente, pela jurisprudência da Corte Suprema brasileira.

6. Ao apreciar o Mandado de Segurança nº 22.801-6/DF, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que ao Tribunal de Contas da União não se permite o acesso direto a dados protegidos por sigilo bancário, por ausência de previsão legal que lhe confira semelhante prerrogativa. Deve-se frisar, no entanto, que o julgado em apreço teve em mira os dados obtidos pelo Banco Central do Brasil **no exercício de suas atribuições de supervisão** (é o que deflui dos votos proferidos pelos Ministros do STF, integralmente pautados pela discussão a respeito da tutela constitucional da intimidade e da vida privada). Nada há, nesse precedente, que autorize estender suas conclusões aos dados sobre **operações realizadas pela autoridade monetária** (vale dizer, as informações cujo sigilo tem por motivação a segurança da sociedade e do Estado).

7. O fato é que o sigilo referente às operações efetuadas pelo Banco Central do Brasil precisa ser analisado sob perspectiva distinta daquela adotada por nossa Corte Suprema no aludido acórdão. Para esse efeito, contudo, revela-se pouco

---

24 Nesse sentido, cf. o acórdão unanimemente proferido pelo Supremo Tribunal Federal em 17 de dezembro de 2007, ao julgar o Mandado de Segurança nº 22.801-6/DF, cuja ementa afirma, textualmente, que “há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia do sigilo bancário.”

importante a característica de serem tais operações realizadas com recursos públicos. É certo que, no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.729-4/DF, o Supremo Tribunal Federal já havia firmado o entendimento de não haver sigilo sobre operações realizadas com recursos públicos, em virtude da transparência e publicidade ínsitas ao trato da coisa pública. Também nesse importante precedente, contudo, o que a Corte tinha diante dos olhos eram **operações ativas e passivas e serviços prestados** por instituições financeiras (a saber, o repasse, mediante banco oficial, de recursos do Tesouro Nacional, destinados à equalização de taxas de juros para o setor sucroalcooleiro), e não as operações da própria autoridade monetária.

8. O raciocínio da inexistência de sigilo sobre operações realizadas com recursos públicos não se pode estender acriticamente às operações praticadas pelo Banco Central do Brasil, pela simples razão de que, por serem **todas elas praticadas com recursos públicos**, a cláusula legal de segredo perderia a razão de ser. Em outro giro: dizer que não há sigilo bancário sobre operações do Banco Central do Brasil em virtude da circunstância de serem realizadas com recursos públicos implicaria negar em absoluto vigência à primeira parte do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001.

9. Essa conclusão extrema, à evidência, deve ser afastada. Inúmeros casos há, não apenas no âmbito das atribuições da autoridade monetária, em que se deve reconhecer sigilo sobre dados imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado. O caráter público dos recursos, portanto, não é argumento definitivo, mas sim a necessidade de preservar a segurança coletiva, sendo legítima a opção legislativa por consagrar sigilo sobre operações da autoridade monetária em atenção a seu caráter estratégico.

10. O comando contido na primeira parte do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001, portanto, precisa ser interpretado teleologicamente. Agindo sob essa perspectiva, verifica o intérprete que o mencionado preceito legal estatui segredo **não sobre todas as operações realizadas por esta Autarquia**, mas **apenas sobre aquelas cuja divulgação traria prejuízo à segurança da sociedade e do Estado**. Assim, diferentemente das informações sobre operações ativas e passivas e serviços prestados por instituições financeiras (que são **todas** confidenciais), é preciso reconhecer que apenas serão sigilosas aquelas operações do Banco Central do Brasil cuja divulgação, por suas repercussões sobre as políticas públicas, possa trazer prejuízo à segurança da coletividade. É o que ocorre,

por exemplo, com a assistência de liquidez provida a instituições financeiras, cujo conhecimento público poderia importar em riscos para a credibilidade do sistema e das entidades que o compõem.

11. Assim traçadas as premissas, debruço-me sobre as operações realizadas pelo Banco Central do Brasil ao administrar as reservas internacionais. Os precedentes da Procuradoria-Geral, com base em elementos providos pela área técnica, há muito firmaram o entendimento de que há sigilo bancário sobre tais negócios jurídicos, em razão da necessidade de manter a confidencialidade da estratégia de gestão adotada por esta Autarquia. Caso fossem indiscriminadamente divulgadas, essas informações permitiriam aos agentes de mercado antecipar-se à implementação das decisões de investimento do Banco Central do Brasil, conferindo-lhes vantagens competitivas sobre a autoridade cambial brasileira. A tutela da estratégia de gestão é motivada, portanto, pelo interesse nacional em fazer frutificarem os ativos que compõem as reservas cambiais, aumentando a robustez do País para atuar no sentido do equilíbrio do balanço de pagamentos e da estabilidade relativa das taxas de câmbio.

12. Esse mesmo interesse na gestão apropriada das reservas cambiais motiva a transferência de dados sobre operações com reservas internacionais a empresas de auditoria contratadas pelo Banco Central do Brasil. Afinal, para bem atuar no mercado internacional, o gestor das reservas internacionais necessita de atender às exigências legais e consuetudinárias vigentes em cada centro financeiro, dentre as quais desponta a imposição de ter suas contas independentemente auditadas. Em contrapartida, a empresa de auditoria assume o mais estrito compromisso de confidencialidade, em respeito à integridade da política de investimentos de seu cliente (o Banco Central do Brasil). Em outras palavras, se fosse invocado para impedir o fornecimento de dados sobre operações das reservas cambiais para a empresa de auditoria independente, o sigilo bancário sobre as operações do Banco Central do Brasil **frustraria a própria finalidade para a qual foi instituído**. A referida sistemática, por outro lado, permite atender a todos os valores em jogo: tanto a gestão adequada das reservas internacionais, quanto a manutenção do sigilo sobre a estratégia de investimentos.

13. Ora, a mesma linha de compreensão aplica-se, *a fortiori*, ao Tribunal de Contas da União. Constitucionalmente incumbido de auxiliar o Congresso Nacional no controle externo do Poder Executivo, mediante fiscalização contábil,

financeira e orçamentária (art. 70 e 71 da Constituição), mostra-se necessário, para o bom desempenho do mister, que se assegure à Corte de Contas acesso aos dados das operações das reservas internacionais. Nem por isso, entretanto, deixam as informações de ser sigilosas. Ocorre, na hipótese, **transferência de sigilo** ao Tribunal, que deve adotar as medidas necessárias para preservar em segredo a estratégia de investimentos das reservas cambiais.

14. Nesse contexto, afigura-se de todo recomendável a assinatura de termo de confidencialidade pelo Tribunal de Contas da União, consubstanciando-se, por essa via, a transferência do sigilo existente sobre as operações das reservas internacionais.

Com tais considerações, submeto à sua apreciação o parecer da lavra da Câmara de Consultoria Geral, cujo teor, neste ato, endosso.

*Cristiano de Oliveira Lopes Cozer*  
*Procurador-Geral Adjunto*

(Segue despacho.)

Corroboro a análise jurídica levada a efeito pela Câmara de Consultoria Geral e complementada pelo Procurador-Geral Adjunto, a qual, com os olhos postos no ordenamento constitucional, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, adequadamente conclui no sentido da possibilidade jurídica de se franquear ao Tribunal de Contas da União o acesso às informações atinentes à gestão das reservas cambiais brasileiras, sem prejuízo de seu caráter confidencial.

2. A argumentação desenvolvida pelo parecer bem realiza trabalho de concordância prática dos valores em presença, efetuando ponderação apropriada entre o interesse público na fiscalização contábil, financeira e orçamentária a cargo do Tribunal de Contas da União (TCU) e a tutela do sigilo sobre a estratégia de investimento das reservas internacionais.

3. Endosso, ainda, a recomendação de que a transferência do sigilo à Corte de Contas se materialize por intermédio da subscrição de termo de confidencialidade, para efeito da observância de procedimentos de segurança no tratamento da informação, necessários para a preservação do segredo estatuído

pelo art. 2º, primeira parte, da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Recomendo à Auditoria Interna do Banco Central do Brasil (Audit), nesse contexto, que submeta previamente à análise jurídica da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) a minuta de termo de confidencialidade, a qual deverá abordar expressamente o compromisso do TCU de conferir aos processos e documentos que contenham dados atinentes às reservas internacionais o tratamento sigiloso disciplinado nos art. 9º e 10 da Resolução TCU nº 191, de 21 de junho de 2006.

4. Por fim, forte nas razões expostas no vertente documento, adoto-o como orientação jurídica de caráter vinculante no âmbito do Banco Central do Brasil, com supedâneo na competência prevista no art. 37, VII, do Regimento Interno.

5. Dê-se ciência do presente parecer integrantes da Diretoria Colegiada, tendo em vista suas atribuições regimentais para estabelecer diretrizes e parâmetros para a administração das reservas oficiais em ouro e moeda estrangeira. Em seguida, dirija-se a opinião legal à Auditoria Interna do Banco Central do Brasil, para fins de encaminhamento à 2ª Secretaria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União (TCU), em resposta ao item “b” do Ofício de Requisição nº 1787/2012-9, de 13 de agosto de 2012.

*Isaac Sidney Menezes Ferreira*

*Procurador-Geral*

## **Petição PGBC-5727/2012**

Manifestação em Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal pleiteando a retirada em 120 dias da expressão “DEUS SEJA LOUVADO” de todas as cédulas de real produzidas a partir do decurso do aludido prazo.

**César Cardoso**  
Procurador-Chefe

**Isaac Sidney Menezes Ferreira**  
Procurador-Geral

Petição PGBC-5727-2012

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL DA 7ª VARA DA 1ª SUBSEÇÃO  
JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº: 0019890-16.2012.403.6100

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉUS: UNIÃO E BANCO CENTRAL DO BRASIL

**BANCO CENTRAL DO BRASIL**, autarquia federal criada pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1945, por seu Procurador-Geral e Procurador-Chefe da Procuradoria-Regional do Banco Central em São Paulo (art. 4º, I, da Lei nº 9.650, de 21 de maio de 1998, e art. 17, I, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993), em atenção ao mandado de intimação expedido nos autos da Ação Civil Pública referenciada na epígrafe, vem, respeitosamente, manifestar-se nos termos do art. 2º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, nos seguintes termos:

## I. RELATO

1. Cuida-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal contra a União e o Banco Central, com pedido de antecipação da tutela jurisdicional, *inaudita altera parte*, para o fim de determinar aos réus que “promovam, no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias, a retirada da expressão ‘Deus seja louvado’ de todas as cédulas de Real que forem impressas decorrido tal prazo.”

2. A inicial assenta-se, em síntese, na alegação de que os dizeres a serem suprimidos das cédulas importariam em constrangimento à liberdade religiosa e seriam ofensivos aos princípios da laicidade do Estado, da legalidade, da igualdade e da não exclusão das minorias.

3. Ancorado nesses argumentos, o autor formula o pedido de concessão de tutela antecipada. Argumenta que o requisito de verossimilhança do direito invocado sobressai da violação das normas constitucionais invocadas. O perigo na demora da prestação jurisdicional, por sua vez, segundo alega o autor, “salta aos olhos”, pois a Constituição estaria sendo diariamente violada pelo uso da expressão impugnada, e a liberdade religiosa, continuamente ofendida.

4. Recebida a inicial, o magistrado, atento às prescrições legais consagradas do devido processo legal, recusou a concessão da tutela antecipada *inaudita altera parte* e determinou fossem colhidos pronunciamentos dos réus, no prazo de 72 (setenta e duas), na forma preconizada pelo art. 2º da Lei nº 8.437, de 1992.

## II. ESCLARECIMENTO PRELIMINAR NECESSÁRIO

5. Por cautela, convém esclarecer, de partida, que o presente pronunciamento não é uma síntese da contestação a ser oportunamente ofertada. Em verdade, o prazo legal exíguo para pronunciamento – em sintonia com os procedimentos de urgência – constitui embargo suficiente para, em questão de alta indagação jurídica, impedir a apresentação já nesta oportunidade de sumário das alegações a serem invocadas na peça de defesa. Bem por isso, não seria correto supor qualquer hipótese de aplicação dos efeitos da revelia em relação às alegações a serem articuladas na contestação porque não constantes deste pronunciamento preliminar.

6. O objetivo da Autarquia, neste momento preliminar, é demonstrar a ausência dos requisitos necessários à concessão da tutela antecipada; vale dizer, a autarquia limita-se a comprovar que não se configuram os pressupostos da verossimilhança das alegações nem do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação em razão de eventual demora na prestação jurisdicional.

Não se acham presentes os requisitos legais para a antecipação dos efeitos da tutela que, em regra, deve ser deferida, quando cabível, somente ao final do litígio<sup>1</sup>.

7. Em face desse esclarecimento, seguem articuladas as razões pelas quais, na perspectiva do Banco Central, não há razão suficiente para, no início da lide e em cognição sumária, impor-se a eliminação da expressão “DEUS SEJA LOUVADO” de todas as cédulas de Real a serem impressas após o prazo aleatoriamente pretendido pelo Ministério Público (120 dias), com os custos sociais e financeiros decorrentes da medida antecipatória postulada.

### III. DA INEXISTÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES

8. Segundo o autor, a verossimilhança das alegações estaria fundada na suposta ofensa a preceitos constitucionais, especialmente aos princípios da laicidade estatal, da liberdade de crença, da isonomia e da legalidade.

#### III.A Competência legal do conselho monetário nacional para fixar as características gerais das cédulas

9. A inicial afirma que teria sido ofendido o princípio da legalidade, porquanto inexistente preceito legal expresso a autorizar o Conselho Monetário Nacional a incluir nas notas de Real a expressão “DEUS SEJA LOUVADO.” Com a devida vênia, a alegação não procede.

10. Com efeito, a Lei nº 4.595, de 1964, de forma clara estabelece o seguinte:

Art. 4º. Compete ao Conselho Monetário Nacional, **segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:**

IV – **Determinar as características gerais (Vetado) das cédulas e das moedas**

[...]

Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil:

---

1 Eis as disposições contidas no art. 273 do Código de Processo Civil: “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.” Os grifos não constam do original.

I – Emitir moeda-papel e moeda metálica, nas condições e limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional (Vetado).<sup>2</sup>

11. É certo, contudo, que a lei não disciplinou as características gerais das notas da moeda em circulação. Preferiu incumbir o Conselho Monetário Nacional dessa atribuição, a ser exercida segundo as diretrizes fixadas pelo Presidente da República. E ao fazê-lo, a lei conferiu, evidentemente, discricionariedade às autoridades administrativas para fixar as características gerais das cédulas, complementando a norma, segundo a teleologia fixada pela própria lei e, claro, com atenção aos princípios constitucionais regentes da Administração Pública.

12. Assim, segundo as prescrições legais vigentes, cumpre ao Presidente da República estabelecer as diretrizes que o Conselho Monetário Nacional deverá observar para determinar as características gerais das cédulas e das moedas. Ao Banco Central do Brasil, por sua vez, observando as determinações do Conselho Monetário Nacional, cumprirá emitir moeda-papel e moeda metálica.

13. É natural que a lei outorgue ao administrador a competência para, segundo as suas prescrições e orientado para a sua finalidade, complementar o sentido da norma. Esse é, a propósito, o sentido da discricionariedade no Estado Democrático de Direito, no qual o Poder Executivo também é uma derivação da soberania popular. Bem por isso, os estudos doutrinários mais atuais fazem conexão direta entre a complementação da norma jurídico-administrativa e a discricionariedade.<sup>3</sup>

---

2 Os grifos não são do original. Seguem, a propósito, as razões do veto anotado aos dispositivos referidos, com a finalidade de aclarar as competências referidas: “À expressão ‘e técnicas’, do inciso IV [do art. 4º]. Razões: O inciso em causa confere poderes ao Conselho Monetário Nacional para determinar as características das cédulas e das moedas. As Leis 4.510 e 4.511, de 1.12.1964, em seus artigos 4º e 5º, conferem à Casa da Moeda a fixação (na primeira) ou a determinação (na última) das características técnicas e artísticas das moedas. Desse modo, o veto ora apostado retira qualquer possibilidade de atrito entre as atribuições do Conselho Monetário Nacional e àquelas previstas em lei, de competência da Casa da Moeda. [...] No art. 10: a) à expressão final do inciso I: ‘nos termos dos incisos I, II e III do art. 4º e do art. 49 desta Lei’. Razões: A competência do Conselho Monetário Nacional para autorizar a emissão de papel-moeda e as condições para que o Banco Central as realize, já estão perfeitamente reguladas no art. 4º, incisos I, II e III, quanto ao papel moeda, e no § 3º do mesmo artigo, quanto à moeda metálica. Dispensável, pois, fazer uma remissão aos incisos referidas na parte final da alínea I do artigo 10, mesmo porque não menciona todos os casos previstos na própria lei.” A Lei nº 4.510, de 1964, foi revogada pelo art. 13 da Lei nº 5.895, de 19 de junho de 1973, a partir da transformação da autarquia Casa da Moeda em empresa pública. O art. 4º da Lei nº 4.511, de 1964, estabelecia as características da moeda então em curso, o Cruzeiro, e será referido mais à frente.

3 A título exemplificativo, segue a definição de discricionariedade proposta por Fernanda Paula de Oliveira em tese de doutoramento recentemente publicada: “discricionariedade pode ser assim caracterizada como o poder que a Administração tem para **completar uma norma imprecisa no processo aplicativo** tendo por base, sempre, a existência de uma habilitação legal inacabada ou aberta.” OLIVEIRA, Fernanda Paula. *A discricionariedade de planejamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 60, o grifo é do original. Em sentido assemelhado, na doutrina nacional, cf. a lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, quando aborda o problema dos regulamentos editados por agências reguladoras. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Como regular agências reguladoras? *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, jul./set., 2008, p. [de] 7 a 23. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/BIDConteudoShow.aspx?idConteudo=55007>>, p. 7, da versão eletrônica.

14. A se exigir a minudência de legislação específica para disciplinar as características das cédulas de Real, seria imprescindível que a lei fixasse detalhes como, por exemplo, o tamanho das cédulas, as imagens que poderiam ser prestigiadas nas notas, quais seriam as cores, os elementos de segurança etc. Ou seja, a viger a tese advogada pelo Ministério Público Federal a respeito do princípio da legalidade, quase todas as características das cédulas e moedas metálicas do Real seriam ilegais por falta de autorização legal específica para a sua adoção.

15. Por oportuno, cumpre esclarecer que a Lei nº 4.511, de 1º de dezembro de 1964, que dispunha sobre o meio circulante, estabelecia algum nível de detalhamento acerca das características das cédulas do Cruzeiro, então em vigor. Detalhamento esse, diga-se, muito distante do ora exigido pelo Ministério Público. Assim estabelecia o art. 4º da referida Lei nº 4.511, de 1964:

Art. 4º As cédulas serão dos valores de 1.000, 5.000 e 10.000 cruzeiros.  
Parágrafo único. Cada cédula conterà, obrigatòriamente, os seguintes dizeres:

No Anverso:

“República dos Estados Unidos do Brasil”

“Tesouro Nacional”

“Valor Legal”

No reverso:

“República dos Estados Unidos do Brasil”.

16. A legislação em vigor, como visto, não chega sequer a esses detalhes. É importante reconhecer que nenhuma outra lei de ordem monetária posterior repetiu as prescrições constantes da revogada, no ponto, Lei nº 4.511, de 1964, que estabelecia a obrigatoriedade de inclusão de algumas expressões nas cédulas de Cruzeiro. Tal fato demarca o claro reconhecimento pela Legislação de que é mais prudente e conforme a autonomia das autoridades monetárias atribuir-lhes competência para, no uso de prerrogativas legais e segundo emanções decorrentes dos princípios constitucionais da Administração Pública, especificar as **características gerais** das cédulas.

17. Importante consignar, a propósito, que a Lei nº 4.595, de 1964, é posterior à Lei nº 4.511, de 1964. Não só: também não há previsão legal em vigor

para inclusão dos dizeres “BANCO CENTRAL DO BRASIL” e “REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”, seguido do ano de emissão, bem como não há respaldo legal específico para a identificação dos animais da fauna brasileira cujos desenhos adornam as notas ou da epígrafe da República. Também não haveria, na perspectiva lançada pelo Ministério Público, arrimo legal suficiente para incluir a grafia das assinaturas do Ministro da Fazenda e do Presidente do Banco Central. Sequer o número de série – item de segurança indispensável – contaria com apoio legal específico. Manter-se-ia apenas a indicação de valor legal de face. Evidencia-se, pois, com todo o respeito, a pouca consistência de tal compreensão das normas legais incidentes.

18. Com base nas referidas disposições constantes dos artigos 4º e 10, I, da Lei nº 4.595, de 1964, e na margem de discricionariedade que estas lhes conferem, as autoridades administrativas, mais especificamente o Banco Central, no exercício de sua prerrogativa legal, conforme consignado no Voto nº 261, de 3 de junho de 1986, que tratou das características das cédulas de 10, 50, 100 e 500 Cruzados, propôs ao Conselho Monetário Nacional a inserção, em todas as cédulas, da legenda “DEUS SEJA LOUVADO”, eis que essa era uma orientação da Presidência da República.<sup>4</sup> O Conselho Monetário Nacional, por sua vez, aprovou a adoção dessa característica, na forma do Voto nº 166, de 26 de junho de 1986.

19. A previsão atual para a inclusão da expressão “DEUS SEJA LOUVADO” remonta ao Aviso nº 395, de 30 de março de 1994, do então Ministro da Fazenda, Fernando Henrique Cardoso, dirigido à Presidência do Banco Central, cujos termos convêm transcrever para a exata contextualização da matéria:

Tomei conhecimento hoje, durante entrevista coletiva à imprensa para apresentação das novas cédulas do Real, da supressão da expressão “Deus seja louvado”, que existia no cruzeiro real.

Considerando que esta expressão consta tradicionalmente da cédula brasileira, em resposta à religiosidade de nosso povo, solicito a V. Sa. providenciar os estudos necessários para que a expressão seja restabelecida nas próximas emissões.

---

4 Há 26 (vinte e seis) anos, portanto, e não há 15 (quinze) anos, como alega o Ministério Público Federal na inicial.

20. Em atendimento a essa determinação, o Banco Central do Brasil aprovou o Voto nº 221, de 8 de junho de 1994, que resgatou as orientações fixadas pelo Conselho Monetário Nacional para inserção da sentença “DEUS SEJA LOUVADO”, veiculadas mediante os Votos nº 166, de 26 de junho de 1986, e nº 129, de 31 de julho de 1991, ambos do Conselho Monetário Nacional. Portanto, o Conselho Monetário Nacional mantém-se afinado com a orientação fixada pela Presidência da República há mais de vinte e seis anos.

21. Em face de todo o exposto, afasta-se a alegação de violação ao princípio constitucional da legalidade. Em verdade, há norma expressa que outorga competência à Presidência da República e ao Conselho Monetário Nacional para determinar as características gerais das cédulas, com base na qual foi adotada a expressão ora impugnada pelo Ministério Público.

### III.B Não violação dos princípios constitucionais do estado laico, da liberdade de crença e da isonomia

22. O Ministério Público Federal sustenta a tese de que a expressão utilizada nas cédulas de Real configura ofensa aos princípios constitucionais do Estado Laico, da liberdade de crença e da isonomia. As questões merecem análise conjunta.

23. Por primeiro, convém refutar a alegação lançada de que a afirmação é ofensiva às pessoas que não professam nenhum credo (agnosticismo) ou mesmo daqueles que recusam a existência de Deus (ateísmo). A ideia da sentença é justamente louvar entidade espiritual superior, nominada, pelas mais diversas religiões, de “Deus”, e não afirmar a existência ou negar a existência dessa entidade. Louvar essa espiritualidade é afirmação positiva respaldada, inclusive, no preâmbulo da Constituição da República, que invoca a proteção dessa entidade superior.

24. Ora, bendizer a espiritualidade ou afirmá-la como uma das possíveis opções positivas não significa negar as demais possibilidades. Muito menos significa violar a liberdade de crença de qualquer cidadão, pois que a palavra Deus, no contexto em referência, não se vincula a qualquer opção religiosa específica.

25. No contexto da Constituição brasileira de 1946, a doutrina brasileira já assentava o seu sentido espiritualista. Nesse sentido, a lição do mestre Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “na Constituição brasileira de 1946, no seu preâmbulo, **invoca-se a proteção de Deus**, para a organização do regime democrático, a **demonstrar o sentido espiritualista** e popular da estrutura política desenvolvida no seu contexto.”<sup>5</sup> A atual Constituição de 1988, Humberto Martins a classifica como “*teísta*”<sup>6</sup>.

26. É possível perceber, de forma suficientemente clara, que a expressão que se pretende extirpar das cédulas de Real, em boa verdade, emprega a palavra Deus em sentido amplíssimo. Bem por isso, a frase em referência não é comparável com expressões como “Alá seja louvado”, “Buda seja louvado”, “Salve Oxossi”, “Salve Lord Ganesha” ou “Deus não existe”<sup>7</sup>, para empregar os termos usados na inicial, que, certamente, provocariam “agitação na sociedade brasileira”. E, ressalvado o último exemplo, a inquietação não seria movida apenas por cidadãos crentes em Deus, como anota o ilustre Procurador da República subscritor da inicial, mas por todos os cidadãos cômicos dos males decorrentes de opção religiosa específica pelo Estado.

27. A doutrina de José Afonso da Silva, ao se referir ao preâmbulo da Constituição da República, ratifica o entendimento exposto:

De fato, um Estado leigo não deveria invocar Deus em sua Constituição. Mas a verdade também é que o sentimento religioso do povo brasileiro, se não impõe tal invocação, a justifica. Por outro lado, para os religiosos ela é importante. Para os ateus, há de ser indiferente. Logo, não há razão por que condená-la. Razão forte a justifica: o sentimento popular, de quem provém o poder constituinte.<sup>8</sup>

---

5 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, vol. I, p. 278. Eis o teor do preâmbulo da Constituição brasileira de 1946: “Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL”. Aliás, as Constituições brasileiras de 1934 e 1967 também trazem referências semelhantes às consignadas na Constituição de 1988: “Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus...” – Constituição de 1934. “O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte CONSTITUIÇÃO DO BRASIL” – Constituição de 1967.

6 “Na Constituição de 1988, completa-se o lento, gradual e contínuo processo de juridicidade da liberdade religiosa como um valor fundante da personalidade humana. Em seu texto, observa-se sua orientação *teísta*, pois Deus não foi esquecido em seu preâmbulo”. MARTINS, Humberto. *Liberdade religiosa e Estado Democrático de Direito*. In: **Direito à Liberdade Religiosa**. Desafios e perspectivas para o século XXI. São Paulo: Fórum, 2009, p. 105.

7 Todos os exemplos foram colhidos da inicial do Ministério Público Federal, razão pela qual não se segue qualquer juízo de valor pelo Banco Central no que toca às correntes religiosas referidas.

8 AFONSO DA SILVA, José. **Comentário Contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 25, 2ª col.

28. Importante consignar, ademais, que, a rigor, não se poderia sequer vincular a referência à palavra “Deus” ao monoteísmo. É que o contexto em que inserida a palavra – que exige seja compreendida na acepção mais ampla possível, até mesmo em razão de regras hermenêuticas jurídicas próprias de preservação dos atos estatais, inculcando-lhes o sentido conforme a ordem constitucional – evidencia-se tratar-se de emprego do singular pelo plural. Esclarece-se: fosse utilizado o plural, “DEUSES SEJAM LOUVADOS”, a sentença importaria, por certo, em opção pelo politeísmo em detrimento das diversas correntes religiosas monoteístas. Daí o emprego do singular pelo plural, em razão de limitações linguísticas de nosso vernáculo – eis que a opção pelo plural importaria em sentidos não desejados – e alinhado com o emprego da palavra no contexto do preâmbulo constitucional.<sup>9 10</sup>

29. É importante consignar que a opção positiva pela espiritualidade, desde que, na forma apontada, esteja desvinculada de qualquer corrente religiosa específica – hipótese em que certamente conflitaria com a regra contida no art. 19, I, da Constituição –, é compatível com as prescrições constitucionais. A ordem constitucional vigente reconhece que a espiritualidade abriga determinados valores, como a promoção de cultura da paz, da tolerância e respeito ao próximo – preceitos comuns às diversas religiões – que justificam essa opção. Basta enumerar essas referências constitucionais para apurar, em certa medida, essa proteção firme da espiritualidade:

Art. 5º [...]

VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de interação coletiva;

[...]

9 “Singular pelo plural – O singular pode ter força de plural: ‘Brasileiro, ouve tua consciência’ – sem necessidade de dizer: ‘Brasileiros...’ – Condutor atento não conversa em serviço.” ALMEIDA, Napoleão Mendes de. *Dicionário de Questões Vernáculos*. 4. ed. São Paulo: Ática, 2001, p. 525, 1ª col., todos os destaques são do original.

10 Pertinente, no caso, rememorar a lição doutrinária sobre o emprego da invocação divina no preâmbulo da Constituição. “Embora haja menção a Deus no preâmbulo da CF, o Brasil é um Estado laico, porque o poder político temporal independe de confissão religiosa do povo, nem depende da religião adotada pela maioria do povo [...] Trata-se de ‘possível variante cultural do Estado constitucional’ (Peter Häberle. ‘Gott’im Verfassungsstaat? [FSZeidler], v. I, n. III, p. 15)), com ele compatível porque não se faz menção a nenhuma religião determinada, indicando a separação entre Estado e religião.” NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 142, 1ª col.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI – instituir impostos sobre:

[...]

b) templos de qualquer culto;

[...]

Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 1º – O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

[...]

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 2º – O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

30. Portanto, a espiritualidade e os valores a ela vinculados encontram abrigo na Constituição da República. Não é odiosa aos preceitos constitucionais a promoção dessa espiritualidade em ordem a admitir até mesmo o ensino religioso nas escolas públicas.

31. É nesse contexto que se compreende a afirmação lançada na Nota-Jurídica PGBC-608, de 8 de fevereiro de 2012, encaminhada ao Ministério Público Federal no sentido de que o Estado brasileiro não é anti-clerical ou anti-religioso ou ateu. Relembre-se o trecho da manifestação:

12. Como, no papel-moeda brasileiro, não há referência a uma divindade ou uma religião específica, não havendo, por conseguinte, nenhum tipo de associação ou aliança com qualquer corrente religiosa, como veda a Constituição da República, afigura-se perfeitamente lícito que nele seja inserida a expressão “Deus seja louvado”.

13. O Estado, por não ser ateu, anticlerical ou anti-religioso, pode legitimamente fazer referência à existência de uma entidade superior, de uma divindade, desde que, assim agindo, não faça alusão a uma específica doutrina religiosa.

14. Não há, nessa postura, qualquer ofensa àqueles que não creem em Deus algum, pois não se lhes está impondo a adoção de qualquer crença ou a filiação a religião alguma. Pelo contrário, a referência à divindade tem

o propósito precípuo de exaltar uma cultura de paz, tolerância e respeito ao próximo, princípios pregados por todas as religiões.<sup>11</sup>

32. Portanto, diferentemente do que afirmado na inicial, o Banco Central não está a sustentar que o preâmbulo da Constituição da República possui força normativa suficiente para incutir na autoridade monetária (Banco Central e Conselho Monetário Nacional) autorização suficiente ou determinação cogente de que empregue expressões alusivas à religiosidade ou à espiritualidade. No entanto, torna legítima a opção da autoridade para, no exercício de sua competência discricionária legal (previsão no art. 4º, IV, da Lei nº 4.595, de 1964) incluir, entre as diretrizes gerais das cédulas da moeda, a referência à divindade.

33. Portanto, sequer seriam necessárias discussões acerca da força normativa específica do preâmbulo da Constituição. Basta a compreensão de que o preâmbulo constitucional, ainda que não seja norma jurídica propriamente dita, não é juridicamente irrelevante, consoante se pode retirar das lições doutrinárias a seguir referenciadas:

Não fazendo parte do texto constitucional propriamente dito, o preâmbulo não contém, portanto, normas constitucionais, nem possui valor jurídico autónomo nem idêntico ao das normas constitucionais. Não pode haver, por isso, inconstitucionalidade por violação do preâmbulo ou dos princípios preambulares enquanto tais.

[...]

Contudo, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante. Faz parte do documento constitucional e foi aprovado juntamente com a Constituição. O seu valor jurídico é, no entanto, subordinado. Funciona como elemento de interpretação – e eventualmente de integração – das normas constitucionais.<sup>12</sup>

34. As orientações doutrinárias mencionadas, proferidas em contextos diferentes do nacional, todavia, foram bem assimiladas pela melhor doutrina

---

11 Trecho da Nota-Jurídica PGBC-608, de 2012, de autoria de Luiz Eduardo Galvão Machado Cardoso, procurador do Banco Central, com despachos de aprovação de Cassiomar Garcia Silva, procurador-chefe, e Arício José Menezes Fortes, subprocurador-geral do Banco Central.

12 GOMES CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. portuguesa, 1. ed. brasileira. Coimbra: Coimbra editora e São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 181. No mesmo sentido, cf., ainda, a lição de SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Versão espanhola de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982, 6. reimpressão, 2009, p. 48 e 49.

constitucional brasileira, como se observa dos excertos a seguir referenciados, que confirmam a força normativa relativa do preâmbulo constitucional, em especial como diretriz interpretativa na aplicação cotidiana do direito:

*Em qualquer dessas hipóteses, os Preâmbulos valem como orientação para a interpretação e aplicação das normas constitucionais. Têm, pois, eficácia interpretativa e integrativa; mas, se contêm uma declaração de direitos políticos e sociais do homem valem como regra de princípio se no texto articulado da Constituição não houver norma que os confirme eficazmente. Se houver, a eficácia da norma será aquela ditada pelo conteúdo do dispositivo que a contenha.*<sup>13</sup>

35. Finalmente, essas compreensões doutrinárias foram acolhidas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se pode extrair de voto prolatado pela eminente Ministra Cármen Lucia, mediante o qual, com referência ao preâmbulo da Constituição da República, extrai de nossa Carta Política o princípio da solidariedade. O trecho é relativamente longo, mas merece transcrição.

Devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção, ou não, da Lei 8.899/1994 a elas. Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao **Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 [...].** Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]. Diversamente, Karl Schmitt defendia ser no Preâmbulo da Constituição que se estampariam as decisões políticas que a caracterizariam, pelo que não cuidaria ele apenas de dar notícia histórica do texto ou de ser mera enunciação de decisões. **Seria o preâmbulo parte integrante da ordem jurídica constitucional, dando verdadeiro significado das normas que a compõem [...]** E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia

---

<sup>13</sup> AFONSO DA SILVA, José. *Comentário...* cit. p. 22, 1ª col. Cf., ainda, as lições doutrinária de NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição...* cit., p. 412, 2ª col., e SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 1.072 e 1.073, verbete “preâmbulo”. Todas no sentido de que o preâmbulo tem valor de vetor interpretativo.

José Afonso da Silva que “O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. ‘Assegurar’, tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu ‘exercício’. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de ‘assegurar’, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico” [...]. **Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade.**<sup>14</sup>

36. Não se nega a existência de precedentes outros do Supremo Tribunal Federal em que se chega a conclusão diversa sobre a força normativa do preâmbulo. Mas o que se quer destacar é a possibilidade de, a partir da leitura das normas constitucionais, mediante interpretação sistemática, concluir pela validade de a autoridade administrativa, no exercício legal de seu juízo discricionário, concluir pela legitimidade da inclusão dos dizeres “DEUS SEJA LOUVADO” nas cédulas de Real, pois remonta à tradição ainda anterior ao próprio Texto Constitucional.

37. Diante de toda a argumentação desenvolvida, extrai-se a conclusão de que não há verossimilhança na alegação de ofensa aos princípios do Estado laico, da liberdade de religião ou da igualdade. Como bem destaca a doutrina, a referência à divindade, seja nas cédulas, seja no contexto constitucional, tem explicações históricas ancoradas em traços culturais específicos do povo brasileiro, mas não importam, de modo algum, em tentativa de ofensa às minorias ou a determinadas crenças religiosas, agnósticas ou ateias.

---

14 STJ, Tribunal Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.649-6/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 08/05/2008, DJe-197 divulgado em 16/10/2008, publicado de 17/10/2008, por maioria.

#### IV. DA INEXISTÊNCIA DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO COM A CONCESSÃO DA MEDIDA EM JUÍZO EXAURIENTE

38. Na inicial sustenta-se a existência de dano irreparável ou de difícil reparação que justifica a tutela antecipada em razão da reiterada ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, do Estado laico, da liberdade de religião e da isonomia. Como constatado nos tópicos precedentes, as alegadas ofensas, salvo melhor juízo, não acontecem.

39. É imperioso ressaltar que efetivamente não há perigo de dano irreparável ou de difícil reparação que implique justificativa suficiente para a concessão da tutela antecipada. Com efeito, há mais de 26 (vinte e seis) anos as cédulas das moedas em circulação estampam a frase mote do ajuizamento da presente ação civil pública sem qualquer comoção por parte de setores minoritários da sociedade civil. O Ministério Público Federal, ademais, não se desincumbiu de demonstrar o ponto.

40. No entanto, a moeda reversa dessa realidade evidencia relativa comoção na população com a exclusão da sentença que há anos acompanha as cédulas nacionais. Basta remeter, mais uma vez, ao Aviso nº 395, de 30 de março de 1994, do então Ministro da Fazenda, Fernando Henrique Cardoso, a revelar-se surpreendido em entrevista pública sobre uma possível exclusão e, na sequência, a solicitar a reavaliação da matéria pela Presidência do Banco Central, “em resposta à religiosidade de nosso povo”.

41. O só ajuizamento da presente ação, por sua vez, já foi capaz de mobilizar a base parlamentar e justificar uma proposta de lei ordinária para determinar, no nível da lei formal, a inclusão da expressão “DEUS SEJA LOUVADO” em todas as cédulas do meio circulante nacional.<sup>15</sup> Importante esclarecer que a referência à proposta legislativa recém formulada não tem a pretensão de evidenciar a popularidade da expressão ou demonstrar que a maioria da população prefere a manutenção da sentença nas cédulas. Em verdade, faz-se essa citação com a finalidade de destacar os impactos que eventual retirada poderia provocar na sociedade. **Ou seja, a**

---

15 Refere-se ao Projeto de Lei nº 4.736, apresentado em 20 de novembro de 2012, pelo Deputado Pastor Eurico. No inteiro teor da proposta há referência expressa à presente ação civil pública: “Julgávamos que não haveria necessidade de elaborar uma lei nesse sentido, mas em razão da Procuradoria da República no Estado de São Paulo pedir à Justiça Federal que determine a retirada da expressão “Deus seja louvado” das cédulas de reais, forçou-nos a criar lei para que seja mantida tal expressão.”

intranquilidade gerada por eventual decisão de retirada da expressão está a recomendar extrema cautela na análise da questão. Enfim, quer-se por realce no fato de que a questão debatida nestes autos exige detida prudência.

42. O estudo de casos assemelhados – o que não significa dizer idênticos – elucida a necessidade de cautela e desaconselhar a utilização de juízos sumários para a alteração do *status quo*. Nesse sentido, calha a referência à decisão administrativa do Conselho Nacional de Justiça, que, após ampla discussão em quatro pedidos de providências diferentes, decidiu indeferir o pedido de retirada dos símbolos religiosos em dependências de órgãos do Judiciário. Cogitou-se, até mesmo, da realização de consulta pública. A propósito, destaca-se que na oportunidade o relator preferiu não exarar voto sobre a matéria em razão de dúvidas relacionadas à matéria.<sup>16</sup>

43. Também foi bastante referida pela imprensa nacional e estrangeira o caso da proibição do uso de burcas em locais públicos na França. Reconhece-se que o paralelo entre as situações é relativamente distante, a relacionar-se apenas pela sensibilidade causada quando questões religiosas estão envolvidas, fato suficiente para justificar a referência neste ponto do pronunciamento. Pois bem, no caso francês, a edição da lei que proibiu o uso da niqab e das burcas foi precedida de relatório elaborado após seis meses de estudos. Mais: embora o relatório tenha sido apresentado em janeiro de 2010, a aplicação da lei aconteceu apenas em maio de 2011, ou seja, maturidade de mais de ano para a definição do tema.<sup>17</sup>

44. Portanto, é a prudência que desaconselha a concessão de tutela antecipada para alteração do quadro atual, que perdura, sem suscitar conflitos há mais de 26 (vinte e seis) anos. É que, realmente, um juízo sumário não se mostra adequado para a sensibilidade relacionada à matéria. Prudência requer tempo e maturação do debate. Eis a razão por que, na perspectiva do Banco Central, ocorre a inversão do perigo na demora da prestação jurisdicional, pois a concessão da liminar poderá provocar indesejáveis comoções sociais, que poderiam ser evitadas com a maturação do debate.

45. Vale dizer, suprimir a expressão “DEUS SEJA LOUVADO” das notas de Real, em caráter liminar, poderia causar prejuízo ao sentimento de religiosidade

16 Informações colhidas no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça: Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/component/content/article/96-noticias/3928-cnj-encerra-julgamento-sobre-solos-religiosos-no-poder-judicio>. Acesso em: 27/11/2012.

17 Informações colhidas no arquivo digital do jornal Folha de S. Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/979188-franca-emite-primeiras-multas-contras-mulheres-que-usam-burca.shtml> e no endereço eletrônico: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u684641.shtml>.

do povo brasileiro muito maior que o suposto prejuízo que a manutenção da expressão causa a quem não professa nenhuma fé religiosa.

46. Outro destaque, também relacionado aos embargos para a concessão de tutela antecipada, é o embaraço técnico ao atendimento pleno da decisão, se deferida nos termos propostos pelo Ministério Público Federal, bem como aos custos relacionados ao cumprimento do *decisum* liminar postulado.

47. Sobre a questão, informações obtidas pela Procuradoria-Geral do Banco Central junto ao Departamento do Meio Circulante do Banco Central (Mecir) especificam a necessidade de divulgação das alterações das cédulas. Além da efetivação da medida e dos custos gráficos correspondentes, é indispensável que o Banco Central dê à alteração das notas toda a divulgação necessária, com a finalidade de alertar a população sobre a existência, com curso legal, de duas notas com características diferentes, ambas válidas, a destacar a desnecessidade de “corrida” pela troca das cédulas com a expressão “DEUS SEJA LOUVADO” por cédulas sem esses dizeres.

48. Com finalidade meramente exemplificativa, em ordem a permitir o cotejo com a hipótese proposta pelo Ministério Público Federal, os custos da divulgação das recentes alterações das cédulas de Real, motivadas por questão de segurança,<sup>18</sup> segundo informação prestada pelo Mecir do Banco Central, chegariam a R\$ 12 milhões (doze milhões de Reais). Eventual decisão no sentido de excluir a expressão questionada das novas impressões teria custo equivalente. A eliminação de um dos elementos característicos das cédulas do Real, amplamente divulgados em recente campanha publicitária realizada pelo Banco Central, poderia gerar na população menos esclarecida desconfiança sobre a autenticidade da nota, se não houver informação adequada com a mesma abrangência.<sup>19</sup>

---

18 Sobre as novas cédulas de Real, remete-se ao sítio eletrônico mantido pelo Banco Central. Disponível em: <<http://novasnotas.bcb.gov.br/>>. Acesso em: 26/11/2012. Conforme esclarece o Banco Central no endereço eletrônico referido: “é importante promover a renovação das notas do Real, para deixá-las mais modernas e protegidas. As notas da Segunda Família do Real contam com novos elementos gráficos e de segurança, capazes de impor obstáculos mais sólidos às tentativas de falsificação, além de promover a acessibilidade aos portadores de deficiência visual, oferecendo mais recursos para o reconhecimento das notas por essa parcela da população. Apesar de não ter havido incidências graves em termos de segurança, o Banco Central decidiu agir preventivamente, de forma a continuar garantindo a segurança do Real nos próximos anos. A atualização do design do Real se iniciou em 2010, com o lançamento das notas de 100 e 50 reais, e prossegue agora, com as novas notas de 20 e 10 reais.”

19 Sobre os custos relativos à necessidade de divulgação das alterações à população, bem como os custos relativos para a efetivação da medida com a troca das estampas de Real, remete-se, como se aqui estivessem escritas, as informações constantes da Nota elaborada pelo Mecir do Banco Central, que segue anexa a este pronunciamento.

49. Há ainda outro embaraço relativo ao pedido de tutela antecipada: a necessidade de se respeitar a série de numeração para a substituição de estampa. É que somente em tais circunstâncias seria possível manter o exato controle acerca da autenticidade das notas. Dessa forma, a autoridade monetária e as instituições financeiras saberiam com exatidão quais são as séries de numeração que possuem a expressão e aquelas que não a possuem, razão pela qual estariam todos os agentes econômicos diretamente envolvidos no meio circulante seguros acerca da legalidade de seu curso.

50. Questão semelhante à descrita no parágrafo antecedente foi verificada nos primeiros lotes de emissão do Real, conforme consignado no Voto nº 221, de 1994, do Banco Central e já referido neste pronunciamento preliminar, quando se concluiu pela necessidade de resgate da orientação da diretriz fixado pelo Conselho Monetário Nacional em respeito à orientação da Presidência da República para inserção da frase “DEUS SEJA LOUVADO”. Para a exata compreensão, segue breve trecho do mencionado voto:

4. A propósito da escassez de prazos na produção de cédulas de reais exigiu, como é sabido, a importação de parcela suplementar de notas, ficando estabelecido que as de mesma denominação, quando fabricadas pela Casa da Moeda (CMB), seriam identificadas pela Estampa ‘A’, reservando-se aos produtores estrangeiros a Estampa “B”.

5. Informa o Departamento do Meio Circulante (MECIR) que, do ponto-de-vista técnico, a expressão “Deus seja louvado”, se constitui em uma das muitas características da cédula e sua inserção, a meio do processo produtivo, exigiria, a rigor, a criação de uma estampa adicional (“C”).

6. Nada obstante, é de ponderar que a instituição de mais uma estampa para registrar a inclusão da frase, no atual contexto de substituição integral do Meio Circulante, a partir de 1º de julho próximo e a curtíssimo prazo, afigura-se pragmaticamente desaconselhável, eventualmente até mesmo capaz de suscitar dúvidas quanto à legitimidade de cédulas, junto a parcela da população menos esclarecida.

7. Nessas condições, em face do exposto, submeto à homologação de V. Sas. providência já adotada junto à CMB, autorizando-a inscrever a expressão “Deus seja louvado” nas cédulas de reais, no curso do processo produtivo da Estampa “A”. Se de acordo V. Sas., o registro do fato ocorreria mediante expedição de Comunicado ao sistema bancário, originado do

Mecir e informativo do número de séries de cada denominação, a partir das quais a frase estará impressa.<sup>20</sup>

51. Eis as razões pelas quais não se apura qualquer risco na manutenção de situação fática que vige, sem causar qualquer comoção ou distúrbio, há mais de 26 (vinte e seis) anos nas cédulas das moedas em curso no Brasil. Ao revés, como se extrai das considerações lançadas neste tópico, a alteração, especialmente em juízo sumário, poderia constranger determinadas parcelas da sociedade com a retirada da expressão referente à divindade. Ademais, poderia provocar, além de elevados custos, transtornos no meio circulante, inclusive com a necessidade de esclarecimentos à população em geral para evitar dúvidas sobre a autenticidade das notas e mecanismos de substituição do numerário em circulação.

## V. PEDIDO

52. Em face das razões articuladas neste pronunciamento preliminar, o Banco Central do Brasil REQUER a Vossa Excelência SEJA NEGADA A TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA, eis que ausentes os pressupostos legais de verossimilhança da alegação, bem como do dano irreparável ou de difícil reparação no caso de concessão da decisão apenas ao final do litígio. Ademais, ficaram evidenciados os prováveis prejuízos decorrentes de eventual concessão de tutela antecipada, especialmente no que se refere ao sentimento de religiosidade do povo brasileiro, com a eliminação sumária da frase, bem como os riscos relacionados ao fato de existirem em circulação cédulas com diferentes estampas (com e sem a expressão “DEUS SEJA LOUVADO”), além dos custos financeiros que teriam de ser suportados pelo Banco Central para conferir ampla divulgação à medida.

---

<sup>20</sup> O grifo não consta do original.

53. Enfim, a autarquia procurou destacar a necessidade de prudência no trato da matéria, em razão de sua sensibilidade e de sua alta complexidade, sob perspectiva jurídica, a exigir juízo exauriente sobre a matéria e, ao mesmo, a desaconselhar a alteração do quadro atual mediante concessão de tutelas de urgência.

Nesses termos, pede deferimento.

São Paulo, 27 de novembro de 2012.

*César Cardoso*  
*Procurador-Chefe*

*Isaac Sidney Menezes Ferreira*  
*Procurador-Geral*

*César Cardoso*  
*Procurador-Chefe*

## **Petição PGBC-1934/2013**

Manifestação jurídica em recurso especial, na qualidade de *amicus curiae*, que discute a legalidade da cobrança da tarifa de abertura de crédito e da tarifa de emissão de boleto ou carnê, bem como sobre o parcelamento do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários, por parte das instituições financeiras.

**Filogônio Moreira Júnior**  
Procurador

**Flávio José Roman**  
Procurador-Chefe

**Erasto Villa-Verde Carvalho Filho**  
Subprocurador-Geral

**Isaac Sidney Menezes Ferreira**  
Procurador-Geral

Petição PGBC-1934/2013  
PE 15117

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI,  
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

RECURSO ESPECIAL Nº 1.251.331/RS  
**RECORRENTE:** AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E  
INVESTIMENTO S.A.  
**RECORRIDO:** ENÉAS DA SILVA AMARAL

**BANCO CENTRAL DO BRASIL**, autarquia federal criada pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, com sede nesta capital da República e endereço indicado no rodapé, por seus procuradores (Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, art. 17, I, c/c Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998, art. 4º, I), em atenção ao Mandado de Intimação nº 000063-2013-CORD2S, recebido em 7.3.2013, pelo qual foi intimado da decisão de Vossa Excelência que lhe facultou a apresentação de manifestação escrita, vem, nos autos do recurso especial em epígrafe, requerer, com base no art. 543-C, § 4º, do Código de Processo Civil, seu ingresso no feito, na qualidade de

*amicus curiae,*

com o fim de se manifestar sobre a legalidade da cobrança de tarifa de abertura de crédito (“TAC”) e da tarifa de emissão de boleto ou carnê (“TEC”), bem como sobre o parcelamento do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro ou relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF), por parte das instituições financeiras.

2. O resultado do julgamento do recurso repetitivo, por força da lei processual, poderá se irradiar para todas as demais demandas do País que tenham por objeto os pontos assinalados, com repercussões sobre as operações de crédito realizadas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional. Por conseguinte, o Banco Central, na qualidade de autoridade supervisora desse segmento econômico, no intuito de contribuir com a formação do convencimento dessa Corte Superior, entende oportuno trazer o posicionamento desta Autarquia acerca das questões em debate.

### O DEVER DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS DE PRESTAR INFORMAÇÕES CONTRATUAIS E DE CLAREZA NA PACTUAÇÃO

3. Inicialmente, necessário deixar expresso que é obrigação das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, desde a fase pré-contratual, informar ao cliente bancário, de forma clara e objetiva, os aspectos do contrato. Esse dever de informação perdura na conclusão da contratação e durante sua execução.

4. Em decorrência desse dever de informação, o Conselho Monetário Nacional (CMN), por Resolução divulgada pelo Banco Central, determina às instituições financeiras, entre outras obrigações, que forneçam cópia do contrato, empreguem linguagem clara e identifiquem o valor da operação. Não apenas imaginando a proteção do cliente bancário, mas também com a finalidade de evitar justamente questionamentos sobre a validade desses contratos. Essas são as determinações contidas na Resolução CMN nº 3.694, de 26 de março de 2009, cujo art. 1º tem a seguinte redação:

#### RESOLUÇÃO 3.694

Dispõe sobre a prevenção de riscos na contratação de operações e na prestação de serviços por parte de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

.....  
Art. 1º As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil devem contemplar, em seus sistemas de controles internos e de prevenção de riscos previstos na

regulamentação vigente, a adoção e a verificação de procedimentos, na contratação de operações e na prestação de serviços, que assegurem:

I – a prestação das informações necessárias à livre escolha e à tomada de decisões por parte de seus clientes e usuários, explicitando, inclusive, as cláusulas contratuais ou práticas que impliquem deveres, responsabilidades e penalidades e fornecendo tempestivamente cópia de contratos, recibos, extratos, comprovantes e outros documentos relativos a operações e a serviços prestados;

II – a utilização em contratos e documentos de redação clara, objetiva e adequada à natureza e à complexidade da operação ou do serviço prestado, de forma a permitir o entendimento do conteúdo e a identificação de prazos, valores, encargos, multas, datas, locais e demais condições. (Os grifos não são do original.)

5. Importante assinalar que determinação semelhante já constava do art. 1º, inciso IV, da revogada Resolução CMN nº 2.878, de 26 de julho de 2001, tanto em sua redação original, quanto na reformada pela Resolução CMN nº 2.892, de 27 de novembro de 2001. Cabe a transcrição:

Art. 1º Estabelecer que as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral, sem prejuízo da observância das demais disposições legais e regulamentares vigentes e aplicáveis ao Sistema Financeiro Nacional, devem adotar medidas que objetivem assegurar:

.....  
 IV – recepção pelos clientes de cópia, impressa ou em meio eletrônico, dos contratos assim que formalizados, bem como recibos, comprovantes de pagamentos e outros documentos pertinentes às operações realizadas; (Trecho da Resolução CMN nº 2.878, de 2001, na sua redação original.)

Art. 1º Estabelecer que as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral, sem prejuízo da observância das demais disposições legais e regulamentares vigentes e aplicáveis ao Sistema Financeiro Nacional, devem adotar medidas que objetivem assegurar:

.....

IV – fornecimento aos clientes de cópia impressa, **na dependência em que celebrada a operação**, ou em meio eletrônico, dos contratos, **após formalização e adoção de outras providências que se fizerem necessárias**, bem como de recibos, comprovantes de pagamentos e outros documentos pertinentes às operações realizadas; (Trecho da Resolução CMN nº 2.878, de 2001, na redação que lhe foi conferida pela Resolução CMN nº 2.892, de 2001, com acréscimo, não constante do original, de destaques para as alterações procedidas.)

6. No que tange especificamente aos contratos de concessão de crédito, a Circular nº 2.905, de 30 de junho de 1999, em seu art. 8º, já estabelecia que os contratos de concessão de crédito devem conter informações a respeito de todos os encargos e despesas incidentes no curso normal da operação, discriminando (i) a taxa efetiva mensal e anual equivalente aos juros, (ii) o índice de preços ou a base de remuneração, caso pactuado, (iii) os tributos e contribuições e os respectivos valores e (iv) as tarifas e demais despesas e os respectivos valores, *verbis*:

Art. 8º Os contratos de concessão de crédito devem conter informações a respeito de todos os encargos e despesas incidentes no curso normal da operação, discriminando:

I – a taxa efetiva mensal e anual equivalente aos juros;

II – o índice de preços ou a base de remuneração, caso pactuado;

III – os tributos e contribuições e os respectivos valores;

IV – as tarifas e demais despesas e os respectivos valores.

Parágrafo 1º No caso de operações nas quais o valor de qualquer encargo ou despesa seja definido apenas por ocasião da liberação ou da colocação dos recursos à disposição do contratante, a cláusula contratual que expresse essa condição deve informar o veículo a ser utilizado para a comunicação desse valor.

Parágrafo 2º No caso de contratos prevendo a possibilidade de majoração do valor de qualquer encargo ou despesa, é obrigatória a inclusão de cláusula estipulando que o contratante será previamente informado da elevação respectiva, por meio do veículo de comunicação previsto contratualmente. (Redação dada pela Circular 2.936, de 14 de outubro de 1999.)

7. Não cabe, pois, qualquer dúvida sobre a imprescindibilidade de as instituições financeiras fornecerem ao cliente informações contratuais claras e

prévias, além de cópia do contrato, sob pena de infringência, de forma direta, das resoluções editadas pelo Conselho Monetário Nacional e divulgadas pelo Banco Central, além de violação, de forma indireta, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, art. 4º, inciso VIII, segundo o qual compete ao CMN regular o funcionamento das instituições cujas atividades estão subordinadas a esta Lei.

8. Cabe, ainda, acrescentar que, especificamente quanto ao custo do contrato, cumpre às instituições financeiras, além da obrigação constante do inciso II do art. 1º da Resolução CMN nº 3.694, de 2009, informar, previamente à contratação, o custo efetivo total da operação. Ademais, a instituição deve cuidar para que o cliente fique ciente dessas condições, fornecendo cópia da planilha utilizada para o cálculo. Essas são as determinações constantes da Resolução CMN nº 3.517, de 6 de dezembro de 2007, cujo teor é o seguinte:

Art. 1º As instituições financeiras e as sociedades de arrendamento mercantil, previamente à contratação de operações de crédito e de arrendamento mercantil financeiro com pessoas naturais e com microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, **devem informar o custo total da operação**, expresso na forma de taxa percentual anual, calculada de acordo com a fórmula constante do anexo a esta resolução. (Redação dada pela Resolução nº 3.909, de 30 de setembro de 2010)

§ 1º O **custo total da operação mencionado no caput será denominado Custo Efetivo Total (CET)**.

§ 2º O CET deve ser calculado considerando os fluxos referentes às liberações e aos pagamentos previstos, incluindo taxa de juros a ser pactuada no contrato, tributos, tarifas, seguros e outras despesas cobradas do cliente, mesmo que relativas ao pagamento de serviços de terceiros contratados pela instituição, inclusive quando essas despesas forem objeto de financiamento.

§ 3º No cálculo do CET não devem ser consideradas, se utilizados, taxas flutuantes, índice de preços ou outros referenciais de remuneração cujo valor se altere no decorrer do prazo da operação, os quais devem ser divulgados junto com o CET.

§ 4º O CET será divulgado com duas casas decimais, utilizando-se as Regras de Arredondamento na Numeração Decimal (NBR5891), estabelecidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

§ 5º No caso de operações de adiantamento a depositantes, de desconto, de cheque especial e de crédito rotativo, devem ser considerados os seguintes parâmetros: (Redação dada pela Resolução nº 3.909, de 2010.)

I – o prazo de trinta dias; (Redação dada pela Resolução nº 3.909, de 2010.)

II – o valor do limite de crédito pactuado. (Redação dada pela Resolução nº 3.909, Resolução nº 3.517, de 6 de dezembro de 2007. de 2010.)

§ 6º Nas operações em que houver previsão de mais de uma data de liberação de recursos para o tomador de crédito, deve ser calculada uma taxa para cada liberação, com base no cronograma inicialmente previsto.

§ 7º O CET deve ser calculado a qualquer tempo pelas instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, a pedido do cliente.

§ 8º As informações históricas relativas à taxa de que trata o caput devem permanecer à disposição do Banco Central do Brasil pelo prazo mínimo de cinco anos

Art. 2º A instituição deve assegurar-se de que o tomador, na data da contratação, ficou ciente dos fluxos considerados no cálculo do CET, bem como de que essa taxa percentual anual representa as condições vigentes na data do cálculo.

**Parágrafo único.** A planilha utilizada para o cálculo do CET deve ser fornecida ao tomador, explicitando os fluxos considerados e os referenciais de remuneração de que trata o art. 1º, § 3º. (Os grifos não são do original.)

9. Considerando o dever de transparência que cabe às instituições financeiras, a recente Resolução CMN nº 4.197, de 15 de março de 2013 (cópia anexa, **doc. 1**), fazendo referência à resolução acima mencionada, reforçou a obrigação de dar prévia ciência dos cálculos do custo efetivo total ao cliente bancário, dando-lhe destaque no contrato, exigindo-se o nível de detalhamento especificado na norma, de seguinte conteúdo:

Art. 1º A planilha de cálculo do Custo Efetivo Total (CET), de que trata a Resolução nº 3.517, de 6 de dezembro de 2007, deve ser apresentada previamente à contratação da operação de crédito e de arrendamento mercantil financeiro, bem como constar, de forma destacada, dos respectivos contratos.

Parágrafo único. O demonstrativo de que trata o caput deve explicitar, além do valor em reais de cada componente do fluxo da operação, na

forma definida na Resolução nº 3.517, de 2007, art. 1º, §§ 2º e 3º, os respectivos percentuais em relação ao valor total devido. (Os grifos não são do original.)<sup>1</sup>

10. Daí se concluir, portanto, que também é dever da instituição financeira ser clara na indicação dos custos e valores referentes ao contrato, bem como tomar o cuidado de fornecer ao tomador cópia da planilha utilizada para o cálculo do denominado Custo Efetivo Total (CET). Além disso, este deve ser, a qualquer tempo, calculado pelas instituições financeiras, a pedido do cliente.

11. De igual modo, em matéria de tarifas bancárias, há necessidade de observância, pelas instituições financeiras, do quanto pactuado com seus clientes bancários e do dever de lhes prestar plena informação. A Resolução CMN nº 3.919, de 25 de novembro de 2010, na mesma linha da Resolução CMN nº 3.518, de 6 de dezembro de 2007, já dispõe que, para ser cobrada legitimamente, uma tarifa “deve estar prevista no contrato firmado entre a instituição e o cliente ou ter sido o respectivo serviço previamente autorizado ou solicitado pelo cliente ou pelo usuário” (art. 1º). Mais recentemente, por meio da Resolução CMN nº 4.196, de 15 de março de 2013 (cópia anexa, **doc. 2**), ficou ainda mais explícito o dever de prestar informações ao cliente bancário, em especial quando se tratar de pessoa natural, assegurando-lhe o direito de escolha entre um pacote de serviços ou o pagamento de tarifas individualizadas. Veja-se, a propósito, o teor do art. 1º dessa Resolução:

**Art. 1º As instituições financeiras devem esclarecer ao cliente pessoa natural, por ocasião da contratação de serviços relacionados às suas contas de depósitos, sobre a faculdade de optar, sem a necessidade de adesão ou contratação específica de pacote de serviço, pela utilização de serviços e pagamento de tarifas individualizados, além daqueles serviços gratuitos previstos na regulamentação vigente.**

**Parágrafo único. A opção pela utilização de serviços e tarifas individualizados ou por pacotes oferecidos pela instituição deve constar, de forma destacada, do contrato de abertura de conta de depósitos. (Os grifos não são do original.)<sup>2</sup>**

1 Essa Resolução entrou em vigor na data de sua publicação e produzirá efeitos a partir de 1º de julho de 2013.

2 Essa Resolução entrou em vigor na data de sua publicação e produzirá efeitos a partir de 1º de julho de 2013.

12. Cabe destacar que tais obrigações não se restringem ao nível infralegal da regulamentação incidente no Sistema Financeiro Nacional. É mister relembrar, nesse passo, as disposições contidas na Medida Provisória nº 2.170-36, 23 de agosto de 2001, art. 5º, parágrafo único, vigente por força do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, que, além de autorizar a capitalização de juros<sup>3</sup>, estabelece regras bastantes sobre o dever de clareza e de prestar informações ao tomador nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional:

Art. 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

Parágrafo único. Sempre que necessário ou quando solicitado pelo devedor, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, será feita pelo credor por meio de planilha de cálculo que evidencie de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais. (Os grifos não são do original.)

13. Assim, à luz dos normativos editados pelo CMN e da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, cumpre às instituições financeiras fornecer cópia do contrato firmado e, a qualquer tempo, sempre que necessário ou solicitado pelo devedor, indicar o valor exato da obrigação ou de seu saldo devedor, por meio de planilha de cálculo que evidencie de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais, incluindo tarifas bancárias, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela correspondente a impostos, multas e demais penalidades contratuais.

---

3 A propósito, convém consignar, ainda que em breve nota, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos autos do Recurso Especial nº 973.827/RS, rel. para acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 08/08/2012, DJe 24/09/2012, fixou as seguintes teses para efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil: “É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada.”

“A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada” (trechos extraídos da ementa do acórdão.)

## TARIFA DE ABERTURA DE CRÉDITO (“TAC”)

14. O inciso IX do art. 4º da Lei nº 4.595, de 1964<sup>4</sup>, atribui ao CMN expressa competência normativa para disciplinar as **tarifas** praticadas pelas instituições financeiras.

15. No contexto temporal em que se insere o contrato de financiamento objeto da lide representativa, a regulamentação da matéria remonta à **Resolução CMN nº 2.303, de 25 de julho de 1996**, que disciplinava a “cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil” (cópia anexa, **doc. 3**).

16. Ao tempo da edição desse ato normativo, a orientação estatal quanto à cobrança de tarifas pelas instituições financeiras era notadamente **não intervencionista**, com **relativa liberdade** para a cobrança de tarifas pelos estabelecimentos bancários, mediante o preenchimento de certos requisitos e limitações materiais. É dizer, a regulamentação facultava às instituições financeiras a cobrança pela prestação de quaisquer tipos de serviços, com exceção daqueles que a norma definia como básicos, **desde que fossem efetivamente contratados e prestados ao cliente**, assim como respeitassem os procedimentos voltados a assegurar a transparência da política de preços adotada pela instituição.

17. Nesse sentido, a Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) assentou o entendimento, no âmbito desta Autarquia, de que a cobrança de tarifa sempre esteve **condicionada (vinculada) ao exercício ou desempenho de uma atividade possível, lícita e determinada** por instituição financeira.

18. Na prática, a cobrança de remuneração pelas instituições financeiras, durante a vigência da Resolução CMN nº 2.303, de 1996, era **vedada** nas seguintes hipóteses: (a) fornecimento de cartão magnético ou de talonário de cheque; (b) substituição de cartão magnético; (c) expedição de documentos destinados à liberação de garantias de qualquer natureza; (d) devolução de cheques, exceto por insuficiência de fundos; (e) manutenção de determinados tipos de contas; e (f) fornecimento de um extrato mensal. Enfim, esses compunham o que hoje

---

4 Para facilidade de consulta, segue-se a redação do dispositivo indicado: “Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: [...] IX – Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil, assegurando taxas favorecidas aos financiamentos que se destinem a promover: [...]”

é chamado conjunto de serviços essenciais, ampliados e redefinidos, mas ainda não sujeitos a cobrança de qualquer remuneração.

19. Além disso, a Resolução CMN nº 2.303, de 1996, com as alterações da Resolução CMN nº 2.747, de 28 de junho de 2000, a bem da clareza das informações e da transparência nas relações contratuais, determinava a **afixação obrigatória de quadro**, nas dependências das instituições financeiras, em local visível ao público, contendo a relação dos serviços tarifados e respectivos valores, periodicidade da cobrança e o esclarecimento de que os valores haviam sido estabelecidos pela própria instituição. Também estabelecia que somente as tarifas constantes do aludido quadro poderiam ser cobradas e que eventuais reajustes ou a criação de nova cobrança deveria ser informada ao público com antecedência mínima de trinta dias (art. 2º, *caput* e parágrafos).

20. No âmbito da regulação setorial, **tal situação somente veio a se modificar com a Resolução CMN nº 3.518, de 2007** (cópia anexa, doc. 4), com produção de efeitos a partir de 30 de abril de 2008 – data em que ficou efetivamente revogada a Resolução CMN nº 2.303, de 1996. Apesar de o Sistema Financeiro Nacional reger-se pelos princípios da livre iniciativa e da promoção da concorrência, o CMN considerou necessária a intervenção regulatória, com o escopo de corrigir **falhas de mercado**, notadamente no que tange à *assimetria de informações*, então detectadas:

No que respeita ao estabelecimento ou manutenção de condições equitativas de funcionamento dos mercados e o estímulo à concorrência, é particularmente relevante adotar-se medidas para a redução da assimetria de informações entre os agentes econômicos, mediante a eliminação de fontes de imperfeição e o estabelecimento de incentivos e medidas concretas que influenciem o comportamento dos agentes econômicos, tais como a transparência e a portabilidade.<sup>5</sup>

21. Na ocasião, o CMN considerou que a regulamentação anterior provocara expressivo aumento do número de questionamentos e reclamações por parte de diversos segmentos da sociedade, sobretudo da Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, da Comissão de Assuntos Econômicos

---

5 Voto BCB nº 296/2007, que, aprovado pelo CMN, deu origem à Resolução nº 3.518, de 2007, cópia anexa (doc. 5).

do Senado Federal, do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça e do Ministério Público Federal.

22. Sobre o ponto, calha enfatizar que a atuação normativa do CMN buscou pacificar demandas da sociedade e estimular a concorrência entre instituições financeiras.

23. A nova disciplina normativa das tarifas bancárias teve o propósito explícito de combater, em especial, a falta de uniformidade terminológica das tabelas de serviços. Com a padronização da nomenclatura, tornava-se viável a comparação, pelos clientes bancários, dos valores cobrados pelas instituições financeiras, favorecendo-se a concorrência entre elas, conforme consignado entre os fundamentos da medida:

Objetivando solucionar a questão da falta de uniformidade das denominações utilizadas pelas instituições financeiras nas suas respectivas tabelas de tarifas, o que constitui causa de grande número de queixas e fator impeditivo da comparação entre preços cobrados, seriam implementada a padronização das terminologias dos serviços prioritários, **abrangendo aqueles relacionados a cadastro, contas de depósitos, transferência de recursos e operações de crédito, que constituem os principais serviços prestados pelas instituições do sistema financeiro.** O Banco Central do Brasil, por determinação do Conselho Monetário Nacional, definiria a padronização de nomes e canais de entrega, identificação por siglas e descrição dos respectivos fatos geradores. Assim, **a cobrança de tarifas de pessoas físicas, relativamente a serviços prioritários, ficaria limitada aos divulgados pelo Banco Central, [...].**<sup>6</sup>

24. Os serviços foram divididos em **quatro categorias**, segundo o tipo da atividade exercida; e, em relação a cada uma delas, foram fixados os critérios para cobrança da remuneração correspondente, quando cabível:

- a) **serviços essenciais:** vedada a cobrança de tarifa pela sua prestação ao cliente;
- b) **serviços prioritários:** abrangem os principais serviços prestados pelas instituições financeiras e sua cobrança é restrita àqueles divulgados pelo Banco Central do Brasil;

---

<sup>6</sup> *Idem.* Os negritos foram acrescentados.

c) **serviços especiais**: discriminados no art. 4º da Resolução CMN nº 3.518, de 2007, sujeitam-se a disposições legais e regulamentares específicas; e

d) **serviços diferenciados**: admitem a cobrança de tarifa, desde que explicitadas ao cliente ou usuário as condições de utilização e de pagamento.

25. Posteriormente, o CMN editou a Resolução nº 3.919, de 2010, que revogou a Resolução nº 3.518, de 2007, alterou e consolidou as normas sobre cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil (cópia anexa, **doc. 6**).

26. A atual regulamentação, na esteira do que já dispunha a Resolução CMN nº 3.518, de 2007, também classifica os serviços passíveis de cobrança de tarifas por parte das instituições financeiras em **quatro categorias**, a saber: **essenciais, prioritários, especiais e diferenciados** (art. 1º, § 1º, II).

27. Em relação aos serviços prioritários, o art. 3º da Resolução CMN nº 3.919, de 2010, assim considera aqueles relacionados a contas de depósitos, transferências de recursos, **operações de crédito** e de arrendamento mercantil, cartão de crédito básico e **cadastro**. Prescreve, ainda, que a cobrança de tarifas pela prestação dos serviços incluídos nessa categoria deve observar a lista de serviços, a padronização, as siglas e os fatos geradores da cobrança, agora estabelecidos diretamente pelo CMN, na Tabela I anexa à referida Resolução.

28. Podem ser tarifados apenas os serviços prioritários, especiais e diferenciados expressamente previstos em Resolução do CMN. **Qualquer outro serviço ou atividade, ainda que eventualmente contratado, não pode induzir cobrança de tarifa.**

29. Desse modo, desde que a Resolução CMN nº 3.518, de 2007, passou a produzir efeitos (30 de abril de 2008), a mera “abertura de crédito” deixou de configurar serviço passível de cobrança de tarifa por parte das instituições financeiras. Continuam, porém, passíveis de cobrança o serviço relacionado ao **cadastro**, assim definido pela regulamentação aplicável:

Realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários

ao início de relacionamento decorrente da abertura de conta de depósitos à vista ou de poupança ou contratação de operação de crédito ou de arrendamento mercantil, não podendo ser cobrada cumulativamente.<sup>7</sup>

30. É importante assinalar que a **atual tarifa de cadastro não equivale à antiga tarifa de abertura de crédito – “TAC”**; esta era usualmente cobrada sobre qualquer operação de crédito, mesmo que o tomador já fosse cliente do estabelecimento bancário; aquela, a seu turno, somente pode incidir no **início do relacionamento** entre o cliente e instituição financeira, e se justifica pela necessidade de ressarcir custos com realização de pesquisas em cadastros, bancos de dados e sistemas<sup>8</sup>.

31. Portanto, calha reiterar, **a TAC deixou de existir com a produção de efeitos da Resolução CMN nº 3.518, de 2007, e não encontra paralelo entre as tarifas atualmente existentes no Sistema Financeiro Nacional.**

#### TARIFA DE EMISSÃO DE BOLETO OU CARNÊ (“TEC”)

32. No que concerne à tarifa de emissão de carnê ou de emissão de boleto bancário (“TEC”), a situação é similar à da mencionada tarifa por abertura de crédito: na vigência da Resolução CMN nº 2.303, de 1996, **não existia impedimento à sua cobrança**, que tinha o objetivo de remunerar a disponibilização de meio de pagamento submetido ao Sistema Brasileiro de Pagamentos (SPB), passível de liquidação nas agências de qualquer banco no Brasil.

33. Contudo, a partir de 30 de abril de 2008, **por força da Resolução CMN nº 3.518, de 2007**, a tarifa de emissão de boleto ou carnê **passou a ser vedada**, tendo em vista que **não constava** na lista de serviços prioritários previstos na Circular nº 3.371, de 6 de dezembro de 2007, do Banco Central. Com o intuito de explicitar esse óbice, a Resolução CMN nº 3.693, de 26 de março de 2009 (cópia anexa, **doc. 8**), assim dispôs:

7 Vide Tabela I – Padronização de Serviços Prioritários – Pessoa Natural, tanto na redação originária da Resolução CMN nº 3.919, de 2010, como na redação que lhe foi dada pela Resolução CMN nº 4.021, de 29 de setembro de 2011.

8 Sobre o tema, a Nota-Jurídica 3900/2012, de 28 de dezembro de 2012, ao analisar o acórdão proferido pela Segunda Seção do STJ no Recurso Especial nº 1.270.174/RS (DJe de 5/11/2012), evidencia a distinção entre a tarifa de abertura de cadastro e a tarifa por disponibilização ou manutenção de limite de crédito ao cliente, razão pela qual se entende oportuno o encaminhamento do referido pronunciamento a essa Egrégia Corte (**doc. 7**).

Art. 1º O art. 1º da Resolução nº 3.518, de 6 de dezembro de 2007, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1º A cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil deve estar prevista no contrato firmado entre a instituição e o cliente ou ter sido o respectivo serviço previamente autorizado ou solicitado pelo cliente ou pelo usuário.

§ 1º Para efeito desta resolução:

[...]

III – não se caracteriza como tarifa o ressarcimento de despesas decorrentes de prestação de serviços por terceiros, podendo seu valor ser cobrado desde que devidamente explicitado no contrato de operação de crédito ou de arrendamento mercantil.

§ 2º Não se admite o ressarcimento, na forma prevista no inciso III do § 1º, de despesas de emissão de boletos de cobrança, carnês e assemelhados.(NR)

34. Atualmente, a Resolução CMN nº 3.919, de 2010, manteve a proibição, *verbis*:

Art. 1º .....

§ 2º É vedada a realização de cobranças na forma de tarifas ou de ressarcimento de despesas:

[...]

II – do sacado, em decorrência da emissão de boletos ou faturas de cobrança, carnês e assemelhados.

35. Ao fim, cumpre anotar que questões relativas à “TAC” e à “TEC” não constituem novidade para essa Egrégia Corte. Por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.270.174/RS (Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 5/11/2012), a Segunda Seção manifestou-se pela legitimidade das tarifas nos seguintes termos: “**as tarifas de abertura de crédito (TAC) e emissão de carnê (TEC), por não estarem encartadas nas vedações previstas na legislação regente (Resoluções 2.303/1996 e 3.518/2007 do CMN)**, e ostentarem natureza de remuneração pelo serviço prestado pela instituição financeira ao consumidor, quando efetivamente contratadas, **consubstanciam cobranças legítimas**, sendo certo que somente com a demonstração cabal de vantagem exagerada por parte

do agente financeiro é que podem ser consideradas ilegais e abusivas, o que não ocorreu no caso presente” (sem destaque no original). No mesmo sentido do voto condutor do aresto, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva pronunciou-se da seguinte forma: “mesmo a Resolução CMN nº 3.518/2007, que alterou a disciplina da cobrança de serviços pelas instituições financeiras, não vedava expressamente as referidas tarifas de abertura de crédito e de emissão de boleto bancário.”<sup>9</sup>

36. Conforme já mencionado, **sob a vigência a Resolução CMN nº 2.303, de 1996, não existia, de fato, impedimento à cobrança da “TAC” e da “TEC”.** No entanto, a partir de 30 de abril de 2008, por força da Resolução CMN nº 3.518, de 2007, tais tarifas passaram a ser vedadas, por não constarem da lista de serviços prioritários previstos na Circular nº 3.371, de 2007, do Banco Central. Posteriormente, a Resolução CMN n.º 3.693, de 2009, acrescentou o § 2º ao art. 1º da referida resolução apenas para tornar ainda mais explícita a proibição da cobrança da “TEC”.

37. Nesse ponto, cumpre ressaltar que **o marco temporal a partir do qual a cobrança dessas tarifas tornou-se ilegítima recai sobre a vigência da Resolução CMN nº 3.518, de 2007, e não posteriormente como assentado no acórdão em referência.** Frise-se: essa resolução limitou a cobrança de tarifas àqueles serviços cujo fato gerador fosse expressamente definido pelo Banco Central do Brasil, que não mencionou entre eles a mera disponibilização de limite de crédito ao cliente ou a emissão de boleto. Tal disciplina de cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte de instituições financeiras foi mantida, nesse ponto, pela atual Resolução CMN nº 3.919, de 2010.

## PARCELAMENTO DO IOF

38. O Decreto nº 6.306, de 14 de dezembro de 2007, dispõe que o IOF incide sobre operações de crédito realizadas por instituições financeiras (art. 2º) e seu fato gerador consiste na “entrega do montante ou do valor que constitua o objeto da obrigação, ou sua colocação à disposição do interessado” (art. 3º).

<sup>9</sup> *Data venia*, o Ministro Massami Uyeda também se equivocou, ao afirmar que “a Resolução n. 3.518/2007, então em vigor quando da contratação sub judice, expressamente autorizava a cobrança de tarifa pela prestação de serviços bancários”.

Define contribuinte como a pessoa física ou jurídica **tomadora do crédito** (art. 4º) e atribui a **responsabilidade pela cobrança** à instituição financeira que efetuar a operação (art. 5º).

39. De acordo com essas premissas, o recolhimento do IOF em razão do contrato de mútuo cabe à instituição financeira, o que leva à conclusão de que o mutuário deve receber apenas seu valor líquido (principal), descontado o imposto devido. O valor do tributo pago pela instituição financeira, por sua vez, fica sujeito aos mesmos encargos previstos para o contrato, como se a ele aderisse. Tudo com a finalidade de que o mutuário não precise desembolsar nenhuma quantia ao financiar determinado bem: a instituição financeira liquida o valor do tributo devido, sujeitando a quantia desembolsada aos mesmos encargos previstos para o contrato. Vale dizer: ao conceder o empréstimo, a instituição financeira empresta também ao seu cliente o valor correspondente ao IOF que incide sobre a operação. Nessa situação, o “valor real” do ajuste resulta do valor principal acrescido do IOF.

40. Essa última opção é rotineira, por ser natural que clientes bancários prefiram receber o montante exato do bem almejado a ser custeado com o financiamento. Na prática, costuma-se dizer que tomador optou por “financiar o IOF” ou “parcelar o IOF”; na realidade, contudo, o total do crédito concedido é superior à quantia transferida ao cliente bancário, justamente para cobrir a inexorável incidência do IOF, cujo contribuinte é o próprio tomador.

41. Conseqüentemente, eventual supressão, por força de decisão judicial, do “pagamento parcelado do IOF” em processos de mútuo bancário, equivaleria a transferir para a instituição financeira o ônus da exação, indo de encontro à legislação tributária, que atribui tal dever ao tomador do crédito. Logo, essa hipótese daria ensejo ao enriquecimento sem causa do contribuinte de direito, em detrimento do responsável tributário.

42. Ainda que se argumente que, em boa verdade, não se trata de transferir o valor devido à instituição financeira, mas, sim, de excluir o valor do tributo da incidência dos encargos contratuais, é bem de ver que tal exação judicial importaria, por consequência, o financiamento a “custo zero” do valor do tributo.

43. Numa perspectiva consequencialista, caso venha a ser definido em recurso especial repetitivo que, necessariamente, sobre o valor do tributo antecipado pela instituição financeira não podem incidir encargos contratuais,

elas serão obrigadas a exigir, no momento, da contratação, que os mutuários quitem o valor do tributo devido. Ora, no mais das vezes, justamente porque está a pleitear recursos financeiros, o mutuário não tem condições de quitar com recursos próprios o tributo devido. Sob tais circunstâncias, a instituição financeira entregaria os valores com uma mão para retirá-los, ato contínuo, com a outra.

44. Noutro giro, ainda a considerar a hipótese mais provável de que o mutuário não tem recursos próprios para quitar os valores, ele deveria, então, firmar novo contrato de financiamento para quitar os valores relativos ao IOF da primeira operação. Essa segunda operação, por sua vez, constituiria nova hipótese de incidência do IOF, a tornar mais custoso o empréstimo concedido ao mutuário.

45. É certo que não há, no âmbito da disciplina setorial, previsão normativa específica sobre **parcelamento do IOF**, até por se cuidar de questão afeta ao Direito Tributário. Em linhas gerais, no entanto, convém reiterar os esforços do CMN supramencionados, com o objetivo de favorecer a transparência, disciplinando os procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras na contratação de operações e na prestação de serviços aos seus clientes.

46. Ao tempo do contrato objeto do Recurso Especial representativo da controvérsia, estava em vigor a precitada Resolução CMN nº 2.878, de 2001, que determinava: a **transparência nas relações contratuais**, com preservação dos clientes e do público usuário “de práticas não equitativas, mediante prévio e integral conhecimento das cláusulas contratuais, evidenciando, inclusive, os dispositivos que imputem responsabilidades e penalidades” (art. 1º, inciso I); a **clareza dos contratos**, que deveriam ser redigidos em formato que permitissem fácil leitura, com “identificação de prazos, valores negociados, taxas de juros, de mora e de administração, comissão de permanência, encargos moratórios, multas por inadimplemento e demais condições” (art. 1º, inciso III); a adoção de práticas para **evidenciar as condições contratuais**, notadamente quanto a tarifas, remunerações e comissões (art. 3º, inciso VII).

47. A Resolução CMN nº 3.694, de 2009 (cópia anexa, **doc. 9**), ao passo em que revogou a Resolução nº 2.878, de 2001, determinou a observância de procedimentos que assegurem a prestação das informações necessárias à livre escolha e à tomada de decisões, bem assim a utilização em contratos

e documentos de redação clara, objetiva e adequada (art. 1º, incisos I e II), conforme supramencionado.

48. Além disso, a partir da Resolução CMN nº 3.517, de 2007 (cópia anexa, **doc. 10**), com produção de efeitos a partir de 3 de março de 2008, passou-se a exigir que as instituições financeiras informem ao cliente bancário, previamente à contratação, o custo total da operação, expresso sob a forma de taxa percentual anual denominado **Custo Efetivo Total (CET)**, que passará a ter maior destaque e detalhamento no contrato, na forma agora prevista na Resolução CMN nº 4.197, de 2013.

49. Sob tal ótica, o que se deve efetivamente avaliar, em cada hipótese concreta, é se as disposições contratuais são claras e permitem ao tomador a percepção de que ele optou por “financiar” a parcela relativa ao IOF, sob pena de abusividade e infringência às disposições regulamentares referidas.

## CONCLUSÃO

50. Em síntese, a cobrança de tarifa de abertura de crédito e de emissão de boletos, carnês e assemelhados, ao menos em sede de regulamentação setorial, era permitida até a plena vigência e eficácia da Resolução CMN nº 3.518, de 2007, a partir de 30 de abril de 2008.

51. Sobre o parcelamento do IOF, é importante lembrar que contribuinte do imposto é o próprio tomador do crédito, de modo que, numa simplificação dos fatos, o mútuo se verifica não sobre a quantia efetivamente transferida ao mutuário, mas sobre o total da operação, assim considerada a soma do valor principal recebido e do valor do IOF devido na operação.

Em face do exposto, entende o Banco Central que deve ser provido o recurso especial interposto, adotando-se as teses ora defendidas para todos os efeitos do art. 543-C, § 7º, do Código de Processo Civil.

Nestes termos, pede deferimento.

Brasília, 25 de março de 2013.

*Filogônio Moreira Júnior*

*Procurador*

*Flávio José Roman*

*Procurador-Chefe<sup>10</sup>*

*Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho*

*Subprocurador-Geral<sup>11</sup>*

*Isaac Sidney Menezes Ferreira*

*Procurador-Geral*

“DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE”

(Ordem-de-Serviço nº 4.474, de 1º/7/2009)

- Anexos:
- Resolução CMN nº 4.197, de 2013;
  - Resolução CMN nº 4.196, de 2013;
  - Resolução CMN nº 2.303, de 1996;
  - Resolução CMN nº 3.518, de 2007;
  - Voto BCB nº 296/2007;
  - Resolução CMN nº 3.919, de 2010;
  - Nota Jurídica PGBC-3900/2012;
  - Resolução CMN nº 3.693, de 2009;
  - Resolução CMN nº 3.694, de 2009; e
  - Resolução CMN nº 3.517, de 2007.

---

10 Da Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes (Cojud).

11 Da Câmara do Contencioso Judicial e Execução Fiscal (CC2PG).

# 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 PGBC, pelo endereço [revista.pgbc@bcb.gov.br](mailto:revista.pgbc@bcb.gov.br), em arquivo Word ou RTE, observando-se as normas de publicação e os parâmetros de editoração adiante estabelecidos.
2. Os autores podem encaminhar trabalhos redigidos em português, em inglês ou em espanhol.
3. Os autores de trabalhos publicados na Revista da PGBC não fazem jus aos direitos patrimoniais pertinentes a sua criação ou a remuneração de qualquer natureza, sendo, contudo, detentores dos direitos morais de seus trabalhos.
4. CONFIGURAÇÃO DOS TRABALHOS – Os trabalhos enviados devem ser compostos de dez a vinte páginas, redigidas em fonte *Times New Roman* tamanho 12, com espaçamento entre linhas simples. Variações para mais ou para menos serão analisadas pelo Conselho Editorial da Revista da PGBC. 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: a partir da segunda página (considerada a primeira), na margem superior direita.
5. TÍTULO – O título do trabalho deve ser escrito no topo da página, com apenas a primeira letra de cada palavra em maiúscula, salvo nos casos em que o uso de letra minúscula seja obrigatório. O subtítulo do trabalho deve ser escrito com todas as letras em minúscula, salvo nos casos em que o uso de letra maiúscula seja obrigatório (exemplo: “Governança Cooperativa: as funções estratégicas e executivas em cooperativas de crédito no Brasil”). Título e subtítulo do trabalho devem ser escritos na mesma linha, alinhados à direita, com fonte 16 e negrito.
6. IDENTIFICAÇÃO E TITULAÇÃO DO AUTOR – O nome do autor deve figurar um espaço duplo depois do título do trabalho, alinhado à direita, com fonte 11 e negrito, seguido de asterisco que remeta para nota de rodapé que apresente a formação acadêmica do autor e suas principais atividades.

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 e apresentar número e nome das seções e das subseções que compõem o trabalho, até três níveis, alinhado à direita, a 6cm da margem esquerda, com fonte 10 e itálico. Veja-se o exemplo a seguir.

*1 Introdução. 2 Atividade bancária no contexto da União Europeia. 3 Concorrência no setor bancário: 3.1 Sujeição dos bancos às regras de concorrência comunitárias; 3.2 Atuação da Comissão Europeia e da Rede Europeia de Concorrência; 3.3 Ações da Comissão Europeia para o fortalecimento da concorrência na área bancária. 4 Conclusão.*

8. **RESUMO** – O trabalho deve conter um resumo em português e um em inglês (*abstract*), de 100 a 250 palavras, ressaltando o objetivo, o método, os resultados e as conclusões – não deve discorrer sobre o assunto do trabalho. O resumo deve ser composto de uma sequência de frases concisas e afirmativas, e não de enumeração de tópicos. Sua primeira frase deve explicar o tema principal do trabalho. Deve-se utilizar a terceira pessoa do singular. Devem-se evitar símbolos e contrações cujo uso não seja corrente e fórmulas, equações e diagramas, a menos que extremamente necessários. O resumo em inglês (*abstract*) deve acompanhar-se do título do trabalho, também em inglês, figurando um espaço duplo depois das palavras-chave em português.
9. **PALAVRAS-CHAVE** – Devem ser indicadas de quatro a seis 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** – Obedecido o limite de páginas já fixado, o texto deve ser redigido de acordo com os seguintes parâmetros:
- a) **TÍTULOS E SUBTÍTULOS DE SEÇÕES**: devem ser escritos em fonte *Times New Roman* tamanho 14, em negrito, posicionados um espaço duplo depois das *keywords*, alinhados à esquerda, com recuo de 1,5cm à esquerda. Escrevem-se apenas com a primeira letra da primeira palavra em maiúscula, salvo nos casos em que o uso de letra 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* tamanho 12, sem negrito ou itálico, um espaço duplo depois do título da seção ou da subseção, com espaçamento entre linhas simples, com alinhamento justificado e recuo de entrada de 1,5cm da margem esquerda.
- c) DESTAQUES: destaques em trechos do texto devem ocorrer conforme as seguintes especificações:
- EXPRESSÕES EM LÍNGUA ESTRANGEIRA: itálico (em 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: as citações devem apresentar-se conforme sua extensão.
- CITAÇÕES COM ATÉ TRÊS LINHAS: devem permanecer no corpo do parágrafo, entre aspas (apenas 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;
  - DESTAQUES NAS CITAÇÕES: os destaques nas citações devem ser informados como constantes do original ou como inseridos pelo copista.
    - > *Destaques do original*: após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifo(s) do autor”, entre parênteses.
    - > *Destaque do copista*: após a transcrição da citação, empregar a expressão “grifei” ou “grifamos”, entre parênteses.
  - SISTEMA DE CHAMADA DAS CITAÇÕES: o sistema de chamada das citações deve ser o sistema autor-data. Por esse meio de chamada, em vez de número que remeta a nota do rodapé com os dados bibliográficos da publicação citada e, ainda, em vez de toda a referência entre parênteses, emprega-se o sobrenome do autor ou o nome da entidade, a data e a(s) página(s) da publicação de onde se retirou o trecho transcrito. Vejam-se os 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 do próprio 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 devem posicionar-se um espaço duplo depois do fim do texto. O destaque no nome do documento ou do evento no qual o documento foi apresentado deve ser negrito. Ressalte-se que, no caso de publicações eletrônicas, devem ser informados o local de disponibilidade do 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, 2., 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, dez. p. 199-224, 2008.

12. Os trabalhos que não estiverem conforme as normas de publicação e os demais parâmetros relativos à editoração da revista serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias, no prazo estabelecido.
13. A seleção dos trabalhos para publicação será feita pelos membros do Conselho Editorial da Revista da PGBC, conforme previsto em regulamento próprio.



**BANCO CENTRAL DO BRASIL**



9 771982 996001 00001