

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Volume 6 – Número 2
Dezembro 2012



**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, 2012.

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 6 • Número 2 • Dezembro 2012

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
Volume 6 • Número 2 • Dezembro 2012

© 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 (Faculdade Getulio Vargas, SP)

Camila Villard Duran (Faculdade Getulio Vargas, SP)

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, RS)
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

Lucas Alves Freire

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

Luiz Ribeiro de Andrade

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

Erasto Villa-Verde de Carvalho Filho

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
Wagner Tenório Fontes

Procurador-Chefe do Banco Central no Estado da Bahia
Lenivaldo Gaia do Nascimento

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

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira _____ 13

Nota da Edição

Rosely Palaro Di Pietro _____ 15

Artigos

A Boa-Fé do Adquirente na Fraude à Execução: pelo cancelamento da Súmula nº 375 do Superior Tribunal de Justiça

Pablo Bezerra Luciano _____ 19

O Desempenho de Papel Social pelo Banco Central do Brasil: concretização de dever constitucional

Humberto Cestaro Teixeira Mendes _____ 53

What Makes a Bank a “Sustainable Bank”?

Roger McCormick _____ 67

A Encruzilhada da Supervisão das Instituições de Crédito

Paula Costa e Silva e Jorge Pação _____ 91

A Evidenciação de Dois Tributos Diretos nas Planilhas de Custos de Processos Licitatórios para Contratação de Serviços

Lucival Lage Lobato Neto _____ 113

A Flexibilização da Responsabilidade Societária nos Direitos Privado,
Trabalhista e Tributário: uma panorâmica histórica
Bruno Meyerhof Salama e Viviane Muller Prado _____ 137

A Responsabilidade do Gestor Público e o Nível de Prudência na Prevenção
à Lavagem de Dinheiro e no Combate ao Financiamento do Terrorismo
Mauro Salvo _____ 171

Incidente de Recursos Repetitivos sobre Direito do Consumidor no Âmbito
do Superior Tribunal de Justiça
Fernanda Tatari Frazão de Vasconcelos Bressane _____ 195

Pronunciamentos da Procuradoria-Geral do Banco Central

Parecer PGBC-76/2012

Parecer que analisa o interesse do Banco Central do Brasil em atuar na
qualidade de *amicus curiae* em recurso especial no qual se discute a adequação
da ação de prestação de contas para veicular pretensão relacionada com
contrato de financiamento de automóvel com cláusula de alienação fiduciária.

*Fernando José Sakayo de Oliveira, Erasto Villa-Verde Filho,
Luiz Ribeiro de Andrade e Isaac Sidney Menezes Ferreira* _____ 227

Parecer PGBC-103/2012

Parecer que analisa o Projeto de Lei nº 4.152, de 2008, que propõe a
revogação integral da Lei nº 11.382, de 2006, que instituiu a modalidade de
penhora por meio eletrônico.

*Fernando José Sakayo de Oliveira, Erasto Villa-Verde Filho,
Luiz Ribeiro de Andrade e Isaac Sidney Menezes Ferreira* _____ 249

Parecer PGBC-134/2012

Parecer que responde a consulta do Departamento de Controle de Gestão e de Planejamento da Supervisão do Banco Central do Brasil acerca da interpretação de dispositivos da Resolução nº 4.019, de 2011.

*José Augusto Sansoni Soares, Eliane Coelho Mendonça,
Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, Cristiano de Oliveira Lopes Cozer e
Isaac Sidney Menezes Ferreira _____ 271*

Parecer PGBC-146/2012

Parecer que analisa a possibilidade de o Banco Central do Brasil atribuir ao Fundo Garantidor de Crédito (FGC) a condução do Regime de Administração Especial Temporária (Raet).

*Lucas Alves Freire, Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira,
Cristiano de Oliveira Lopes Cozer e Isaac Sidney Menezes Ferreira ____ 293*

Parecer PGBC-179.001/2012

Parecer que examina minuta de resolução que dispõe sobre o funcionamento de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central e sobre o exercício de cargos estatutários das referidas instituições.

*Alexandre Forte Maia, Danilo Takasaki Carvalho,
Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, Cristiano de Oliveira Lopes Cozer e
Isaac Sidney Menezes Ferreira _____ 305*

**Normas de submissão de trabalhos à Revista da Procuradoria-Geral do
Banco Central _____ 369**

Apresentação

Chegamos a mais uma edição da **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, projeto exitoso que, sem dúvida, merece todos os aplausos. A soma de muitos esforços teve como resultado instrumento de extrema importância na divulgação de artigos e manifestações, não só do corpo jurídico da autarquia, mas também de outros estudiosos e pesquisadores do Direito, abordando temas relacionados à atividade da autoridade monetária sob diversos aspectos.

O Banco Central, tanto na execução da política monetária como na fiscalização do Sistema Financeiro Nacional, nos termos da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, atua de diversos modos. Há, ainda, competências específicas, instituídas por leis distintas da Lei Bancária, como a conferida pela Lei nº 11.795, de 8 de dezembro de 2008, que lhe atribuiu o poder de normatizar, coordenar, supervisionar, fiscalizar e controlar as atividades do sistema de consórcio.

Diante de campo de atuação tão amplo, são vários os ramos do Direito que demandam a atenção dos profissionais da área. Assim, a existência de um espaço para exposição de ideias e estudos relacionados à ação do Banco Central incrementam reflexões e discussões jurídicas, elementos essenciais ao aprimoramento profissional.

O presente periódico jurídico assume especial importância para mim, permito-me confessar. Como integrante da carreira jurídica do Banco Central, venho presenciando a construção de muitos trabalhos, e dela participando, podendo atestar o empenho exigido para soluções das questões jurídicas impostas. O que para mim restou claro, desde o primeiro momento, foi que as matérias aqui tratadas, em razão de sua complexidade e especificidade, sempre requereram do profissional do Direito muita aplicação, sobretudo em razão da carência de doutrina especializada.

Desse modo, acompanhar a materialização e a continuidade da nossa revista, veículo que contribui para debates jurídicos, é sempre motivo de muita satisfação. Trata-se de ferramenta proveitosa, em especial para os que lidam em seu dia a

dia com os assuntos relacionados à atividade da autoridade monetária, seja no assessoramento jurídico, seja na atuação em juízo.

Da mesma forma, a exposição dos pronunciamentos e estudos jurídicos constitui um rico material disponibilizado à sociedade, em tempos em que o interesse e o acompanhamento popular da política monetária nacional são crescentes, e a informação é buscada incessantemente.

A boa fase vivenciada pela economia nacional, produto de políticas bem-sucedidas, não só aumentou o interesse da população brasileira, mas também despertou a curiosidade internacional sobre a política monetária, abrindo terreno para o país demonstrar tudo o que foi e está sendo feito para atingir os resultados alcançados. Nesse cenário, assume particular relevo as publicações jurídicas nesse campo.

O exemplar que temos em mãos reúne, da mesma forma que os anteriores, com muito sucesso, trabalhos que examinam matérias relacionadas ao Banco Central, permitindo ao leitor perceber a multiplicidade e o fascínio dos assuntos que exigem a atenção do profissional do Direito nessa área, o que torna o trabalho muitas vezes árduo, porém sempre instigante.

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

Subprocuradora-Geral titular da Câmara de Consultoria Geral da
Procuradoria-Geral do Banco Central.

Nota da Edição

A **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central** conclui seu sexto ano de edição trazendo, mais uma vez, pensamentos e ideias de autores nacionais e estrangeiros e pronunciamentos da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) que certamente deverão contribuir para o engrandecimento de todo meio jurídico e acadêmico.

Iniciando a seção de artigos, o texto de autoria do Procurador do Banco Central Pablo Bezerra Luciano traz importante análise do instituto da fraude à execução, propondo o cancelamento da Súmula nº 375 do Superior Tribunal de Justiça, que, a seu ver, trata a questão de forma equivocada.

De autoria de outro Procurador do Banco Central, Humberto Cestaro Teixeira Mendes, o segundo artigo aborda o papel social desempenhado pelo Banco Central do Brasil, atrelado a sua competência de regulação e supervisão do Sistema Financeiro Nacional frente ao dever constitucional de atuar em prol do desenvolvimento social.

Os dois artigos seguintes, redigidos por professores estrangeiros, cuidam de temas da seara econômica. O trabalho *What Makes a Bank a “Sustainable Bank”?* foi escrito pelo professor visitante da London School of Economics and Political Science Roger McCornick e discute o conceito de sustentabilidade perante as instituições financeiras, defendendo a mudança de paradigmas. No outro trabalho, os professores da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa Paula Costa e Silva e Jorge Pação discutem os desafios do poder público no exercício da supervisão e regulação do mercado financeiro. Avaliam a crise deflagrada em 2008 e a conduta dos governos dos Estados Unidos da América e de países da Europa.

O artigo seguinte, de autoria do Analista do Banco Central Lucival Lage Lobato Neto, discute a importância da evidenciação de dois tributos diretos (imposto de renda e contribuição social sobre o lucro) na planilha de custos

do processo licitatório. Análise de forma crítica a posição contrária evidenciada pelo Tribunal de Contas da União.

Professores da Fundação Getúlio Vargas, Bruno Meyerhof Salama e Viviane Muller Prado examinam no próximo artigo a evolução legislativa, jurisprudencial e doutrinária à flexibilização da responsabilidade societária durante o século XX. Debate o instituto da desconsideração de personalidade jurídica e a responsabilidade de terceiros por dívida de empresa, fazendo um importante levantamento histórico acerca do tema.

O sétimo artigo, de autoria do Analista do Banco Central e doutor em economia Mauro Salvo, propõe um modelo mais eficiente de avaliar os gastos públicos na prevenção ao crime de lavagem de dinheiro e ao combate ao terrorismo. Diante da responsabilidade do gestor público, propõe uma análise da eficiência da conduta das autoridades brasileiras perante tal atribuição.

Por fim, encerra a seção de artigos o texto da Defensora Pública Fernanda Tatari Frazão de Vasconcelos Bressane, que cuida da multiplicidade de recursos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Avalia, de forma crítica, a efetividade do art. 543-C do Código de Processo Civil em face de incidência repetitiva de tais recursos na seara do Direito do Consumidor.

A seção de pronunciamentos da Procuradoria-Geral do Banco Central apresenta, excepcionalmente, nesta edição cinco trabalhos. Essa exceção é digna de menção, pois usualmente são escolhidos apenas quatro trabalhos significativos para o meio jurídico para integrarem a Revista. Todavia, o segundo semestre de 2012 foi farto em discussões jurídicas altamente relevantes, e foi impossível não inserir um desses pronunciamentos.

Assim, esta edição da **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central** conta com as seguintes manifestações jurídicas da PGBC: um parecer sobre minuta de resolução que dispõe sobre o funcionamento de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central; um parecer que analisa o interesse do Banco Central em atuar como *amicus curiae* em demanda perante o Superior Tribunal de Justiça versando sobre alienação fiduciária; outro parecer analisando projeto de lei que pretende revogar a penhora por meio eletrônico, instituída por meio da Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006; um pronunciamento acerca da correta interpretação de dispositivos da Resolução nº 4.019, de 2011, que dispõe sobre medidas prudenciais preventivas destinadas

a assegurar a solidez, a estabilidade e o regular funcionamento do Sistema Financeiro Nacional; e, por fim, um parecer analisando a possibilidade de o Banco Central atribuir ao Fundo Garantidor de Crédito (FGC) a condução do Regime de Administração Especial Temporária (Raet).

Brasília, 30 de dezembro de 2012.

Rosely Palaro Di Pietro

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

A Boa-Fé do Adquirente na Fraude à Execução: pelo cancelamento da Súmula nº 375 do Superior Tribunal de Justiça

Pablo Bezerra Luciano*

1 Natureza, fundamentos e teleologia da fraude à execução. 2 A inafastabilidade da jurisdição como cânone hermenêutico das hipóteses de fraude à execução. 3 A boa-fé na fraude à execução. 4 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: 4.1 Primeiros julgados; 4.2 Julgados mais recentes. 5 Conclusão.

Resumo

A fraude à execução é um instituto de Direito Processual Civil que tem por escopo resguardar a efetividade do processo de manobras maliciosas dos demandados. Com o reconhecimento da fraude à execução, bens que não mais integram o patrimônio do executado podem vir a ser constritos. Para tanto, dispensam a lei e as lições doutrinárias a prova da má-fé do adquirente, ao contrário do que se dá com o instituto de direito material conhecido como fraude contra credores. Entretanto, com a consolidação das decisões do Superior Tribunal de Justiça por meio da Súmula nº 375, essa distinção se desfez, uma vez que, a partir de sua publicação, passou-se a exigir do demandante a prova da má-fé do adquirente, que sequer é parte no processo.

* Procurador do Banco Central lotado na Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes (Cojud). Graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

Palavras-chave: Fraude à execução. Inafastabilidade da jurisdição. Má-fé. Adquirente. Súmula nº 375 do Superior Tribunal de Justiça.

Abstract

Fraud in execution is an institute of civil procedure, which aims to protect the effectiveness of the process from defendants' malicious manoeuvres. With the recognition of the fraud in execution, goods that are no longer part of debtor's assets may become constricted. For this purpose, the legislation and jurisprudence do not require proof of bad faith of the acquirer, as opposed to what happens in the case of the substantive law's institute known as fraud against creditors. However, with the consolidation of the Brazilian Superior Court of Justice's decisions by Precedent 375, this distinction has faded because, thenceforth, the plaintiff must prove acquirer's bad faith, who is not even a part in the process.

Keywords: *Fraud in execution. Non-obviation of jurisdiction. Bad faith. Acquirer. Precedent 375 of the Brazilian Superior Court of Justice.*

1 Natureza, fundamentos e teleologia da fraude à execução

O sucesso da jurisdição em demandas condenatórias não se exaure comumente na afirmação sentencial de qual das partes está com a razão. Poucos vão a juízo com objetivo de obter meramente uma sentença de mérito. Bem ao contrário, buscam os demandantes o bem da vida que, num determinado momento, negaram-lhes indevidamente.¹

Segue-se que as expectativas de quem obtém uma sentença condenatória favorável recaem, em princípio, sobre os bens do demandado perdedor, nos termos da responsabilidade patrimonial prevista no art. 591 do Código de Processo Civil (CPC), segundo a qual “o devedor responde, para o cumprimento

¹ Em doutrina processual, costuma-se dizer que o pedido de sentença de mérito declaratória, constitutiva ou condenatória, é o objeto imediato do processo e que o bem da vida buscado seria o objeto mediato. A assertiva é correta, contanto que se entenda que sua verdade está limitada ao ponto de vista processual. Fora do processo, no domínio do direito material, a sentença de mérito não passa de um meio pelo qual os bens da vida são atribuídos aos titulares de direito subjetivo.

de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.”

Sem embargo da referida norma, no ponto em que se refere a bens do devedor “presentes e futuros” como objetos de consequências executivas, em determinadas situações a legislação permite que bens que no passado estiveram sob o domínio do demandado – bens pretéritos – também sirvam de amparo à obrigação reconhecida numa sentença condenatória.

Com o intuito de coibir que os devedores dissipem seu patrimônio, mediante alienação ou oneração de bens, prejudicando seus credores e escarnecendo dos trabalhos jurisdicionais, manifesta-se o instituto da fraude à execução, a permitir que a execução alcance bens que estejam sob o domínio de terceiros, que não o demandado (CPC, art. 593, V).

O repúdio a atos fraudulentos da execução é um instituto de natureza eminentemente processual² (PONTES DE MIRANDA, 1976, p. 457) que se reporta à conduta de quem deve manter, durante o desenrolar de um processo, patrimônio suficiente para suportar eventual execução sobre seus bens. Entende-se que:

Sempre, pois, que o devedor procura desfazer-se de seu patrimônio ou desfalcá-lo, a ponto de não mais suportar os encargos de suas obrigações, o exercício do seu direito está lesando de direito de terceiro, ou seja, o credor. O direito de proprietário, portanto, somente não tem limite enquanto não esbarra no direito alheio; se isso acontece, o proprietário, a pretexto de exercer um direito, está praticando ato ilícito. (LIMA, 1991, p. 438)

Por diversos modos, podem os devedores frustrar seus credores no trâmite de um processo, fraudando a execução, com base no art. 593, que enuncia duas condutas básicas em seus incisos I e II, além da possibilidade de a legislação especificar outras formas de se fraudar a execução na norma de encerramento de seu inciso III:

Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real;

2 Convém mencionar que a fraude de execução constitui também um instituto de direito penal, pois, nos termos do art. 179 do Código Penal, constitui crime punível com detenção de seis meses a dois anos a conduta de “fraudar execução, alienando, desviando, destruindo ou danificando bens ou simulando dívidas.”

II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

III – nos demais casos expressos em lei.

O recado da lei é evidente: é condicionada aos interesses do demandante a disponibilidade do patrimônio daquele que, só pelo efeito da citação,³ já conhece sua condição de demandado em processo de conhecimento ou de execução (CÂMARA, 2008, p. 204; CAHALI, 2002, p. 580) ou até mesmo cautelar para alguns (CAIS, 2005, p. 137). Trata-se, bem se vê, de norma extraída do dever geral de boa-fé processual, que orienta a conduta das partes desde a fase preambular do processo até eventual satisfação material de quem houver se mostrado, de acordo com as leis e as provas colhidas, detentor de razão processual, cujo descumprimento implica ato atentatório à dignidade da justiça (CPC, art. 600, I). Não fosse por tal previsão, a garantia constitucional de acesso à justiça⁴ seria uma promessa bem vã, incapaz de demover os indivíduos do ímpeto de resolução de seus conflitos pela força bruta da autotutela.

2 A inafastabilidade da jurisdição como cânone hermenêutico das hipóteses de fraude à execução

Se é certo que a lei não pode restringir aos indivíduos o acesso a uma ordem jurídica justa (CF, art. 5º, XXXV), é elementar que esteja o legislador obrigado a editar leis que evitem que o demandado possa, por suas manobras cavilosas, frustrar o escopo de pacificação social da jurisdição. Além disso, deve o hermeneuta desconfiar de uma interpretação assaz restritiva das hipóteses legais de fraude à execução, dando-a por aprioristicamente incorreta do ponto de vista de uma leitura constitucional da legislação ordinária. A inafastabilidade da jurisdição, e sua oponibilidade ao legislador, ao julgador e ao demandado,

3 Em comentário ao inciso II do art. 593 do CPC, Bueno (2008, p. 221) corrobora a ideia lançada ao discorrer que “o melhor entendimento para o dispositivo é o de ser suficiente a citação do devedor, mesmo antes da constituição do título executivo, isto é, independentemente do início da prática dos atos executivos.” Sem embargo, se por meios outros se demonstrar que o demandado já tinha ciência da existência da demanda aforada, também poderá ser considerada fraudulenta a alienação (CÂMARA, 2008, p. 204). Em sentido ainda mais garantista do processo, há quem entenda que o ajuizamento da demanda é o marco, e dele se pode aferir o caráter fraudulento de alienações ou onerações de bens ou rendas. (CAIS, 2005, p. 132-133; CAHALI, 2002, p. 569-578)

4 CF, art. 5º, XXXV: “A lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

é o cânone hermenêutico para uma boa compreensão do instituto da fraude à execução e de suas diversas hipóteses.⁵

A propósito, é bom que se tenha em mente que essa postura hermenêutica não é mera opção doutrinária, pois, nos termos do inciso I do art. 600 do CPC, considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que fraudava a execução, a significar que o intérprete está proibido, por lei, de desconsiderar o caráter processual do instituto.

É exatamente a inafastabilidade da jurisdição que orienta o intérprete assisado, para que reconheça que não existem apenas duas formas básicas de fraude à execução – aquelas descritas nos incisos I e II do art. 593. A disposição de seu inciso III é uma demonstração de que, sem perturbar as hipóteses anteriores, a lei pode especificar outras formas de fraude à execução a par das existentes.

Assim, salvo inequívoca intenção do legislador de dar por revogadas ou derogadas as normas dos incisos I e II do art. 593 do CPC, as demais normas que tratam remota ou diretamente da fraude à execução devem ser entendidas como novas hipóteses, a par das existentes, que não excluem nem diminuem a amplitude das normas básicas desses dois incisos. Desse modo, não se viola a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, não se evita aplicação a toda a vocação dos incisos I e II em comento, não se nega vigência ao inciso III e não se violam as normas dos §§ 1º e 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no ponto em que estabelecem:

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

5 Importante mencionar o seguinte excerto do voto do Min. Eduardo Ribeiro no REsp n. 2.053, DJ de 24/9/1990, que, ao tempo em que assentava a necessidade de citação do demandado como requisito para a fraude à execução, ponderou que, sem que se reputasse ineficaz a alienação de bens pelo demandando fraudador, frustrar-se-ia o bom exercício da jurisdição: “A sanção – ineficácia da alienação – é sem dúvida severa. Compreende-se que o seja, em vista da necessidade, que transcende ao interesse das partes, de assegurar o proveitoso exercício da função jurisdicional. Não se me afigura razoável, entretanto, fazê-la incidir quando o alienante sequer tem conhecimento de que ajuizada demanda. Nem se diga que saberia da existência da dívida. Basta assinalar que o dispositivo aplica-se também ao processo de conhecimento de conteúdo condenatório.”

A lição de Maximiliano (2009, p. 292) sobre sucessão de leis é de todo pertinente:

Pode ser promulgada nova lei, sobre o mesmo assunto, sem ficar tacitamente ab-rogada a anterior: ou a última restringe apenas o campo de aplicação da antiga; ou, ao contrário, dilata-o, estende-o a casos novos; é possível até transformar a determinação especial em regra geral. Em suma: a incompatibilidade implícita entre duas expressões de direito **não se presume**; na dúvida, se considerará uma norma conciliável com a outra. O jurisconsulto Paulo ensinara que as leis posteriores se ligam às anteriores, se lhes não são contrárias; e esta última circunstância precisa ser provada com argumentos sólidos: *Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrario sint idque multis argumentis probatur.*

Partindo desse pressuposto, as normas dos incisos I e II do art. 593 do CPC não foram revogadas, tampouco derogadas pela Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), no ponto em que estabeleceu, originalmente em seu art. 245, nova hipótese de fraude de execução (MARQUES, 1976, p. 49) quando praticada em sucessivas transações por alienante diferente do demandado, ao estabelecer que “a inscrição da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior.”

Posteriormente, por força da Lei nº 6.216, de 30 de junho de 1975, reenumerou-se e deu-se nova redação a esse dispositivo, o qual passou a figurar como o art. 240 da Lei nº 6.015, de 1973, nos seguintes termos: “O registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior.”

Como se vê, quer em sua redação original, quer em sua redação nova, a referida norma tem incidência restrita às transações que sejam posteriores à primeira alienação efetivada diretamente pelo demandado, a qual é regida pelo disposto no inciso II do art. 593 do CPC.⁶

De modo redundante, a norma do art. 240 da Lei nº 6.015, de 1973, foi em parte reiterada pela Lei nº 8.953, de 13 de dezembro de 1994, que fez inserir no § 4º do art. 659 do CPC uma norma procedimental, segundo a qual a penhora de imóveis, para sua perfeição, deveria ser levada a registro: “A penhora de

6 Ao contrário das normas da Lei de Registros Públicos, as disposições do art. 593 do CPC não aludem a “transação” ou a bilateralidade da transação. Dado seu caráter estritamente processual, tal norma só pode cuidar da conduta do demandado, e não de terceiros ao processo. Daí reportar-se o inciso II do art. 593, unicamente, à “alienação” ou à “oneração” como um ato próprio do demandado, unilateralmente praticado, que em determinadas situações será reputado como fraudulento para fins processuais.

bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora e inscrição no respectivo registro.”

Embora tenha calado a respeito da finalidade da “inscrição no respectivo registro”, é razoável supor que tal norma⁷ tinha por finalidade assegurar a prova da fraude das “transações posteriores” a que alude o já citado art. 240 da Lei nº 6.015, de 1973, deixando a alienação anterior, quando praticada pelo demandado, sob os auspícios do inciso II do art. 593 do CPC. Em esclarecimento de tal questão, a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, e, posteriormente, a Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, deram nova redação ao § 4º do art. 659 do CPC, para estipular que o registro da penhora terá por finalidade conceder em prol do exequente a presunção absoluta de conhecimento da constrição por terceiros. Eis o texto em vigor:

§ 4º A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial.

Entenda-se: os terceiros aos quais alude esse dispositivo legal são os subadquirentes dos bens em contextos de transações sucessivas (art. 240 da Lei nº 6.015, de 1973). Trata-se de norma que amplia a garantia da inafastabilidade da jurisdição em favor do exequente, que poderá submeter à execução também bens transacionados em fraude à execução por alguém diferente do executado, bastando que averbe a penhora no ofício imobiliário pertinente; seu propósito é coibir a malícia dos sucessivos alienantes, ainda que não sejam participantes do processo. Não é norma inspirada pela proteção da boa-fé dos subadquirentes, embora possa ter essa propriedade de forma reflexa, quando não haja prova nem presunção de má-fé do alienante. É que, em princípio, não há fraude sem dolo ou culpa, de modo que a averbação da penhora está para os sucessivos alienantes assim como está a citação para o demandado (CPC, art. 593, II). Assim, como

7 Não é demais notar que a disposição do § 4º, ao contrário do que se chega a afirmar atualmente nos tribunais, como adiante se explanará, nunca jamais se referiu a bens móveis.

após a citação, independentemente de penhora ou de seu registro,⁸ existe, por força de lei, presunção absoluta de fraude por parte do demandado que aliena seus bens durante a pendência de um processo, a ponto de se tornar insolvente, a fraude é presumida de modo absoluto nas sucessivas transações posteriores ao registro da penhora contra os subadquirentes, que não podem se dizer ignorantes quanto à litigiosidade do bem transacionado.

Assim, o § 4º do art. 659 do CPC, que em nenhum momento menciona a palavra “fraude”, não revogou nem diminuiu a amplitude das normas dos incisos I e II do art. 593, que tratam da frustração da execução praticada pelo demandado que tem ciência de que em seu desfavor corre uma demanda. Trata-se, tão somente, de afirmar que terceiros, que não o demandado, podem se voltar contra o processo e praticar atos fraudatórios à execução, na linha da norma de encerramento do inciso III do art. 593, bastando que, para tanto, configure-se sua má-fé, a qual estará de pleno direito configurada pelo prévio registro da penhora.

Não é possível, assim, entender a norma do § 4º do art. 659 do CPC como restrição ao alcance das normas dos incisos I e II do art. 593, para que passe a se considerar que a má-fé do adquirente, após a inovação legislativa, passou a ser um requisito para configuração da fraude à execução, até mesmo quando praticada pelo demandado. Bem ao contrário, inspirada pela inafastabilidade da jurisdição, a referida norma vem a ampliar a possibilidade de o demandante ter seu direito satisfeito por meio de atividades executivas, no ponto em que estatui que não apenas o demandado pode fraudar a execução, como também todos aqueles que se sucederem na cadeia dominial de imóveis após averbação da penhora.

O registro da penhora de que trata o § 4º do art. 659 do CPC, além de indicar que não apenas o demandado pode praticar atos de fraude à execução, alinha-se com a hipótese ventilada no § 3º do art. 615-A do CPC, segundo a qual “Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593).” Isso significa que a alienação de bem com penhora averbada configura outra, e gravíssima (CAIS, 2005, p. 157),

8 Nesse sentido, assim se expressou a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp nº 2.597, Rel. Min. Cláudio Santos, publicado no DJ em 27/8/1990: “FRAUDE DE EXECUÇÃO. REGISTRO DE PENHORA. DESNECESSIDADE. Não se exige o registro da penhora para fins de caracterização de fraude de execução.” Em comentário ao inciso II do art. 593 do CPC, Pontes de Miranda (1976, p. 462) assim se expressou: “[n]ão há dúvida que se não exige o já ter sido feita a penhora, menos ainda inscrita; mas exige-se o curso, a pendência, portanto a citação, pelo menos iniciada (e.g., publicados, um dia que seja, os editais).”

situação de fraude à execução, que dispensa, até mesmo, a prova da insolvência do demandado (art. 593, II, CPC).

Não se pode pensar que depois da penhora, mas antes da averbação de que trata o § 3º do art. 615-A do CPC, esteja o executado livre para alienar o bem penhorado, espicaçando a dignidade da Justiça, pois, desde a citação, não estava sob seu arbítrio absoluto a disposição de seu patrimônio, sem deixar bens suficientes a suportar a execução. Dispor do bem ou onerá-lo nessa situação é resistir injustificadamente à autoridade do juízo, em atitude mais grave do que fazê-lo antes da aplicação da constrição; trata-se de tentativa de afronta direta a um ato estatal já consumado que, naturalmente, não pode ser oponível ao judiciário (DINAMARCO, 2009, p. 450). No entanto, ainda que assim não se entenda, a alienação após a penhora, mas antes da averbação, será fraudulenta, caso verificada a insolvência constante na norma genérica do inciso II do art. 593.

De interesse ao tema da fraude à execução, há também o disposto no art. 167, I, item 21, da Lei nº 6.015, de 1973, renumerado do art. 168, com nova redação dada pela Lei nº 6.216, de 1975, segundo o qual devem ser levadas a registro as “citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis.” Destaca-se que, nos termos do art. 169, *caput*, da Lei nº 6.105, de 1973, é obrigatório o registro de “todos os atos enumerados no art. 167.” Tal norma, em interpretação estrita de seus termos, que, ademais, não se refere a bens móveis, tem por efeito condicionar a amplitude do inciso I do art. 593 à averbação da citação no Registro de Imóveis, para, então, presumir-se fraudulenta a alienação de forma absoluta, na linha do que é sustentado pela doutrina:

Não basta, porém, a simples ação em juízo, já proposta, isto é, com a citação do réu (art. 263, 2ª parte, deste Código), para que a “fraude de execução” se caracterize de modo absoluto, envolvendo o terceiro adquirente. É indispensável a formalidade da inscrição da citação do réu em tais ações no Registro de Imóveis, referentes aos bens. (Decreto nº 4.857, de 9/11/1939, art. 178, letra a, VI e VII; e art. 79 e 281, que regulou os Registros Públicos; e, presentemente, desde 1º/1/1976, a Lei nº 6.015, de 31/12/1973, art. 168, I, letra t, e art. 169)

[...]

Com tal inscrição que passa a acompanhar o bem imóvel sempre que for solicitado seu “histórico”, nenhum terceiro poderá ignorar a situação, ante a possibilidade de o autor vencer a ação e, portanto, ter assegurado seu direito sobre o bem, onde quer que o mesmo esteja. A fraude decorrerá, assim, de presunção *juris et de jure*. Se, porém, a inscrição não for feita, a posição se alterará completamente em detrimento do autor-credor: a ele caberá provar então, pelos meios admitidos, que houve fraude, que o terceiro tinha ciência da ação etc. (LIMA, 1991, p. 447-450)

Reconheça-se que a regra tem também outra razão de ser: considerando-se que, em “ações reais ou reipersecutórias”, o autor normalmente conhece o bem que vindica, não lhe seria difícil ou impraticável alertar possíveis adquirentes sobre a litigiosidade da coisa, mediante a averbação da citação do demandado no registro competente. Com esse pequeno ato, razoavelmente exigível do autor, prestigia-se a boa-fé dos adquirentes e não se erige mais um obstáculo ao exercício eficaz da jurisdição.

Considerando-se que a exceção confirma a regra nos casos não excetuados, não há que se falar em obrigatoriedade de averbação da citação em outras demandas diferentes das “ações reais ou reipersecutórias”, tampouco quando o objeto de interesse do credor ou demandante for móvel.

Assim, se a demanda é condenatória genérica, cuja satisfação se dará com vistas à generalidade do patrimônio do devedor, englobando bens móveis e imóveis, incabível seria exigir do demandante que preambularmente realizasse uma pesquisa pormenorizada de todos os bens pertencentes ao demandado, para, então, proceder a diversos registros da citação e proteger os adquirentes. O processo, em tal caso, tornar-se-ia um fardo ainda mais pesado e caro ao demandante, em detrimento da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Outra modalidade de fraude à execução está disposta no art. 185 do Código Tributário Nacional (CTN), com a redação dada pela Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, segundo o qual se presume fraudulenta a oneração ou a alienação de bens, tão logo o crédito tributário seja regularmente inscrito como dívida ativa. Tal presunção só não persistirá se o sujeito passivo reservar bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita (parágrafo único).

Frise-se que a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, que regula a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, prevê a necessidade de que a penhora seja inscrita (art. 7º, IV, c/c art. 14), de modo semelhante às disposições legais que preveem o registro da penhora para facilitação da prova da má-fé do adquirente nas sucessivas transações.

Aqui, a legislação tributária dispensa o estado de litispendência, não exige que haja penhora, tampouco que haja seu registro (CTN, art. 185). Basta a ciência do sujeito passivo da inscrição na dívida ativa e a ausência de reserva de bens ou rendas suficientes para o total pagamento da dívida inscrita. É salutar que assim seja: dado o caráter obrigatório das atividades das procuradorias fazendárias, uma vez inscrito o débito em dívida ativa, após processo administrativo fiscal regular, notificado que seja o sujeito passivo, seguir-se-á a execução fiscal, em princípio, de modo obrigatório. Nesse caso, não faria sentido autorizar ao futuro executado dissipar seu patrimônio no período que medeia entre a inscrição em dívida ativa e o ajuizamento da execução fiscal. Não se trata, bem se vê, de tratamento especialmente benéfico à Fazenda, pois, nas demandas condenatórias ou mesmo nas demandas executivas ajuizadas pelos particulares, não existe nada assemelhado a uma inscrição do débito em dívida ativa.

3 A fraude à execução e a boa-fé

Considerando-se que, na norma do art. 593 do CPC, não se aludiu a “transação”, ou a “negócio jurídico”, ou a outra expressão que implique a ideia de bilateralidade, mas singelamente a atos praticáveis unilateralmente pelo demandado, que “aliena” ou “onera” bens, há que se dar por irrelevante o elemento subjetivo do adquirente. Aliás, dada sua própria natureza processual, tal norma nada diz nem pode dizer quanto à conduta de quem não é parte no processo e que participa culposa ou dolosamente de um negócio jurídico de dissipação patrimonial juntamente com uma contraparte maliciosa que se encontra movida, de pleno direito, pela ideia de lesar os interesses de outrem. Afirma o Min. Carlos Madeira, no voto lançado no Recurso Extraordinário nº 108.911-3/RS, publicado no **Diário da Justiça** em 22 de agosto de 1986:

Mas a fraude à execução é considerada em relação ao devedor executado, que vende o bem penhorado e não em relação aos adquirentes de boa-fé. A fraude se concretiza antes da inscrição da compra e venda no Registro de Imóveis. Não é a aquisição, mas a venda do imóvel que é fraudulenta.⁹

Com efeito, não consta no *caput* do art. 593 do CPC a palavra “aquisição”, apenas “alienação”. Além disso, o ato atentatório à dignidade da justiça de fraude à execução é, em princípio, privativo do demandado (art. 600, I). Portanto, o adquirente com quem o demandado se concerta para fraudar o demandante encontra-se, nos termos da lei, em condição de absoluta sujeição ante o processo em trâmite. Não se perquire a respeito da boa ou da má-fé de quem adquire bens do demandado. O risco de adquirir bens é, assim, do adquirente, que deve se cercar de garantias quanto à perfeição da avença e investigar a idoneidade patrimonial da pessoa de quem deseja adquirir determinado bem. Os interesses do terceiro não são oponíveis à dignidade da justiça nem ao demandante do alienante, mas unicamente à sua contraparte no negócio jurídico, a qual foi escolhida no exercício da autonomia da vontade. Sobre esse tema, não vacila a doutrina:

No plano do direito processual, é impertinente discutir-se o *consilium fraudis*: basta o fato da alienação ou gravame. Às vezes se fala de fraude à execução, mas a fraude, no caso, está *in re ipsa*.

À fraude à execução não se exige, pois, má-fé, ou culpa do adquirente ou possuidor. (PONTES MIRANDA, 1976, p. 447)

É preciso que não se intrometa no assunto da fraude à execução o elemento da culpa, nem, tampouco, do lado do adquirente, o elemento da má-fé. [...] O suporte fático da fraude à execução nada tem com o suporte fático da fraude contra credores. (PONTES MIRANDA, 1976, p. 464)

Ocorre fraude de execução nas hipóteses previstas no art. 593 do CPC. Há, entre todas essas situações, elementos comuns. O mais importante destes, sem dúvida, é a dispensa do *consilium fraudis*, ou seja, a dispensa do requisito subjetivo, consistente no concerto entre os sujeitos que praticam o ato, como elemento essencial para caracterização da fraude. (CÂMARA, 2008, p. 203)

⁹ <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=200193>>

A fraude pauliana exige o *consilium fraudis*, enquanto que na de execução a fraude está *in re ipsa*. (MARQUES, 1976, p. 47)

Na “fraude de execução”, porém, o elemento da má-fé é indiferente, tanto do devedor como do adquirente, presumida, em regra, *juris et de jure* [...]. (LIMA, 1991, p. 439)

Já a fraude à execução apresenta-se com maior gravidade e dispensa a prova do *consilium fraudis*, prescindindo, igualmente, da propositura de uma ação tendente a ver reconhecida tal fraude. (SILVA, 2002, p. 77)

Relevante lembrar que, anteriormente à atual Constituição Federal, à época em que se ocupava de resguardar a obediência às leis federais, o Supremo Tribunal Federal (STF) teve oportunidade de assentar que o elemento subjetivo do adquirente, no contexto de fraude à execução, é de todo desinfluyente. A propósito, citem-se os seguintes excertos:

Fraude à Execução. Nulidade da alienação, quando pendia demanda capaz de alteara o patrimônio do alienante, reduzindo-o a insolvência. Não se requer que em tal demanda haja penhora, e muito menos, que tenha sido inscrita. Nem há que cogitar de boa ou má-fé do adquirente. Art. 895 nº II do Código de Processo Civil. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, RE nº 75.349/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luís Gallotti, DJU de 21/12/1972)

Fraude à Execução. Não há cuidar, na espécie, da boa ou má-fé do adquirente do bem do devedor, para figurar a fraude. Basta a certeza de que, ao tempo da alienação, já corria demanda capaz de alterar-lhe o patrimônio, reduzindo-o à insolvência. Proposta à execução, desnecessária a inscrição da penhora para a ineficácia de venda posteriormente feita, sendo suficiente o desrespeito a ela, por parte do executado. Recurso não conhecido. (STF, RE nº 108.615/MG 2ª Turma, Rel. Min. Célio Borja, DJU de 1/8/1986. No mesmo sentido: STF, RE 108.911/RS 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Madeira, DJU de 22/8/1986)

Com efeito, não fazia sentido assentar o caráter processual do instituto e, ao mesmo tempo, estipular que a má-fé do adquirente seria um requisito, extraído do direito material, para configuração da fraude à execução.

Vale ponderar que esses dois últimos precedentes citados foram firmados numa época em que já vigia o art. 240 da Lei nº 6.015, de 1973, com a redação dada pela Lei nº 6.216, de 1975, no ponto em se passou a considerar que o registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior.

Entendiam os julgadores do STF, atentos para a expressão “qualquer transação posterior”, que o referido dispositivo legal regia um possível modo de provar a fraude de execução nas diversas transações sucessivas porventura ocorrentes após o registro da penhora, entretanto a alienação primitiva, quando praticada pelo demandado, estaria, de pleno direito, maculada por fraude nos termos do inciso II do art. 593 do CPC.

Essa preferência do ordenamento jurídico em prol da dignidade da justiça e secundariamente em favor dos interesses do demandante e em desfavor do terceiro que participa da fraude de execução baseia-se também na evidente boa-fé que anima alguém a buscar algum bem pela via do processo judicial e que, ao final, mostra-se vitorioso na demanda, enquanto que é de todo duvidosa a boa-fé do terceiro que negocia com um alienante malicioso. Em casos assemelhados, a pressa na negociação, o preço irrisório recebido, a proximidade familiar entre os contratantes e a injustificável ausência de cautelas por parte do alienatário, que não obtém certidões do ajuizamento de demandas no distribuidor nos foro da situação do imóvel, se for o caso, e do domicílio do devedor formam a tônica que normalmente anima alienante e alienatário.¹⁰

Então, seria um rematado disparate confiar a quem não se mostrou vitorioso no processo a prerrogativa de, a qualquer tempo, a partir da data da citação, até a penhora ou em momento posterior, definir, por meio da malícia e da fraude, se a jurisdição será ou não capaz de conferir, no plano dos fatos, a quem tem razão, exatamente aquilo a que faria jus do ponto de vista do direito material.¹¹

10 Nos termos do art. 1º, §§ 2º e 3º, da Lei nº 7.433, de 1985, na lavratura de atos notariais, até mesmo os relativos a imóveis, além dos documentos de identificação das partes, deverão ser apresentados documento comprobatório do pagamento do imposto de transmissão *inter vivos*, as certidões fiscais, feitos ajuizados e ônus reais, ficando dispensada sua transcrição. Porém, tais documentos e certidões devem ser mantidos em cartório, em original ou em cópias autenticadas.

11 No julgamento do RE 108.615-7/MG mencionado, o Min. Célio Borja ponderou que a má-fé da devedora se realçava ainda mais diante da circunstância de o bem imóvel ter sido nomeado à penhora em outubro de 1978 e vendido em março de 1979. Ora, sufragar o entendimento de que não há fraude antes do registro da penhora ou sem a comprovação da má-fé do adquirente significa, no mais das vezes, premiar comportamentos traiçoeiros como esse do executado que, intimado, nomeia um bem à penhora, no intuito de procrastinar e frustrar a jurisdição com sua posterior venda antes do registro que se venha a fazer do ato construtivo judicial.

A homenagem à boa-fé do alienatário em oposição ao bom exercício da jurisdição e aos legítimos interesses do demandante, em qualquer caso que não esteja explicitamente contemplada na lei processual, não pode ser levada em consideração, a menos que se declarem inconstitucionais as normas processuais cogitadas, ou que se apliquem esdruxulamente normas e preceitos do direito privado e contratual a um instituto previsto em leis de direito público e processual, descurando-se do fundamental preceito de hermenêutica de que trata Maximiliano (2009, p. 246):

Preceito preliminar e fundamental da Hermenêutica é o que manda definir, de modo preciso, o caráter especial da norma e a matéria de que é objeto, e indicar o ramo de Direito a que a mesma pertence, visto variarem o critério de interpretação e as regras aplicáveis em geral, conforme a espécie jurídica de que se trata.

O terceiro adquirente, por não ser parte no processo, não pode ter sua conduta avaliada de qualquer forma pelo Judiciário, sem que se lhe oportunize o contraditório. Não tem o demandante, portanto, o ônus de alegar¹² ou de provar a má-fé do terceiro adquirente, até mesmo porque, com este, não possui nenhuma relação jurídica. A alienação tem por intervenientes, exclusivamente, o alienante e o adquirente. O demandante lesado é um terceiro que ordinariamente desconhece o adquirente do ponto de vista do negócio jurídico fraudador. Ao contrário, como se adiantou, ainda que esse esteja inocente, suportará os efeitos da execução sobre os bens recebidos de quem tinha por intenção fraudar expectativa alheia.

Concluir não se vá que se encontre desamparado pelo ordenamento jurídico o terceiro de boa-fé que culposamente não investigou a situação patrimonial de seu contratante, solicitando certidões nos distribuidores cíveis e criminais do domicílio do alienante e, eventualmente, do foro da situação do imóvel, e que, em razão dessa desídia, veio a perder o bem adquirido do alienante fraudador.

Ocorrida a evicção do bem recebido do fraudador, cabe ao adquirente entender-se com o alienante ou ajuizar-lhe outra demanda, a fim de se ressarcir

12 Quando se diz que o demandante não tem o ônus de alegar determinada questão, entende-se que tal é irrelevante para o deslinde de seu pedido.

dos prejuízos emergentes da execução em desfavor do alienante: tal é a norma constante dos art. 447 e seguintes do CPC. É do adquirente o risco da evicção, e do alienante o ônus de garantir efetividade sobre a coisa, tal qual assinala a doutrina de Pereira (2010, p. 118):

[...] adquirente tem direito a receber a prestação que lhe deve o alienante, se este não era titular de um direito estreme de dúvidas, será chamado a assegurar o adquirente contra as pretensões de terceiros, e a responder pelas consequências da vitória destes no pleito que se ferir. Noutros termos, o alienante deve ao alienatário garantia e defesa contra qualquer terceiro que, fundado em um vício do direito daquele, prive ou pretenda privar o adquirente, total ou parcialmente, do uso pacífico da coisa.

Caso, porém, queira-se colocar a discussão do elemento subjetivo do adquirente em caráter prejudicial do demandante, inovando-se em nossa tradição processual, há que se esperar a atitude de promoção pelo interessado de embargos de terceiro (CPC, art. 1.046-1.054), e não atuar o julgador de ofício, de modo que se obste a indicação do bem alienado em fraude à execução sob o argumento de que não houve prova da má-fé do adquirente (CPC, art. 2º). Tal máxima vale tanto para os adquirentes de primeira mão que obtêm o bem diretamente do demandado fraudador, como também para os subadquirentes em contextos de transações sucessivas, quando não exista averbação de penhora.

Há que se exigir também que o ônus de provar a boa-fé recaia sobre quem a alega (CPC, art. 333, I¹³), caso em que haveria em favor do demandante ou embargado presunção relativa de concurso do adquirente na fraude praticada pelo demandado. Afinal, não é minimamente razoável fazer recair sobre o exequente o ônus de provar que o alienatário não providenciou a extração de certidões nos distribuidores cíveis e criminais, da justiça federal, estadual e do trabalho, dos foros do domicílio do alienante e da situação da coisa, cuidados básicos que costumam ter os adquirentes diligentes e de boa vontade. Tal é a solução proposta por Cahali (2002, p. 683), se se pretende trazer à discussão na fraude à execução a questão da boa-fé do adquirente:

13 Lei nenhuma exige que o exequente alegue a má-fé do adquirente. Basta-lhe alegar que a alienação, e não a aquisição, foi fraudulenta. Nesse sentido, é o adquirente que tem o ônus de alegar e de provar sua boa-fé em embargos de terceiro.

Em sede de fraude de execução, contudo, em função da própria natureza do instituto, que pressupõe a pendência de uma ação contra o devedor, capaz de reduzi-lo à insolvência, impõe-se reconhecer, à força de nossa tradição jurídica, pelo menos uma presunção de fraude ainda que relativa (presunção *juris tantum*).

Ao fim e ao cabo, portanto, não se confunde a “fraude à execução” com o instituto de direito material denominado “fraude contra credores”, previsto nos art. de 158 a 165 do Código Civil (CC), como modalidade de vício social que macula de nulidade os negócios jurídicos (CC, art. 171, II).

A configuração da fraude contra credores não depende do estado de litispendência. Basta que o devedor realize negócios de transmissão gratuita de bens ou de remissão de dívida, se os praticar já insolvente, ou se por eles for reduzido à insolvência, ainda quando o ignore (CC, art. 158). Também se configuram fraude contra credores os negócios jurídicos onerosos, quando a insolvência do devedor for notória, ou quando houver razão suficiente para que se repute conhecida do adquirente (CC, art. 159). Em tais casos, os credores lesados poderão pleitear a anulação dos negócios jurídicos, demonstrando tão somente a situação de insolvência do devedor nos casos dos negócios gratuitos ou de remissão de dívida, ou o *consilium fraudis* nos negócios onerosos.

A ineficácia perante o demandante da alienação dos bens do demandado é doutrinariamente entendida como um traço distintivo da fraude de execução (BUENO, 2008, p. 220; ASSIS, 2002, p. 444; PONTES DE MIRANDA, 1976, p. 447; CÂMARA, 2008, p. 205; MARQUES, 1976, p. 47; SILVA, 2002, p. 77; BUENO, 2008, p. 220; DINAMARCO, 2009, p. 427). Aquele poderá executar bens que já não mais pertençam ao patrimônio deste, desde que configurada a fraude de execução (CPC, art. 592, V), ainda que esteja inteiramente bem intencionado o adquirente que interveio no negócio jurídico de dissipação ou oneração indevida de bens. A fraude à execução é decidida, então, como uma mera questão incidental no processo.

Diversamente, a alienação do bem pelo devedor não é **ineficaz** em relação ao credor prejudicado pela fraude de que tratam os art. 158 e seguintes do CC. Desse modo, a fim de resguardar seus direitos, o lesado deverá propor, dentro do prazo decadencial de quatro anos (CC, art. 178, II), uma demanda judicial de natureza desconstitutiva, conhecida como “ação pauliana”, a fim de obter invalidação do

negócio jurídico. Haverá, então, um processo sob os auspícios do contraditório e da ampla defesa, com citação do devedor e de sua contraparte, em litisconsórcio passivo necessário, na qual a fraude contra credores será decidida *principaliter*.

Conclui-se que a fraude de execução é um instituto de direito processual que tem por escopo o resguardo da utilidade e do respeito à jurisdição, e que a fraude contra credores é instituto de direito material, que tem por escopo o resguardo de direitos creditórios. No primeiro caso, é indispensável a pendência de um processo; no segundo caso, a fraude pode ocorrer independentemente da existência de relação processual.

Na fraude à execução, sanciona-se, por meio de decisão interlocutória, objetivamente a conduta do demandado que, por força de lei, é considerada maliciosa. Já na fraude contra credores, sempre decidida por sentença, quanto aos atos gratuitos, sanciona-se também objetivamente a conduta do devedor, isto é, sem se perquirir acerca de aspecto subjetivo (intuito malicioso), e, quanto aos atos onerosos, tem-se em mira a configuração do conluio fraudulento, ou seja, a prova do intuito fraudatário entre alienante e adquirente.

4 A fraude à execução na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Todas essas considerações parecem, no entanto, questionadas pela redação que foi dada ao enunciado 375 da súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), publicado no **Diário da Justiça Eletrônico**, em 30 de março de 2009, por força de decisão da Corte Especial do referido Tribunal, que dispõe: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente.” Segundo o órgão oficial de comunicação, tal verbete teve como precedentes os seguintes julgados, aqui indicados em ordem decrescente de antiguidade de publicação: AgRg no AG 4.602/PR, 4ª Turma, j. 4/3/1991, DJ 1º/4/1991; AgRg no Ag 54.829/MG, 4ª Turma, j. 12/8/1997, DJ 20/2/1995; REsp 40.854/SP, 4ª Turma, j. 12/8/1997, DJ 13/10/1997; REsp 140.670/GO, 3ª Turma, j. 14/10/1997, DJ 9/12/1997; EResp 114.415/MG, 2ª Seção, j. 12/11/1997, DJ 16/2/1998; REsp 135.228/SP, 3ª Turma, j. 2/12/1997, DJ 13/4/1998; REsp 186.633/MS, 4ª Turma, j. 29/10/1998, DJ 1º/3/1999; REsp 123.616/SP, 3ª Turma, j. 24/11/1998, DJ 1º/3/1999;

REsp 193.048/PR, 4ª Turma, j. 2/2/1999, DJ 15/3/1999; REsp 66.180/PR, 4ª Turma, j. 27/4/1999, DJ 30/8/1999; EREsp 144.190/SP, 2ª Seção, j. 14/9/2005, DJ 1º/2/2006; REsp 739.388/MG, 1ª Turma, j. 28/3/2006, DJ 10/4/2006; REsp 734.280/RJ, 2ª Turma, j. 1º/3/2007, DJ 15/3/2007; EREsp 509.827/SP, 2ª Seção, j. 25/4/2007, DJ 29/6/2007; REsp 944.250/RS, 2ª Turma, j. 7/8/2007, DJ 20/8/2007; REsp 943.591/PR, 4ª Turma, j. 19/6/2007, DJ 8/10/2007; REsp 921.160/RS, 3ª Turma, j. 8/2/2008, DJe 10/3/2008; REsp 493.914/SP, 4ª Turma, j. 8/4/2008, DJe 5/5/2008; AgRg no REsp 1.046.004/MT, 2ª Turma, j. 10/6/2008, DJe 23/6/2008; REsp 810.170/RS, 2ª Turma, j. 12/8/2008, DJe 26/8/2008; REsp 865.974/RS, 1ª Turma, j. 2/9/2008, DJe 10/9/2008.

Com efeito, em frontal colisão ao estatuto processual civil brasileiro, essa disposição sumular, a título de exprimir sinteticamente diversos precedentes do STJ, tem por efeito erigir, alternativamente, dois estranhos requisitos à configuração da fraude de execução: o registro da penhora do bem alienado ou a prova da má-fé do terceiro que adquire o bem do demandado.

4.1 Os precedentes pioneiros

Inicialmente, na linha da jurisprudência consagrada pelo STF e das lições doutrinárias sobre fraude à execução, o STJ considerava que a fraude dependeria da prova da má-fé do adquirente apenas em contextos de transações sucessivas, conforme autorizaria uma interpretação da disposição do art. 240 da Lei nº 6.015, de 1973. Quando se tratava de alienação fraudulenta praticada diretamente pelo demandado, não se indagaria a respeito da má-fé do adquirente, pois, para o sistema processual, só importaria a fraude na alienação, e não na aquisição ou no negócio jurídico em sua dimensão bilateral.

Veja-se que no AgRg no AI nº 4602/PR, que teve como relator o Min. Athos Carneiro, cujo acórdão foi publicado no **Diário da Justiça** em 1º/4/1991, primeiro julgado no rol dos precedentes que deram ensejo à formulação do verbete sumular, terceiros embargantes, na qualidade de adquirentes de “segunda mão”, buscavam a desconstituição de penhora sobre imóvel, sob o argumento de que, nos termos do art. 240 da Lei nº 6.015, de 1973, com redação dada pela Lei nº 6.216, de 1975, é o registro da penhora que faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior. Os embargantes, que não haviam adquirido o imóvel diretamente do demandado,

mas do primeiro adquirente, conseguiram o reconhecimento de que essa segunda alienação não poderia ser considerada ineficaz.

Nessa primeira oportunidade, sopesando a peculiar situação apurada nos autos, o STJ, afastando a incidência da genérica norma do art. 593, II, do CPC, que não dispôs sobre necessidade de comprovação da má-fé do adquirente, privilegiou a especificidade da norma do art. 240 da Lei nº 6.015, de 1973, com a redação dada pela Lei nº 6.216, de 1975, que tem incidência para assentar que o registro da penhora é um dos meios de prova da fraude à execução em relação às transações posteriores. O segundo adquirente, que não transacionou diretamente com o proprietário primitivo, não poderia, em tal situação, imaginar que o bem que adquiria poderia ser objeto de interesse num processo judicial, conforme pontuou o Relator e condutor do acórdão:

Vale reafirmar o asseverado na decisão recorrida, eis que comprovadamente o adquirente agiu de boa-fé, adquirindo bem que figurava no registro imobiliário como livre e desempedido, não podendo imaginar que em outra comarca, em outro Estado, corria ação contra anterior proprietário do bem.

Vale sublinhar que os embargantes de terceiro são adquirentes em “segunda mão”, pois o apartamento foi inicialmente vendido pelos diretores da ETESA a Walter Mendes de Lacerda, em 08.07.83, com registro em 18.08.1983, e este o revendeu aos ora agravados. Consoante a Lei n. 6.015, de 31.12.73, em vigor a partir de 01.01.76, é o registro da penhora que “faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior” (art. 240). No caso, a penhora foi efetuada **após** a venda do imóvel. (grifei)

Considerando que, a par das disposições genéricas do inciso II do art. 593, existia outra mais específica regedora da fraude à execução quando praticadas sucessivas transações, diante do critério da especialidade,¹⁴ o STJ, nesse primeiro julgado da série de precedentes da Súmula nº 375, aplicou a norma do art. 240 da Lei nº 6.015, de 1973.

Em outras palavras, considerou-se que a necessidade de provar a má-fé do adquirente quanto às transações posteriores, trazida pela Lei nº 6.015, de 1973,

14 “Entre duas disposições à primeira vista aplicáveis ao caso em apreço, prefere-se a que mais direta e especificamente se refere ao assunto de que se trata: *illud potissimum habetur quod ad speciem directum est*: ‘prefira-se aquilo que concerne diretamente à espécie em apreço.’”(MAXIMILIANO, 2010, p. 219).

não revogou a norma do inciso II do art. 593 do CPC, que continua tendo sua pertinência para assentar como fraudulenta a alienação primitiva praticada pelo demandado insolvente ou por ela reduzido à insolvência.

Em rigor, portanto, decidiu-se, no AgRg no AI nº 4602/PR, que a norma do art. 240 da Lei nº 6.015, de 1973, estatui mais um caso de fraude à execução, além dos já descritos nos incisos I e II do art. 593 do CPC. Incorrem em fraude à execução não somente o demandado que dilapida diretamente seus bens, mas todos os demais adquirentes e alienantes da cadeia patrimonial que tenham agido com intuítos cavilosos.

Forte nessas premissas, em consonância com o que fora julgado AgRg no AI nº 4.602/PR, já comentado, o STJ chegou a julgamento semelhante no AgRg no AI nº 54.829-5/MG, indicado como segundo precedente da série da Súmula n. 375, cujo acórdão relatado e redigido pelo Min. Antônio Torreão Braz, foi publicado no Diário da Justiça em 20 de fevereiro de 1995. Na hipótese, como se tratava de bem alienado por terceiro que não o devedor, achou-se por bem resguardar-se a boa-fé do adquirente.

Representativo também foram os Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 114.415/MG, relatado pelo Min. Eduardo Ribeiro, cujo acórdão, publicado no **Diário da Justiça** em 16/2/1998, ficou assim ementado:

Bem penhorado. Alienação feita por quem o adquirira do executado. Hipótese anterior à vigência da Lei 8.953/94.

Não registrada a penhora, a ineficácia da venda, em relação à execução, depende de se demonstrar que o adquirente que não houve o bem diretamente do executado, tinha ciência da constrição. Prevalência da boa-fé.

Em voto-vista, o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, em consonância com o voto proferido pelo Relator, ponderou:

Certo é que a ineficácia decorrente da fraude de execução afeta as alienações posteriores. Mas é de aduzir-se, desde que tivesse ciência o adquirente de que contra o(s) anterior(es) proprietário(s) incidissem as circunstâncias que autorizam o reconhecimento da fraude de execução, nelas incluída a ciência de ação em curso, com citação efetuada.

De modo semelhante, reconheceu-se que, em relação às transações sucessivas, seria necessária a prova da má-fé do adquirente para se configurar a fraude à execução nos seguintes julgados, todos indicados como precedentes da Súmula nº 375 do STJ: REsp 135.228/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 2/12/1997, publicado no DJ em 13/4/1998; REsp 123.616/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 24/11/1998, publicado no DJ em 1º/3/1999.¹⁵

O tema voltou à discussão nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 144.190-SP, relatado pelo Min. Ari Pargendler, cujo acórdão foi publicado no **Diário da Justiça** em 1º/2/2006, excerto também indicado no histórico da Súmula nº 375. Na ocasião, reiterou-se a necessidade de comprovação da má-fé na alienação de “segunda mão”, ocasião em que o Min. Fernando Gonçalves aludiu que, no julgamento dos EREsp nº 114.415/MG, anteriormente comentado, a Segunda Seção pacificara a matéria.

4.2 Os precedentes mais recentes

Apesar dos referidos precedentes e de já pacificada a matéria em duas oportunidades (EResp nº 114.415/MG, DJ de 16/2/1998 e EREsp 144.190/SP, DJ de 1º/2/2006), no sentido de que a boa-fé do adquirente seria requisito para configuração da fraude à execução apenas na hipótese de o bem ter sido transferido por quem o adquirira previamente do demandado, o STJ passou a considerar que a boa-fé do adquirente deveria sempre ser infirmada por quem pretendesse executar um bem alienado em fraude à execução, mesmo nas alienações realizadas pelo demandado.

O primeiro julgado dessa nova orientação que consta no rol dos precedentes que deram ensejo à formulação da Súmula nº 375¹⁶ é o REsp nº 40.854/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, publicado no DJ em 13/10/1997, que foi ementado do seguinte modo:

15 Outros julgados, não indicados como precedentes da Súmula nº 375, também são exemplares dessa orientação: REsp nº 2.653/MS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 19/1/1990; Ag nº 9.500/SP, Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 17/6/1991; e REsp nº 9.789, Rel. Min. Athos Carneiro, publicado no DJ de 3/8/1992.

16 Embora não indicados expressamente na relação de precedentes que originaram o verbete 375 da súmula da jurisprudência do STJ, constatou-se que essa orientação já fora afirmada no referido tribunal nos seguintes julgamentos: REsp nº 4.132/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 2/10/1990; REsp 26.866/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, publicado no DJ de 16/12/1992; REsp nº 55.491/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 21/10/1996.

PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. ART. 593, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

Para que se tenha como de fraude à execução a alienação de bens, de que trata o inciso II do art. 593 do Código de Processo Civil, é necessária a presença concomitante dos seguintes elementos: a) que a ação já tenha sido aforada; b) que o adquirente saiba da existência da ação – ou por já constar no cartório imobiliário algum registro dando conta de sua existência (presunção *juris et de jure* contra o adquirente) – ou porque o exequente, por outros meios, provou que do aforamento da ação o adquirente tinha ciência; e, c) que a alienação ou a oneração dos bens seja capaz de reduzir o devedor à insolvência, militando em favor do exequente a presunção *juris tantum*.

Inocorrente, na hipótese, o segundo elemento supra indicado, não se configurou a fraude à execução.

Entendimento contrário geraria intranquilidade nos atos negociais, conspiraria contra o comércio jurídico, e atingiria a confiabilidade nos registros públicos.

Recurso especial conhecido e provido.

Retornando o tema à discussão com o REsp nº 140.670/GO, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, unânime,¹⁷ DJ 9/12/1997, apontado como o segundo precedente da Súmula nº 375, num caso em que se discutia se poderia ser considerada fraudulenta uma alienação realizada pelo demandado, assentou-se:

Na linha de precedentes desta Corte, não havendo registro da penhora, não há falar em fraude à execução, salvo se aquele que alegar a fraude provar que o terceiro adquiriu o imóvel sabendo que estava penhorado.

Na ocasião, foram mencionados o voto vencido do Min. Eduardo Ribeiro no julgamento do REsp nº 2.597/RS, DJ 27/8/1990; o REsp nº 55.491/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 21/10/1996; REsp nº 92.507/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José de Jesus Filho, DJ de 14/10/1996; REsp nº 76.063/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 24/6/1996.

¹⁷ De acordo com a certidão de julgamento, participaram do julgamento, além do relator, os Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro. Ausentes, justificadamente, os Ministros Costa Leite e Waldemar Zveiter.

Menciona-se que as peculiaridades fáticas existentes nos dois últimos precedentes lançados no julgamento do REsp nº 140.670/GO não autorizam a ilação de que serviriam como suporte para paradigmas ao que se estava decidindo. Tanto no REsp nº 92.507/RS como no REsp nº 76.063/RS, a alienação do bem fora efetivada antes da citação do demandado, o que, por si só, basta para afastar a possibilidade de fraude à execução, independentemente de quaisquer considerações sobre o subjetivismo do alienatário ou sobre a ausência de penhora ou de seu respectivo registro.

De forma lamentável, excetuando-se alguns excertos,¹⁸ normalmente essa nova orientação foi assentada em acórdãos que, a título de homenagear à própria jurisprudência do tribunal, apoiaram-se em precedentes relativos à exigência da citação do demandado ou da comprovação da má-fé do adquirente nas transações sucessivas, para concluir que, em evidente *non sequitur*, a má-fé do adquirente seria requisito da fraude à execução, até mesmo nas alienações de “primeira mão”.

Nesse caminho de aprovação do verbete, descurou-se que a jurisprudência, como fonte material de direito, tem sua força nas razões de decidir e no cotejo hábil que faz o julgador dos fatos com as normas legais e constitucionais. O dispositivo de uma decisão vale muito menos do que as razões expostas. Porém, no processo jurisprudencial de repetição de precedentes desconexos que culminou na aprovação da Súmula nº 375, atentando-se muito mais para os dispositivos dos julgados e para suas ementas do que para as razões e para os fatos debatidos, desconsiderou-se a seguinte lição de Maximiliano (2009, p. 149):

Versa o aresto sobre fatos, e entre estes é quase impossível que se nos deparem dois absolutamente idênticos, ou, ao menos, semelhantes sob todos os aspectos: ora qualquer diferença entre espécies em apreço obriga a mudar também o modo de decidir. É isto o que se depreende do dizer profundo de Dumoulin – *modica facti differentia magnam inducit juris diversitatem* – “pequena diferença de fato induz grande diversidade de direito”. Logo a citação mecânica de acórdãos não pode deixar de conduzir a erros graves.

18 Desse mal não sofre, por exemplo, o já mencionado REsp nº 40.854/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, publicado no DJ de 13/10/1997.

Bastante representativo desse equívoco é o julgamento do REsp nº 193.048/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 15/3/1999. Tratava-se de distrato de compra e venda de imóvel celebrado pelos executados em 4/7/1995, levado a registro em 24/10/1995, após a citação (9, 10, e 11/11/1994), após a penhora (28/8/1995), mas anteriormente ao registro do ato construtivo, embora ambos tenham sido registrados no mesmo dia (o registro do distrato foi protocolizado em 4/9/1995, e o registro da penhora foi protocolizado em 5/9/1995). Na ocasião, afirmou-se que “não registrada a ação e a penhora, a fraude de execução somente poderia ficar caracterizada se demonstrado o conhecimento daqueles fatos pelo adquirente”, e invocou-se como paradigma voto proferido no REsp nº 114.415/MG, o qual tratava de fraude à execução nas alienações sucessivas, impertinente, portanto, ao caso em debate.

Semelhantemente, no julgamento do REsp nº 493.914/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 5/5/2008, cujo objeto era o caráter fraudulento da alienação realizada pelo demandado já citado, decidiu-se pela necessidade do registro da penhora ou de prova da má-fé do adquirente, a cargo do credor, para configuração da fraude à execução. Para tanto, foram citados o EREsp nº 144.190/SP, Segunda Seção, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 15/9/2005, e o REsp nº 45.453/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 17/3/1997, os quais tratavam da fraude à execução em transações sucessivas, e não da alienação primitiva realizada pelo demandado fraudador.

E não é só.

No REsp nº 734.280/RJ, Segunda Turma, Rel. Eliana Calmon, DJ de 15/3/2007, cujo objeto era alienação de “primeira mão”, aludiu-se como paradigma, nas razões de decidir, ao que fora decidido no AgRg no Ag nº 45.871/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 19/12/2002. Entretanto, não havia relação de pertinência entre o que se julgava e o paradigma citado, o qual versara sobre a venda feita por sócio da pessoa jurídica executada anteriormente à citação daquele em redirecionamento da execução fiscal.

No REsp nº 739.388/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 10/4/2006, em que se discutia o caráter fraudulento da alienação de “primeira mão” por sócios-gerentes de sociedade executada antes das citações destes em redirecionamento de execução fiscal, e que, só por esse fato, logicamente

não poderia figurar no rol de precedentes do verbete sumular, considerou-se necessária a prova da má-fé de quem adquire o bem diretamente do demandado.¹⁹

Alude-se derradeiramente ao REsp nº 944.250/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 20/8/2007, também indicado como precedente da Súmula nº 375, em que se discutia, numa execução fiscal, o caráter fraudulento da alienação de “primeira mão”, o qual foi assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO. ALIENAÇÃO DO BEM. PENHORA NÃO ANOTADA NO DETRAN. BOA-FÉ DO ADQUIRENTE. ART. 535 DO CPC.

1. Afasta-se a suscitada violação do art. 535 do CPC quando não se verifica nenhuma de suas hipóteses.

2. Para que reste configurada a fraude à execução é necessário que: a ação já tenha sido aforada e que haja citação válida; que o adquirente saiba da existência da ação, ou por já constar no cartório imobiliário algum registro (presunção *juris et de jure* contra o adquirente), ou porque o exequente, por outros meios, provou que dela o adquirente já tinha ciência e a alienação ou a oneração dos bens seja capaz de reduzir o devedor à insolvência, militando em favor do exequente a presunção *juris tantum*.

3. Não basta a citação válida do devedor para caracterizar a fraude à execução, sendo necessário o registro do gravame no Cartório de Registro de Imóveis – CRI ou no Departamento de Trânsito – Detran, dependendo do caso. 4. Recurso especial não provido.

Além de o julgado acima reiterar o equívoco de apresentar nas razões de decidir paradigma de todo impertinente,²⁰ é representativo no ponto em que assentou a necessidade de registro da penhora de veículos como condição para configuração da fraude nas execuções fiscais (art. 14, I, da Lei nº 6.830, de 1980). Seu caráter exemplar é também extraído da fundamentação expendida, na qual, de forma explícita, tem-se a consagração da indistinção entre os institutos da fraude contra credores e da fraude à execução:

19 Em rigor, sem citação dos demandados no redirecionamento da execução fiscal, não há que se falar em fraude à execução. É um absurdo se perquirir de má-fé do adquirente, se nem ao menos a conduta do alienante é reputada pela lei como fraudulenta. Sem esse pressuposto lógico da fraude à execução, é superabundante a pesquisa sobre a má-fé do adquirente.

20 Mencionou-se no voto do relator o REsp nº 489.618/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ de 2/6/2003, o qual tinha por objeto fraude à execução em alienações sucessivas.

Em suma, nas hipóteses de comprador de boa-fé, somente ocorreria a presunção absoluta do *consilium fraudis* no caso de venda de bem penhorado ou arrestado se o ato construtivo estivesse registrado no CRI ou anotado no Detran, situação inexistente no feito.²¹

Segue-se que, para coroar a desrazão da Súmula nº 375, a qual é vazada em termos genéricos, sem distinguir as hipóteses de fraude à execução fiscal (art. 185 do CTNH), de fraude à execução em demandas fundadas em direito real (CPC, art. 593, I, c/c 167, I, item 20, da Lei nº 6.015, de 1973), de fraude à execução genérica praticada em alienação de “primeira mão” (CPC, art. 593, II) nem da fraude à execução em transações sucessivas (CPC, art. 593, III, c/c art. 240 da Lei nº 6.015, de 1973, e § 4º do art. 659 do CPC), o STJ, no julgamento do REsp nº 1.141.990/PR, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 19/11/2010, em interpretação restritiva do verbete sumular passou a considerar que “a lei especial prevalece sobre a lei geral (*lex specialis derogat lex generalis*), por isso que a Súmula nº 375 do Egrégio STJ não se aplica às execuções fiscais.”

Na ocasião, o relator e condutor do acórdão ponderou que:

[...] os precedentes que levaram à edição da Súmula nº 375/STJ não foram exarados em processos tributários nos quais se controverteu em torno da redação do artigo 185 do CTN, de forma que o Enunciado não representa óbice algum ao novo exame da questão.

Sem razão, pois alguns dos precedentes que levaram ao verbete em questão foram, sim, exarados em contextos de execução fiscal de dívida ativa tributária,²² nos quais se pontuou que não haveria fraude sem inscrição da penhora ou prova

21 Igualmente, no AgRg no REsp nº 1.046.004/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 23/6/2008, também incluído nos precedentes do verbete sumular, asseverou-se que: “[a] jurisprudência desta Corte Superior considera que ausente o registro de penhora ou arresto efetuado sobre o imóvel, não se pode supor que as partes contratantes agiram em *consilium fraudis*.” A propósito dessa igualação entre os institutos, discorreu Youssef Said Cahali: “[...] embora o art. 593, II, do CPC refira-se exclusivamente ao fato objetivo da insolvência, como causa da ineficácia do ato de disposição praticado pelo devedor já demandado, a jurisprudência mais atualizada vem incursionando fracamente [sic] em sede de *consilium fraudis*, com a aplicação de regras que são próprias da ação pauliana (art. 106 e 107 do CC, art. 158 e 159 do Novo Código Civil), com vistas a preservação da eficácia do ato alienatório praticado pelo devedor no curso da demanda, se de boa-fé o adquirente.” (CAHALI, p. 680-681.)

22 Frise-se que a Lei Complementar nº 118, de 2005, teve a propriedade, unicamente, de fazer excluir do art. 185 do CTN a exigência de citação na execução para a configuração da fraude à execução. A partir da data de sua vigência, como já se pontuou, passou-se a considerar fraudulenta a alienação ou a oneração de bens pelo sujeito passivo de obrigação tributária a partir da inscrição do débito em dívida ativa. Jamais, no art. 185, exigiu-se penhora ou seu registro para configuração da fraude à execução.

da má-fé do alienatário. Ei-los: REsp 739.388/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 10/4/2006; REsp 944.250/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 20/8/2007; AgRg no REsp 1.046.004, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 23/6/2008; REsp 810.170/RS, 2ª Turma, Rel. Mauro Campbell Marques, DJe de 26/8/2008; REsp 865.974/RS, 1ª Turma, Rel. Teori Albino Zavascki, DJ de 10/9/2008. Ainda que assim não fosse, a partir do momento em que se torna necessária uma interpretação restritiva de um verbete sumular, tal como a que foi feita no julgamento *supra*, emerge igualmente a necessidade de cancelamento ou, pelo menos, de mudança de sua redação para outra mais precisa.

4.3 Apreciação crítica do processo de formação do verbete

Decorrente da falta de memória do Min. Victor Nunes Leal (ALMEIDA, 2006, p. 33), a súmula de jurisprudência tem por escopo melhorar a qualidade das decisões e racionalizar os trabalhos das cortes de justiça, a partir da formulação em termos sintéticos de reiteradas decisões fundadas em contextos de fato e de direito semelhantes, apacando eventual dissenso a respeito da interpretação das leis.

A súmula vale, então, não como norma, mas como a expressão de um fato consistente no entendimento reiterado da Corte. E, nesse sentido, deve ser entendida, para ter algum valor, pelos seus próprios termos, sem que seja necessário recorrer-se a intrincadas ponderações, restrições ou ampliações de seu sentido, tal qual se manifestou o Min. Vitor Nunes Leal no julgamento do RE 54.190/CE, Pleno, Redator do acórdão Min. Evandro Lins, DJ de 24/9/1964:

Se tivermos de interpretar a **Súmula** com todos os recursos de hermenêutica, como interpretamos as leis, parece-me que a **Súmula** perderá sua principal vantagem. Muitas vezes, será apenas uma nova complicação sobre as complicações já existentes. A **Súmula** deve ser entendida pelo que ela exprime claramente, e não *a contrario sensu*, com entrelinhas, ampliações, ou restrições. Ela pretende pôr termo a dúvidas de interpretação, e não gerar outras dúvidas.

[...]

A **Súmula** foi criada para pôr termo a dúvidas. Se ela própria puder ser objeto de interpretação laboriosa, de modo que tenhamos de interpretar,

com novas dúvidas, o sentido da **Súmula**, então ela perderá a sua razão de ser.

[...]

Faço um apelo aos eminentes colegas, para não interpretarmos a **Súmula** de forma diferente do que nela se exprime, intencional e claramente. Do contrário, a **Súmula** falhará, em grande parte, à sua finalidade (destaques no original).

Entretanto, quanto à Súmula nº 375/STJ, tanto a sua finalidade encontra-se seriamente questionada, no ponto em que sua aplicação não dispensa laboriosas construções, quanto os pressupostos de sua regular aprovação não foram cumpridos.

Com efeito, do exame dos precedentes do enunciado sumular, extrai-se, somente, que a Corte Superior, de forma linear, considera a prova da má-fé do subalienatário nas transações sucessivas requisito indispensável para se configurar a fraude à execução de que trata o inciso II do art. 593 do CPC. Mais do que isso a súmula não poderia exprimir.

Embora não se tenha ouvido uma voz evidente da Corte sobre outros contextos de fato e de direito, a redação genérica da Súmula nº 375/STJ apanha inequivocamente todas as hipóteses imagináveis de fraude à execução, até mesmo aquelas praticadas em execuções fiscais de dívida ativa tributária (CTN, art. 185), em demandas fundadas em direito real (CPC, art. 593, I), em alienações efetivadas diretamente pelo demandado ou executado fraudador (CPC, art. 593, II) e, independentemente da natureza do bem, considera-se se é móvel ou imóvel.

Além disso, nos precedentes que ensejaram a súmula, os julgadores aludiram abundante e indevidamente a julgamentos pretéritos exarados em contextos de fato e de direito que não guardavam similaridade entre si nem com a causa que se discutia concretamente, o que, por si só, macula gravemente cada decisão individual proferida, a menos que houvesse sido proferida outra fundamentação autônoma e razoável.

5 Conclusão

Desgarrando-se do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, dos termos expressos da lei e perturbando as lições sistemáticas da doutrina

que, após longa evolução, distinguiu bem a fraude contra credores da fraude à execução, evolução que tem a ver com a formação da autonomia e da cientificidade da direito processual, sem atentar para as especificidades dos casos julgados e sem se declarar a inconstitucionalidade de qualquer lei processual, chegou-se ao grande erro da Súmula nº 375, que não se coaduna com nossa tradição nem mesmo com as razões de decidir de muitos dos precedentes invocados pelo próprio STJ.

O paralogismo consagrado na súmula, a título de respeitar no processo uma supostamente presumível boa-fé contratual dos adquirentes, além de negar vigência às disposições do Código Civil pertinentes à evicção, consiste em verdadeiro incentivo a que os demandados pratiquem atos chicanistas durante o trâmite processual até o registro da penhora, em detrimento da dignidade da justiça e das legítimas expectativas dos demandantes, que veem por ato doloso da parte adversa as lesões cometidas contra seus direitos excluídas de apreciação do Poder Judiciário.

Ao final, a imposição ao demandante do ônus de provar a má-fé do adquirente do bem alienado de forma fraudulenta faz pesar contra si outro ônus: o de demandar mais uma vez, por obra e graça do demandado, contra um terceiro, normalmente desconhecido, em face de quem nunca pretendeu demandar, sujeitando-o, assim, aos riscos da sucumbência.

Por tudo, é urgente o cancelamento da Súmula nº 375, com retorno da jurisprudência pátria às boas razões da doutrina, restabelecendo-se o primado da Constituição e das leis e o respeito que os cidadãos devem ter pelo Judiciário.

Referências

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Memória Jurisprudencial**: Ministro Víctor Nunes. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 10 de jul. 2012.

_____. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm>. Acesso em: 10 jul. 2012.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015.htm>. Acesso em: 10 jul. 2012.

_____. **Lei nº 7.433, de 18 de dezembro de 1985.** Dispõe sobre os requisitos para lavratura de escrituras públicas e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7433.htm>. Acesso em: 11 jul 2012.

_____. **Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.** Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 29 ago. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF. **RE nº 108.911-3/RS**, DJ 22/8/1986. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. **RE nº 75.349/PR**, DJ 21/12/1972. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. **RE nº 108.615/MG**, DJ 22/8/1986. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. **RE nº 54.190/CE**, DJ 24/9/1964. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Súmula nº 375**, DJ 30/3/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. **AgRg no AI nº 4602/PR**, DJ 1º/4/1991. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. **AgRg no AI nº 54.829-5/MG**, DJ 20/2/1995. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. **ERESP nº 114.415/MG**, DJ 16/2/1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. REsp nº 135.228/MG, DJ 13/4/1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. REsp nº 123.616-SP, DJ 1º/3/1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. EREsp nº 144.190/SP, DJ 1º/2/2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. REsp 40.854/SP, DJ 13/10/1997. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. REsp 2.653/MS, DJ 19/1/1990. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. Ag nº 9.500/SP, DJ 17/6/1991. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. REsp nº 9.789, DJ 3/8/1992. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. REsp nº 4.132/RS, DJ 2/10/1990. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. REsp nº 26.866/RJ, DJ 16/12/1992. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. REsp nº 55.491/RS, DJ 21/10/1996. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. REsp nº 140.670/GO, DJ 9/12/1997. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. REsp nº 92.507/RS, DJ 14/10/1996. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. REsp n 76.063/RS, DJ 24/6/1996. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. REsp nº 40.854/SP, DJ 13/10/1997. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

- _____. REsp nº 193.048/PR, DJ 15/3/1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.
- _____. REsp nº 493.914/SP, DJ 5/5/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.
- _____. REsp nº 45.453/SP, DJ 17/3/1997. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.
- _____. REsp nº 493.914/SP, DJ 5/5/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.
- _____. REsp nº 734.280/RJ, DJ 15/3/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.
- _____. AgRG no Ag nº 45.871/SP, DJ 19/12/2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.
- _____. REsp nº 739.388/MG, DJ 10/4/2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.
- _____. REsp nº 944.250/RS, DJ 20/8/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.
- _____. REsp nº 489.618/PR, DJ 2/6/2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.
- _____. REsp nº 55.491/RS, DJ 21/10/1996. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.
- _____. REsp nº 489.618/PR, DJ 2/6/2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.
- _____. REsp nº 665.541/CE, DJ 7/11/2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.
- _____. AgRg no REsp nº 1.046.004/MT, DJ 23/6/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.
- _____. REsp nº 1.141.990/PR, DJ 19/11/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. **REsp nº 944.250/RS**, DJ 20/8/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. **REsp nº 810.170/RS**, DJ 26/8/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. **REsp nº 865.974/RS**, DJ 10/9/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: tutela jurisdicional executiva. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

CAHALI, Yussef Said. Fraude contra Credores. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAIS, Frederico Fontoura da Silva. Fraude de Execução. São Paulo: Saraiva, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2.

LIMA, Alcides de Mendonça. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 6.

MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1976. v. 4.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 14. ed. São Paulo: Forense, 2010. v. 3.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro – São Paulo: Forense, 1976. tomo IX.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2.

O Desempenho de Papel Social pelo Banco Central do Brasil: concretização de dever constitucional

Humberto Cestaro Teixeira Mendes*

1 Introdução. 2 O dever constitucional de atuação social. 3 A década de 1990 como marco do efetivo desempenho de um papel social pelo Banco Central do Brasil. 4 Mobilidade social e melhoria de condições de vida em decorrência de políticas econômicas. 5 O viés social da atuação regulatória do Banco Central. 6 Breve análise da expansão creditícia. 7 Conclusão.

Resumo

Analisa o papel social desempenhado pelo Banco Central do Brasil, atrelado a sua competência de regulação e supervisão do Sistema Financeiro Nacional. Primeiramente, enfatiza a existência do dever constitucional da autarquia de atuar em prol do desenvolvimento social. Em seguida, elabora um quadro geral, demonstrativo da efetiva adoção de medidas pelo Banco Central, para a denominada justiça social.

Palavras-chave: Papel social. Banco Central do Brasil. Dever constitucional. Ordem Econômica. Justiça Social.

* Procurador do Banco Central do Brasil em Brasília. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Unirio).

Abstract

The work aims to analyze the social role developed by the Brazilian Central Bank, related with its competence of regulation and supervision of the National Financial System. First, it emphasis the existence of a constitutional obligation for the Brazilian Central Bank to act in favor of the social development. Then, it organizes a framework of the effective measures taken by the Central Bank for the social justice.

Keywords: *Social role. Brazilian Central Bank. Constitutional obligation. Economic Order. Social Justice.*

1 Introdução

A Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, ao instituir o Banco Central do Brasil, conferiu-lhe a finalidade de assegurar a estabilidade do poder de compra da moeda e a solidez e a eficiência do sistema financeiro.

Em uma análise meramente legalista, poder-se-ia resumir em quatro funções básicas as atribuições da autarquia, a saber: emissão de moeda, “banco dos bancos” (seja atuando como prestamista de última instância, seja recebendo depósitos das instituições financeiras), supervisão do Sistema Financeiro Nacional e execução da política monetária e cambial. Tais competências fazem com que a visão sobre a atuação do Banco Central seja comumente restringida ao âmbito das instituições financeiras.

Entretanto, o exame mais profundo das medidas oriundas da instituição leva a observar que o desenvolvimento social do país e a segurança econômica da coletividade são alvos e consequências diretas de suas ações. Na verdade, há um dever do Banco Central do Brasil de contribuir para o progresso e a justiça social, papel que está esculpido na Constituição Federal da República de 1988 (CRFB/1988).

2 O dever constitucional de atuação social

A ordem econômica e financeira, nos termos do art. 170 da Carta Magna, tem por finalidade precípua garantir a todos existência digna. O Banco Central, como o principal agente econômico do país, acaba por assumir grande parcela dessa responsabilidade, devendo concretizar as diretrizes traçadas pela Lei Maior.

De forma que se possibilite melhor interpretação do dispositivo constitucional, é pertinente transcrever a releitura de Eros Roberto Grau (2008, p. 66) do art. 170 da CRFB/1988:

Analisado porém com alguma percuciência o texto, o leitor verificará que o art. 170 da Constituição, cujo enunciado é, inquestionavelmente, normativo, assim deverá ser lido: as relações econômicas – ou a atividade econômica – deverão ser (estar) fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade econômica) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...].

Vale observar que parte significativa das normas constitucionais de cunho econômico caracteriza-se como programática, ou seja, traçam princípios que deverão ser satisfeitos, futuramente, pelos agentes estatais. Destarte, ao atuar na regulação e na normatização da economia, o Banco Central persegue, em última instância, a efetivação desses fins sociais.

No que tange a esse papel da autarquia, de verdadeiro aplicador do Direito, válido citar, novamente, Eros Roberto Grau (2008, p.314), que leciona:

Aplicar o direito é torná-lo efetivo. Dizer que um direito é imediatamente aplicável é afirmar que o preceito no qual inscrito é autossuficiente; que tal preceito não reclama – porque dele independe – qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consome a sua efetividade. Como escrevi em outra oportunidade, há produção do direito tanto na construção dos seus sentidos e princípios quanto na sua positivação, no ordenamento, em textos normativos. E há produção (reprodução) do direito também na sua aplicação a cada caso concreto.

A respeito desse tema, o autor Washington Peluso Albino de Souza (2005, p. 126) traça breve e interessante relação entre o Direito Econômico e o interesse social, ao expor que “o Direito Econômico toma o interesse social como fundamento dos seus ‘juízos de valor’ e por essa orientação procura realizar os princípios da Justiça Distributiva.”

Não se pode perder de vista, também, que o Direito passa, hoje, por um processo de constitucionalização, o que culmina em releitura do ordenamento jurídico, com base nos valores consagrados na Carta Magna. A Constituição Federal tem força normativa e condiciona a validade não só do ordenamento, mas também de situações concretas, até mesmo da atuação estatal.

Com isso, o princípio da legalidade, regente da ação do administrador, também deve ser reinterpretado, de forma que abranja a principiologia constitucional, seja ela expressa, seja ela implícita. A habilitação para o administrador agir e os limites dessa atuação não estarão na mera observância do texto legal positivado, mas também nos diversos princípios estabelecidos no ordenamento.

Sobre o tema, o mestre Gustavo Binbenbojm (2008, p. 8) expõe a relevância da Constituição, na vinculação administrativa à juridicidade:

Na tarefa de desconstrução dos velhos paradigmas e proposição de novos, a tessitura constitucional assume papel condutor determinante, funcionando como diretriz normativa legitimadora das novas categorias. A premissa básica a ser assumida é a de que as feições jurídicas da Administração Pública – e, *a fortiori*, a disciplina instrumental, estrutural e finalística da sua atuação – estão alicerçadas na própria estrutura da Constituição, entendida em sua dimensão material de estatuto básico do sistema de direitos fundamentais e da democracia.

Por conseguinte, cabe ao Banco Central do Brasil, integrante da Administração Pública Federal, pautar sua ação pelo princípio da legalidade, interpretado numa visão ampla, abrangente dos valores contidos na Carta Magna. A autarquia deve observar a norma suprema – dotada de aplicabilidade direta e força vinculativa –, perseguindo a justiça social almejada pelo constituinte.

3 A década de 1990 como marco do efetivo desempenho de um papel social pelo Banco Central do Brasil

No âmbito concreto, o cenário econômico brasileiro do início da década de 1990, em especial o descontrole inflacionário, serve perfeitamente como ilustração inicial para a análise do relevante papel social do Banco Central do Brasil.

Naquele momento, as políticas adotadas tentavam atingir a estabilidade econômica, *vide* os Planos Collor I e II, marcados por congelamento de preços e salários, o novo padrão monetário e, até mesmo, o polêmico bloqueio de saldos em conta-corrente e aplicações financeiras. No entanto, as medidas surtiam poucos efeitos benéficos à coletividade, uma vez que os índices de inflação e desemprego permaneciam altos, impedindo o desenvolvimento social do país.

Somente com o Plano Real, estabelecido após um período de transição com o uso da Unidade Real de Valor (URV), o objetivo de controlar a inflação foi alcançado. Verificou-se a adoção de rígidas políticas monetárias, como a desindexação da economia e a regulação econômica, em vez de manter o foco somente na oferta monetária, como nos planos anteriores. Nitidamente, foram promovidas alterações estruturais na economia e removidas fontes que impulsionavam a inflação.

Nesse contexto, merece destaque a adoção do Sistema de Metas para a Inflação, em 1999, que tornou viável o aprimoramento da política monetária, por meio do controle dos juros e agregados monetários, com base em parâmetros preestabelecidos para crescimento dos preços. A busca pelo cumprimento da meta fixada é incumbência do Banco Central, que utiliza a taxa de juros básica da economia (taxa Selic) como principal mecanismo para atingir tal objetivo. A autarquia compromete-se a atuar de forma que garanta que a inflação coadune-se com uma meta pré-estabelecida e previamente divulgada.

Entre os pontos de relevância social do sistema de metas, destaca-se o conhecimento prévio pela coletividade dos parâmetros numéricos para a inflação, que gera segurança e transparência. Ademais, proporciona ao público acesso às informações sobre os fundamentos da política monetária e sobre os objetivos perseguidos pelas autoridades monetárias.

A queda da inflação, em particular, resultou em expressivo aumento da renda real de grupos de baixo poder aquisitivo, provocando elevação do consumo e do

acesso, por essas classes, a bens duráveis, como automóveis e eletrodomésticos. Assim, a complexa atuação econômica do Banco Central contribuiu para relevante alteração do cenário social do país, reduzindo as desigualdades e a marginalização de grande parcela da sociedade.

Outro ponto de grande relevância para a prosperidade do cenário econômico foi a consolidação da independência da autarquia, no desempenho de suas incumbências. A autonomia na elaboração da política monetária, efetivada na década de 1990, afastou influências de cunho político ou eleitorais, incompatíveis com metas a serem alcançadas no longo prazo, como a estabilização e o desenvolvimento equilibrado.

4 Mobilidade e desenvolvimento social em decorrência de políticas econômicas

A última década foi marcada por expressiva mobilidade social, por meio do aumento da denominada classe C, acompanhada da redução das classes D e E. Em 2011, 54% da população passou a integrar a classe C, e a renda familiar dessa camada social atingiu a média de R\$ 1.450,00, uma evolução de 8% em relação ao ano anterior.¹

Tal fato tem íntima ligação com a política macroeconômica desenvolvida pelo Banco Central, que busca, entre outros fatores, impulsionar o mercado de crédito e de capital e o crescimento dos investimentos, favorecendo a redução da taxa de desemprego e a melhoria na qualidade de vida da população.

Inegável que a migração de significativa parcela populacional para a classe média possibilita a queda no grau de desigualdade de renda do país, o que viabiliza, também, a contenção de outras mazelas sociais, como crescimento da violência e favelização. Ainda que o Brasil apresente graus altos de disparidade social, em comparação com outros países, a desigualdade de renda no país

¹ Fonte: Associação Brasileira de Empresas de Pesquisa (Abep). Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1065542-classe-c-chega-a-54-da-populacao-e-tem-renda-media-de-r-1450.shtml>>. Acesso em: 6 jun. 2012.

sofreu forte queda na última década,² atingindo média de 0,52, segundo o Índice de Gini,³ um patamar socialmente mais equilibrado.

Em acréscimo, a progressão do crédito bancário, que em 2012 aproximou-se do quantitativo de 50% do Produto Interno Bruto (PIB),⁴ demonstra mais acesso a recursos financeiros pelas famílias brasileiras. Ao mesmo tempo em que as concessões de crédito impulsionam a economia, por meio do aumento do consumo, possibilitam o acesso a bens como automóveis e imóveis por milhares de brasileiros, materializando a justiça social perseguida pela norma constitucional.

Importante ressaltar que a expansão creditícia, mormente a do microcrédito – por ser direcionado a indivíduos de baixa renda –, é um dos maiores motores para a erradicação da pobreza. Isso porque o acesso a um montante pecuniário, ainda que não vultoso, pode propiciar o início de uma atividade produtora ou empreendedora ou a capacitação profissional por aqueles que compõem as classes menos favorecidas, permitindo-os alcançar vida digna, no real sentido pretendido pelo constituinte.

Nessa linha, em artigo sobre a regulação do microcrédito, Juliana de Carvalho Ortolani (2004, p. 209) define a relevância do instrumento de progresso social:

O microcrédito é um instrumento de democracia econômica e resgate da dignidade humana, que vem dar aplicabilidade aos princípios constitucionais, quando articulado com outros instrumentos políticos e econômicos, em conformidade com o art. 1º da CF/88 e com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, constantes no art. 3º da CF/88, de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza (art. 170 e 174 da CF/88), de busca do pleno emprego, tratamento favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte e de redução de desigualdades sociais, podendo ser considerado um instrumento para o desenvolvimento.

2 Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 1981/2009.

3 O Coeficiente de Gini (ou Índice de Gini) é um cálculo usado para medir a desigualdade social, desenvolvido pelo estatístico italiano Conrado Gini, em 1912. Apresenta dados entre o número 0 e o número 1, em que 0 corresponde a uma **completa igualdade** na renda (em que todos detêm a mesma renda *per capita*) e 1 corresponde a uma **completa desigualdade** entre as rendas (em que um indivíduo, ou uma pequena parcela de uma população, detém toda a renda e os demais nada têm).

4 Fonte: G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2012/05/credito-bancario-atinge-r-21-trilhoes-em-abril-perto-de-50-do-pib.html>>. Acesso em: 6 jun. 2012.

Em paralelo, a busca pela presença de serviços bancários, em todos os municípios brasileiros, foi importante meta social satisfeita com a atuação da autarquia. Nesse sentido, destaca-se a regulação dos denominados correspondentes bancários, pessoas jurídicas autorizadas a prestar serviços para instituições financeiras.

A utilização de casas lotéricas, agências do correio e outros estabelecimentos na distribuição de produtos financeiros faz que serviços essenciais atinjam áreas pouco desenvolvidas economicamente, ou que não comportem agências bancárias. Com isso, as populações de locais remotos puderam ter acesso às utilidades e aos serviços prestados pelos bancos, garantindo a inserção de inúmeros brasileiros no Sistema Financeiro Nacional.

No que tange à inclusão financeira, o Banco Central entende que ela é essencial para a redução de desigualdades sociais e para o desenvolvimento econômico do Brasil, tendo sido inserido esse objetivo no planejamento estratégico da instituição, em 2010. Nesse sentido, a autarquia declarou no **Relatório de Inclusão Financeira** (2010, p. 7):

Por reconhecer a complementaridade entre estabilidade, integridade e inclusão financeira, o BCB avança no aprimoramento do arcabouço regulamentar e na coordenação dos diferentes atores envolvidos na prestação de serviços financeiros. Há, nessa perspectiva, a convicção de que a busca de mecanismos para inclusão financeira é essencial para redução de desigualdades sociais e para maior desenvolvimento econômico, considerados elementos de um círculo virtuoso: a adequada expansão da inclusão financeira viabiliza o acesso à economia formal, contribuindo para maior crescimento econômico, que, por sua vez, facilita o acesso de mais pessoas à economia e ao sistema financeiro, mobilizando poupança e investimento para o crescimento do setor produtivo.

A inclusão financeira, por sua vez, precisa ser entendida como algo além do crédito. Há uma necessidade universal por produtos de poupança, de pagamentos e de transferências em geral. O acesso a tais serviços permite dotar as camadas sociais menos favorecidas de capacidade de ampliar ou estabilizar a renda, fortalecendo sua resiliência a choques econômicos. Quanto à oferta, a inclusão financeira tende a alavancar a indústria de serviços financeiros, tanto na colocação de produtos de forma inovativa por parte das instituições financeiras, quanto na prestação de serviços diferenciados por instituições de microfinanças (IMFs), visando

ao atendimento de segmentos específicos, em geral excluídos do sistema bancário tradicional.

Os exemplos acima demonstram o forte impacto social das medidas adotadas pelo Banco Central e o poder dessas medidas de promover significativa melhora nas condições de vida da população. Desde o acesso a serviços até o aumento do poder aquisitivo, os efeitos da atuação do Banco Central transcendem as entidades integrantes do Sistema Financeiro Nacional, beneficiando toda a sociedade.

5 O viés social da atuação regulatória do Banco Central do Brasil

O ordenamento jurídico pátrio caracteriza-se por normatização econômica composta por portarias, resoluções e outros atos infralegais, muitos deles editados pela autarquia. O fundamento para a atuação normativa e reguladora da atividade econômica está estabelecido no art. 174 da Constituição Federal, que destaca a importância do desenvolvimento nacional equilibrado.

Nessa linha, pertinente a conceituação do tema feita por Floriano de Azevedo Marques Neto (2011, p. 80):

A atividade de regulação pressupõe, a meu ver, a noção de equilíbrio. Opõe-se, frontalmente, à unilateralidade típica presente na ideia de autoridade estatal tradicional. Mais que isso, o exercício da regulação importa, necessariamente, a composição dos interesses enredados em um dado segmento da atividade econômica ou social, sem descuidar nesta composição de interesses difusos, gerais ou titularizados por hipossuficientes, interesses estes necessariamente à cura da autoridade estatal. A atividade regulatória, deixe-se claro desde logo, não exclui a presença da autoridade do Estado. Ao contrário, admite-a e mesmo exige sua presença [...].

Mais adiante, ao analisar a função integrativa e a relevância da regulação, o referido autor completa:

A regulação serve, pois, de elemento de integração entre os sistemas econômico, político e jurídico. E o faz a partir da identificação de subsistemas regulados, entendidos como o conjunto integrado pelos usuários (consumidores), pelo ente regulador, pelos bens e processos que, de forma articulada e inter-relacionada, concorrem para o funcionamento e reprodução de uma dada atividade econômica (no âmbito e em torno da qual se estrutura este subsistema). O exercício da regulação em um dado setor regulado (subsistema) envolve a construção de um arcabouço normativo que compreende princípios, conceitos, interesses e normas conformados às necessidades e peculiaridades setoriais.

O surgimento destes subsistemas decorre da incapacidade do sistema jurídico unitário e centralizado responder de forma ágil, eficiente e legítima as necessidades de uma sociedade e de uma economia crescentemente complexas.

A participação na edição e no cumprimento de atos normativos é exercida pelo Banco Central com vistas ao melhor atendimento às voláteis demandas econômicas, mas também à satisfação dos ditames sociais contidos na Constituição Federal.

A supramencionada criação dos correspondentes bancários, importante mecanismo de inclusão social, é exemplo dessa atuação, por estar disciplinada na Resolução nº 3.954, de 24 de fevereiro de 2011, do Conselho Monetário Nacional (CMN). Ao assumir as incumbências de consolidar as regras de tal norma e zelar por seu cumprimento, a autarquia assume, também, o papel de tutelar os usuários dos serviços bancários a serem prestados e garantir a efetividade da “bancarização” pretendida.

Ademais, o Banco Central, como executor da política traçada pelo CMN, é responsável por adotar medidas e baixar normas necessárias à execução de atos expedidos pelo órgão federal. É o caso, por exemplo, das operações de microcrédito, voltadas para a população de baixa renda e a microempreendedores, cuja regulação encontra-se na Resolução do CMN nº 4.000, de 25 de agosto de 2011, complementada pela Circular nº 3.566, de 8 de dezembro de 2011, do Banco Central.

O ato normativo que regula o microcrédito prevê aplicação por bancos múltiplos, por bancos comerciais e pela Caixa Econômica Federal de, no mínimo, 2% dos saldos dos depósitos a vista captados pela instituição em

operações creditícias dessa natureza. De forma que se conferisse efetividade à orientação da resolução, a autarquia editou a Circular nº 3.566, de 2011, estabelecendo que o descumprimento pela instituição acarretará pagamento de custo financeiro sobre cada deficiência diária apurada, idêntico ao estabelecido pela regulamentação em vigor para deficiência diária relativa ao recolhimento compulsório sobre recursos a vista.

Ao mesmo tempo em que fomenta o acesso ao consumo, ao crédito e às atividades bancárias, o Banco Central atua na regulação dos serviços prestados pelas instituições financeiras, tutelando os consumidores. A título exemplificativo, tem-se a Resolução nº 3.919, de 25 de novembro de 2010, que prevê regras sobre a cobrança de tarifas pela prestação de serviços bancários. Tal norma impõe o dever de as instituições remeterem à autarquia a lista dos serviços tarifados e seus respectivos valores, possibilitando que abusos e arbitrariedades, comumente praticadas no setor, sejam coibidos.

O poder de regular questões atinentes ao Sistema Financeiro Nacional, no âmbito infralegal, mostra-se necessário em vista do conteúdo técnico altamente especializado e complexo dessas matérias. Nesse âmbito, o atendimento dos anseios da sociedade e da economia demanda atuação estatal dinâmica e célere.

6 Breve análise da expansão creditícia

Ao mesmo tempo em que pode ser encarada como fator social positivo, a expansão dos índices de crédito doméstico pode ser alvo de críticas, pelo temor do aumento da inadimplência e do risco sistêmico. No caso brasileiro, o crédito vem, de fato, crescendo de forma mais acelerada que o PIB, o que vem fomentando pleitos por medidas de prudência e moderação, até mesmo por entidades internacionais, como o Banco Internacional de Compensações (BIS).

Entretanto, impende observar que o cenário econômico nacional diverge daquele presente em países que recentemente sofreram graves crises financeiras, tornando, a princípio, descabidas eventuais comparações. Há, no país, queda acentuada dos juros, aliada a recente crescimento significativo da renda do brasileiro, o que justifica a expansão creditícia.

O consumidor está, finalmente, beneficiando-se dos cortes na taxa básica de juros (Selic), uma vez que as instituições financeiras vêm repassando as reduções, nas taxas médias das operações de crédito para pessoas físicas.⁵ O encolhimento das taxas também pode proporcionar a queda da inadimplência por meio da renegociação de dívidas, para torná-las menos onerosas.

Ademais, há forte regulação do setor pelo Banco Central, com destaque para a capitalização dos bancos, acima das exigências internacionais de liquidez, o que, sem dúvida, traz segurança ao sistema. A autarquia impôs aos bancos, previamente aos acordos de Basileia III,⁶ postura prudencial rígida, o que culminou com índices de capital acima do mínimo regulatório.

Na verdade, o que o momento exige é a superação pelo Banco Central de obstáculos para o desenvolvimento almejado de determinados nichos do crédito. As operações de microcrédito, por exemplo, ainda estão abaixo do percentual normativamente exigido, devido a mazelas como a dificuldade de acesso a regiões mais carentes pelos bancos. O saneamento dessa problemática e o estímulo à concessão estão sendo perseguidos com programas como o microcrédito orientado, no qual há acompanhamento da utilização dos recursos.

Com efeito, no Brasil, a expansão do crédito, incentivada por ações da autarquia, demonstra-se sustentável, mormente pelo crescimento da renda do cidadão, tornando descabido qualquer clamor pela retração creditícia. Há um severo acompanhamento da evolução nacional do crédito pelo Banco Central, com vistas a sua influência sobre a sociedade e a estabilidade do sistema financeiro.

7 Conclusão

O arcabouço legislativo, que prevê as competências do Banco Central do Brasil, não revela expressamente o importante papel social da autarquia e a sua capacidade de prover significativas alterações no padrão de vida da coletividade.

5 Fonte: G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2012/06/bancos-repassam-corte-de-juro-basico-e-taxa-e-menor-da-historia.html>>. Acesso em: 11 jun. 2012.

6 Os Acordos de Basileia III englobam uma série de propostas de reforma nas práticas de regulamentação bancária. Tal reforma objetiva o fortalecimento do sistema financeiro, mormente em decorrência do cenário crítico resultante da crise dos *subprimes*. Basileia III integra as iniciativas, promovidas pelo Fórum de Estabilidade Financeira e pelo G20.

No entanto, uma interpretação adequada da Carta Magna revela a outorga desse dever pelo constituinte.

A ordem econômica estabelecida pela Constituição Federal é fundada em valores humanitários e voltada para a valorização da pessoa, e não do capital. Não se pode olvidar, também, que o pressuposto de existência da economia revela-se na busca pela satisfação de necessidades ilimitadas com recursos limitados.

Dessa forma, qualquer agente econômico público assume, inevitavelmente, o compromisso de obtenção do melhor resultado possível, nele incluída a almejada justiça social. A higidez e a estabilidade do Sistema Financeiro Nacional somente serão atingidas se acompanhadas do acesso ao consumo, ao crédito, à rede bancária e, em última instância, da possibilidade de inclusão e ascensão social.

Referências

BANCO CENTRAL DO BRASIL – BCB. **Relatório de Inclusão Financeira**, Brasília, n. 1, 2010. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/Nor/relinclin/relatorio_inclusao_financeira.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2012.

_____. _____. Brasília, n. 2, 2011. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/Nor/relinclin/RIF2011.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 13, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>>. Acesso em: 9 jun. 2012.

CARVALHO, Tomás Lima de. A Regulação do Mercado Financeiro e a Necessária Intervenção Estatal na Autonomia Privada. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, v. 5, n. 2, dez. 2011. Disponível em: <http://www.bc.gov.br/pgbcb/122011/revista_pgbcb_vol5_num2.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública.**

São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Direito Regulatório** – Temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 13. ed.

São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Regulação Estatal e Autorregulação na Economia Contemporânea. Revista de Direito Público da Economia – RDPE,** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

ORTOLANI, Juliana de Carvalho. **Regulação do Microcrédito.** Direito Regulatório – Temas Polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SOUZA, Washington Peluso Albino. **A Experiência Brasileira de Constituição Econômica. Revista de Informação Legislativa,** Brasília, n. 102, Senado Federal, 1989.

_____. Albino. **Primeiras Linhas de Direito Econômico.** 6. ed. São Paulo: LTr Editora Ltda., 2005.

YAZBEK, Otávio. **Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais.** 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

What Makes a Bank a “Sustainable Bank”?

Roger McCormick*

1 Introduction. 2 A stormy month. 3 UNEP FI and sustainable development. 4 Sustainability and citizenship reports of banks. 5 Independent assurance statements. 6 Suggestions for improvement: taking “bank sustainability” seriously.

Abstract

The concept of sustainability is increasingly used in a wide range of contexts. In general terms, it concerns “inter-generational equity” – or a reconciliation of the needs of the current generation with those of future generations. However, in the context of banks and financial markets, the concept needs further refinement. It should not be limited to the kinds of activities financed by banks or their corporate social responsibility programmes. It should also address the sustainability of the business models of banks and the behaviour of banks in the markets in which they operate. Measured against criteria in these areas, there is considerable room for improvement in the usual format of “sustainability reports” produced by banks. It is time to move on from regarding them as “just PR (Public Relation)”.

Keywords: Sustainable Finance. Corporate Social Responsibility. Sustainability Report. Behaviour of Banks.

* Visiting Professor and Director of Sustainable Finance Project, London School of Economics and Political Science.

Resumo

O conceito de sustentabilidade é cada vez mais utilizado em uma grande variedade de contextos. Em termos gerais, trata-se de “equidade inter-geracional” – ou uma reconciliação das necessidades da geração atual com as das gerações futuras. No entanto, no contexto dos bancos e dos mercados financeiros, o conceito necessita de ser aperfeiçoado. Ele não deve ser limitado aos tipos de atividades financiadas por bancos ou seus programas de responsabilidade social. Ele também deve abranger a sustentabilidade dos modelos de negócio dos bancos e o comportamento dos bancos nos mercados em que operam. Medidos por critérios nessas áreas, há espaço para melhorias no formato habitual de “relatórios de sustentabilidade” produzidos pelos bancos. É hora de deixar de considerá-los como “apenas RP (Relações Públicas)”.

Palavras-chave: *Finanças Sustentáveis. Responsabilidade Social Corporativa. Relatório de Sustentabilidade. Comportamento dos Bancos.*

“Events over the past couple of years have raised profound questions about the ways in which banks and businesses contribute to society. For both to play their full part, they must restore trust and become better citizens in a publicly demonstrable way....

Our focus on Citizenship is not for the short term; in fact, it is how we expect to make our business sustainable over the long term.”¹

“...our work towards becoming the UK’s most Helpful and Sustainable bank has...been recognised...”²

“Stephen Cecchetti, chief economist of the BIS ... said five years after the financial crisis engulfed the global economy, the world appears no closer to finding a sustainable economic model. Not until regulators get to grips with the banking system’s woes by forcing banks to recognise losses, take write-offs and raise capital can the path to sustainable growth begin, he said.”³

1 Statements taken from the Barclays PLC 2011 “Citizenship Report”.

2 From the RBS Group’s 2011 “Sustainability Report”.

3 From a report in the Financial Times of June 25th (Global economy stuck in “vicious cycle” of debt reduction, says BIS”, by Norma Cohen). The comment accompanied the publication of the BIS’ 2012 annual report.

1 Introduction

This article is about banks, the financial markets and sustainability. In particular, it is concerned with how the modern notion of sustainability fits in with what banks do, what society wants them to do (to the extent society is capable of expressing a view), what activities are financed by banks and how banks and financial markets are organised. It suggests that although sustainability, perhaps inevitably, has become an elastic and over-used term, there is now a stronger case for being more precise about what it encompasses (and does not encompass), particularly in relation to reporting requirements... and particularly in relation to reporting requirements for banks. At the centre of the debate is the question: what do we mean when we refer to “sustainable banks” and “sustainable banking”?

The Brundtland Commission of the United Nations⁴ famously defined sustainable development in 1987 as development that meets “the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs”. The concept of sustainability thus involves striking a balance between the needs of the present and the needs of the future. Examples abound. Timber production should be managed in a way that does not result in the rainforests being stripped bare, with potentially appalling consequences for the environment as a whole (not merely a shortage of timber for future generations). Fishing policy should not allow overfishing that could result in endangering entire species of fish. Energy policy should recognise that the supply of carbon-based fuel is not infinite and that alternative sources of energy need to be developed for the future, and so on. The idea of fairly balancing the needs of successive generations is sometimes referred to as “inter-generational equity”.

Against this background, it comes as no surprise that awareness of the need for “sustainability” is generally regarded as highly desirable. Politicians and businesses alike give the impression that they share the common cause with environmentalist campaigners on the subject. Policies of any kind (whether or not directly concerned with the environment) are, if disliked, often criticised for having “unsustainable” aspects and, conversely, if liked, regarded as having

⁴ The formal title of the Commission’s report is “The Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future”

“sustainable” qualities. It is hard to get through the day (if you are at all exposed to the modern media) without hearing “sustainability” and “sustainable” being mentioned many, many times. (Unfortunately, not always in a way that suggests that the word is being used for purposes that go beyond the decoration of an otherwise anodyne sentence).

Sustainability is thus a contender for “word of the decade” – perhaps several decades. As such, close attention is merited as to its use and meaning. In this document, particular concerns are explored in connection with their meaning in the context of financial markets and institutions. How has the idea of “sustainable finance” (or “banking”) developed as of 2012? The question is a pressing one, as the financial turmoil engulfing the Eurozone and other parts of the world shows no signs of abating. As Patrick Jenkins (writing in the Financial Times “Sustainable Banking & Finance”⁵ supplement of 14th June) put it:

At a time when several eurozone governments are battling to restructure their budgets and make their debt burdens more manageable, the topic of sustainable finance could hardly be more pertinent.

But what is “sustainable banking”? Is it the same as “responsible banking” – the title of a Times newspaper lead editorial on June 29th?⁶ Is it related to the “culture” of banks themselves (whatever that may be), or is it more concerned with how banks use their financial power, the role they play in the “allocation of capital” in a global market? Are these, in reality, two distinct areas of concern or are they so closely linked that they should be considered together? Whatever may be the answer to such questions (which we will consider below) they clearly share the same practical difficulties insofar as they raise issues that are both international and intergenerational. As a result, traditional (national) legislative measures – which emanate from legislative bodies populated by politicians whose agendas are dominated by national and usually short-term interests are unlikely to be the source of a complete solution.

5 The International Finance Corporation/Financial Times “Sustainable Banking Awards” were presented at a gala dinner in London on 14th June.

6 This editorial was a comment on the “LIBOR rigging” scandal, referred to in footnote 18 below.

2 A stormy month

June 2012 (the time of writing) raised environmental concerns in the public consciousness in the most direct and fundamental way as it brought (in Europe) a truly appalling spell of stormy weather with it that made many of us wonder whether climate change was bringing a “rainy season” to replace what we had previously thought of as “summer”. It also brought (following hard on the heels of a G20 Summit in Mexico) the second Rio “Earth Summit” (formally titled the “United Nations Conference on Sustainable Development” or “Rio+20”). In a speech given on June 12th, Christine Lagarde, the Managing Director of the International Monetary Fund, in relation to the Rio conference, said that “we will be journeying back to Rio to affirm our commitment to sustainable development – the idea that we should strive for economic growth, environmental protection and social progress at the same time.”

Europe continued to endure further chapters in the ongoing Eurozone crisis, with new bail-out measures (of the order of 100 billion euros) being earmarked for Spain (following the collapse of its biggest bank (in terms of domestic business), Bankia), a request for a bail-out by Cyprus and a return of “unsustainable” borrowing costs for certain Eurozone countries. In an interview published on the last day of May, commentators digested remarks from Mario Draghi, the President of the European Central Bank, that indicated he thought the Euro system would become “unsustainable” unless national governments took further (unspecified) action, and there was a razor-edged re-run of Greece’s General Election that resulted in the party that had roundly rejected the terms of the country’s bail-out coming in a close second (and, eventually, a coalition government being formed that then pledged to renegotiate a bail-out deal signed only a few months earlier).

At the beginning of the month⁷ in the UK, the government published a White Paper⁸ on important bank reforms (mainly on the topic of “ring-fencing” retail banking from investment banking (or “utilities” from “casinos”) that was subtitled “delivering stability and supporting a sustainable economy” and, in the

⁷ The last week of the month was dominated by the LIBOR rigging scandal – see further below.

⁸ Cm 8356. The White Paper does not refer to the “sustainability” of banks as such – but it does refer to the need for UK banks to be “more robust” and “resilient, stable and competitive”.

first of his Reith Lectures for the BBC,⁹ the historian Professor Niall Ferguson appealed for greater intergenerational equity and asserted that current practices in government accounting are “fraudulent”:

There are no regularly published and accurate official balance sheets. Huge liabilities are simply hidden from view. Not even the current income and expenditure statements can be relied upon. No legitimate business could possibly carry on in this fashion.

The essence of Professor Ferguson’s complaint, however, was not merely the dubious accounting practices but also the fact that modern representative government, especially when accumulating debt, does not look beyond the interests of the current generation of voters:

The heart of the matter is the way public debt allows the current generation of voters to live at the expense of those as yet too young to vote or as yet unborn.

Those suffering as a result of extreme “austerity programmes” introduced around the Eurozone in order to allow governments to gain access to bail out funds to refinance unsustainable debt might be inclined to nod in agreement. Campaigners for “sustainable development” (see below) feel likewise. However, although Ferguson suggested that ordinary businesses could not be as unreliable in accounting practices as governments, he should perhaps have made an exception for banks, since his remarks carried echoes of an article published earlier in the month (June 5th, in *Economia* magazine) by Andrew Haldane (executive director of bank stability at the Bank of England), said that accounting rules should “properly recognise the special characteristics of banks’ assets and liabilities” when, calling for reforms to bank accounting and that:

to provide point valuations of banks’ assets, as at present, is to ask auditors to pin the tail on a boisterous donkey.

⁹ Delivered at the London School of Economics and broadcast on 19th June 2012.

Various recent statements from regulators and others about banks’ balance sheets and solvency, particularly in the Eurozone, could lead, were it not for depositor guarantee schemes, to a sharp loss of confidence on the part of the average citizen as to just whom you can believe any more. In his Mansion House speech (14th June), Mervyn King (the Governor of the Bank of England) remarked that, in the euro zone:

...liquidity is not the issue, because after a few months [following the ECB’s one trillion euro liquidity programme (known as LTRO –long term refinancing operation)] we are back to where we were. The problem is one of solvency.

Where there are debtors who cannot afford to repay, there are creditors who will not be repaid. Until losses are recognised, and reflected in balance sheets, the current problems will drag on. An honest recognition of those losses would require a major recapitalisation of the European banking system.

The appeal for an “honest recognition” implies that what we have at the moment is not, shall we say, entirely honest. Could it be perhaps that many banks hold large quantities of Eurozone sovereign debt on their balance sheets? And that these “assets” (along with others, such as property loans that have become subject to excessive “forbearance” on the part of a lender that does not want to face reality) are perhaps valued rather optimistically? Is there, furthermore, an unhealthy commonality of interest between regulators who are subject to political pressure and the banks themselves to continue viewing such “assets” as though the euro crisis had never happened? The absence of clear, publicly available, information leaves us with no choice but to speculate.¹⁰ But the sweeping downgrading of 15 major bank credit ratings carried out by Moody’s on June 21st suggests that speculation of this kind may not be very wide off the mark.¹¹ As the calls for the

10 The apparent chronic difficulty in coming up with clear numbers is reflected in a comment about the Spanish banks made by economist Nicholas Spiros and reported in the Daily Telegraph on June 22nd: “In the space of a fortnight we have gone from a euro 37bn forecast for Spain’s capital needs in a stressed scenario to a €52bn, to €52bn one. This begs the question – what will the more detailed audit in September reveal?”

11 The report in the Independent newspaper said that: “Moody’s downgrades came amid fears that the euro crisis will prompt another credit crunch by making banks afraid of lending to each other, or anyone else.” The UK government had apparently already anticipated such developments when arranging for the Bank of England to make available £100bn of cheap credit lines to UK banks for the express purpose of on-lending to UK borrowers (announced in the Chancellor’s Mansion House speech, 14th June).

use of public money to buy Eurozone government bonds continued¹² – with the purported aim of lowering borrowing costs – the risk of such assets continuing to be given an inflated value only seemed to increase.

It looks like a vicious circle (or, perhaps, cycle).¹³ Some have called it the “bank-sovereign-bank doom loop” and suggested that many sovereign states are now becoming “aid junkies” as the number of bail-outs (for states or for banks), actual and predicted, keeps increasing. Is the financial system hooked on bad habits?¹⁴ Does our approach to bank supervision work at all without the use of subterfuge and obfuscation? In one example, the vast majority of European banks have now passed the European Banking Authority’s stress tests for two years running (including, infamously, the Irish banks that collapsed with a few months later). If Mervyn King is right, one might wonder just what the point of those tests actually is. They are hardly a persuasive advertisement for the latest¹⁵ proposed “solution” to the Euro crisis; a European “banking union” with centralised supervision.¹⁶ More importantly, as one looks at the current position, when a political leader tells us (as such leaders are wont to do) that his country’s banks are “strong” and do not

12 See, for example, the remarks of Christine Lagarde reported in the Financial Times, 22nd June: “Christine Lagarde, the IMF chief, said eurozone leaders needed to prevent the single currency from deteriorating further by considering the resumption of bond buying by the European Central Bank and pumping bailout money directly into teetering banks.”

13 The Euro Area Summit Statement issued on June 29th began by saying: “We affirm that it is imperative to break the vicious circle between banks and sovereigns”.

14 The business of banking, the selling of securities issued by banks (or governments) and the potential for political interference makes for a dangerous cocktail. Various episodes in the creation and downfall of the Spanish bank, Bankia, reported in a damning article in the Financial Times of 22nd June (“The bank that broke Spain” (Mallet and Johnson)) provide an illustrative case study. “Bankia was floated on the basis of unaudited accounts – “due to the recent creation of the Bankia Group”, the prospectus said – and it was eventually Deloitte’s refusal to sign the 2011 accounts that prompted the government’s intervention...” Although the risks were explained in the prospectus, the “euro 19bn hole” evidently took everyone by surprise. There was also, according to the authors, a shortage of “experienced top executives” – at least initially, until some of the investment banks involved in the IPO threatened to withdraw. “And when foreigners shunned the share offer, senior members of the government called the heads of Spanish banks and corporations and strong-armed them into buying 40 per cent of the euro 3bn worth of shares “in the national interest”. Retail clients across Spain –some 35,000 of them – were persuaded to buy the rest.”

Further, the regional savings institutions (“cajas”) that were grouped together to form Bankia “began as regional businesses and were in most cases closely connected to politicians in the areas where they operated.” The article suggests that the *cajas* were generally ill-equipped at the managerial level to deal with the financial crisis that resulted from the collapse in Spanish property values. “Fifty per cent of the banking sector in Spain – which was the *cajas* – did not have the corporate governance or the management skills to withstand a crisis” says one of the many investment bankers involved in the July 2011 public offering of Bankia.” On July 4th, 2012, the Spanish High Court announced a fraud investigation into matters related to the Bankia flotation.

15 Having been trailed for some weeks beforehand, the idea seemed to take hold at the EU Summit meeting at the end of June, with commitments having been announced to introduce some kind of cross-border, Eurozone supervisory authority to be given to the European Central Bank by the end of the year (thus paving the way for bail-outs to be given to banks directly rather than via government balance sheets).

16 King was reported to have made the rather dry comment on this proposal: “Having one overall [eurozone] supervisory authority that didn’t have political commitments to individual banks might be an advantage from our point of view.” (Financial Times, 30th June 2012)

need rescuing, should this now be taken as an early warning sign that they are on the point of collapse and in urgent need of yet more bail-out funds from the public purse (whether provided directly or indirectly)?

All this tells us that we have to be sceptical about what we are told about the financial position of banks. But even if we could trust “the numbers” that banks and regulators present to us, we know that they do not tell us anything like the whole story. Whatever new laws, regulations and codes of practice are passed, will the banks try to find ways around them and “game the system”? Will they honour the spirit as well as the letter of the law? How can we know if banks have changed since the crisis? Have they started to take ethics and morality more seriously? Do they look at their long-term sustainability or are they still blinded by a desire for short-term profit at any cost? Do the compensation packages of senior executives still provide all the wrong incentives? These issues go to behaviour and attitude. If these have not changed, we can expect the “bad habits” that brought us the financial crisis in 2007 to return before too long. If banks continue to operate within amoral or immoral culture zones, the lack of responsibility that ensues will infect the financial system itself, as graphically demonstrated by the LIBOR rigging scandal that surfaced in late June 2012,¹⁷ which succeeded in shocking an already sceptical public and resulted in calls for resignations, police investigations and public enquiries. The question of bank culture,¹⁸ and how to correct it has now become urgent for any financial market centre that values its reputation.

We can, of course, find any number of statements by senior bankers that tell us they have learnt their lesson and “turned the page”. We can see the growth of new

17 See FSA Final Notice, FSA ref:122702, regarding a fine imposed on Barclays “for significant failings in relation to LIBOR and EURIBOR”. The fine of £59.5m was the largest ever imposed by the FSA and related to apparent attempts to “rig” the LIBOR rate during the period 2006-8. Other penalties were imposed at the same time by US regulators. The day after the fine was announced, there was a significant fall in Barclays’ (and other banks’) share price (Barclays falling nearly 16%) and many calls (including from the Financial Times) for the resignation of Barclays’ Chief Executive and/or Chairman. (The Chairman eventually announced his resignation on 2nd July but the following day the Chief Executive and another senior officer resigned and the Chairman said he would stay on to help find a new Chief Executive). Many commentators speculated that the “rigging” practice complained of was not confined to Barclays and this seemed to be confirmed by the FSA saying that it was still investigating other institutions. The Chairman of the House of Commons Treasury Select Committee said that the committee would be looking into the matter, commenting, “the corporate governance of Barclays needs scrutiny. We intend to provide it...” The front page headline of the Financial Times for the day after the scandal broke (29th June) was “Barclays firestorm rages”.

18 Space considerations do not permit any consideration in this article about the deeper implications of the “culture” question or, indeed, what is really meant by “culture”. For consideration of some of the historical perspectives, see the author’s article referred to in footnote 21 below.

committees and changes to organisational structures that suggest that changes are taking place. But how can we verify that all this is not just window-dressing? After all, they have fooled us before...

3 UNEP FI and sustainable development

As the Eurozone continued to struggle with its apparently intractable problems, many of the world's politicians and environmentalists, concerned about sustainability, were converging on Rio. The agenda was dominated, of course, by traditional "ESG"¹⁹ issues. However, the financial sector "was able to make its voice heard (although not by saying very much about the financial sector itself). The United Nations Environment Programme Finance Initiative (UNEP FI) describes itself (in a "Position Paper presented at the 2012 Rio conference) as "a global partnership between UNEP and the financial sector" which is "member-driven" and "voluntary" (with over 200 members). The initiative is based on the UNEP Statement of Commitment by Financial Institutions on Sustainable Development. The "commitments" in question (set out in the UNEP Statement) include a number of statements of belief and opinion rather than undertakings to do (or not do) anything in particular. For example, the first "commitment" is:

We regard sustainable development – defined as development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs – as a fundamental aspect of sound business management.

Any "commitment" in the above statement is, at best, implicit and as a result somewhat imprecise. The second "commitment" states that the UNEP FI members "believe that sustainable development is best achieved by allowing markets to work within an appropriate framework of cost efficient regulations and economic institutions" and that "Governments have a leadership role in establishing and enforcing long-term priorities and values". No "commitment" in the ordinary sense is contained in this statement, which, at least in part, seems to reflect the bankers'

¹⁹ Environment, Social and Governance.

desire for free markets. In fact, the only clear commitment – such as would be recognised as involving a promise of some kind – is a commitment to comply with the law. The members state (in paragraph 2.2 of the Statement) that they “will comply with all applicable local, national and international regulations on environmental and social issues...” When it comes to going “beyond compliance”, however, the Statement simply says that the members will “work towards” integrating environmental and social considerations into operations and business decisions. (For the sake of completeness, it should be added that there is a promise to “endeavour to pursue best practice in environmental management” and to “seek to form” relationships with counterparties that have high environmental standards (although not to the exclusion of relationships with counterparties that do not)).

Perhaps one should not expect too much. At least the banks that have committed to the Statement recognised that “sustainable development is an institutional commitment and an integral part of our pursuit of both good corporate citizenship and fundamentals of sound business practice.” We will look into “good corporate citizenship” in more detail below.

The “common vision” shared by UNEP FI members is (they say) that sustainable development can only be achieved with “a stable and sustainable financial sector” as the “backbone” of a “more balanced, inclusive and green economy”. So the Position Paper for Rio 2012 should, one would think, be very aware of the decidedly unstable conditions prevailing in the financial sector as of June 2012. One might expect that any paper or “commitment” on sustainability by or on behalf of the financial sector would evidence such awareness. This, however, does not appear to be the case. The Position Paper consists of six short paragraphs, mainly exhortatory in nature and encouraging the “governments of the world” to do various things (including, it would seem, providing unspecified encouragement and incentives for the financial sector), and a summary of what the authors regard as desirable “key outcomes” for the Rio conference. These outcomes (which “governments” are asked to consider) are:

- a) highlighting the role of the financial sector, having regard as to “its ability to promote the allocation of capital to those businesses and market players operating more sustainably”;
- b) incentivising financial institutions to “integrate sustainability issues into their risk management policies and overall decision-making procedures”;

- c) promoting “the availability and accessibility of relevant and comparable sustainability information”;
- d) committing to “work closely with the financial sector in building markets for long-term sustainable lending, investment and insurance services...”; and
- e) calling for “all UN-embedded and UN-backed partnerships with the financial sector and the broader private sector to work closely in order to enhance their efforts in making sustainable finance a reality”.

Of the above, the most interesting is c). The text describing the detail of the “outcome” is unusually specific. It tells us that the objectives are to include:

- a) “Facilitating access to information on relevant sustainability-related norms and regulations, as well as on their enforcement”;
- b) “Developing a convention that provides a global policy framework requiring the integration of material sustainability issues within the corporate reporting cycle on a “report or explain” basis”; and
- c) “Encouraging the regular evaluation of the sustainability impacts of commercial and residential properties...”

If the objective of improving access to information on sustainability-related norms could be achieved and the result was the availability of information about “ESG performance” that was both accessible and “comparable” (enabling one to compare one institution with another), we would have taken a major step forward. The public would be able to compare companies (including banks) with one another in a way that does not require the filtering out of the inevitable value judgements that tend to come with data and assessments currently produced by NGOs. The difficulties caused by the absence of objective indicators in this area have been commented on in an article published by the author earlier this year.²⁰ However, the main focus of UNEP FI, it seems, is to look at potential investee companies of all kinds from the point of view of a financial sector investor (*e.g.* an investment manager or analyst). It is not directly concerned with the sustainability issues that are peculiar to banks.

²⁰ “Towards a more sustainable financial system – part 2: Creating an effective civil society response to the Crisis”. (2012) 6 LFMF (at 200).

It would seem that the “outcome” referred to above is reflected in part in paragraph 47 of the joint government statement (“The Future We Want”) issued at the end of Rio+20:

We acknowledge the importance of corporate sustainability reporting and encourage companies, where appropriate, especially publicly listed and large companies, to consider integrating sustainability information into their reporting cycle. We encourage industry, interested governments as well as relevant stakeholders with the support of the UN system, as appropriate, to develop models for best practice and facilitate action for the integration of sustainability reporting, taking into account the experiences of already existing frameworks, and paying particular attention to the needs of developing countries, including for capacity building.

This, in turn, was accompanied by a press release by a group of governments (Brazil, France, South Africa and Denmark) calling themselves the “friends of paragraph 47”, that committed to “advance corporate sustainability reporting”. It would seem that these governments are looking to promote a “report or explain” approach, as currently applied in Denmark and South Africa – although, at the time of writing, the precise scope of their work remains unclear. What does seem to be clear, however, is that Rio+20 has not resulted in any initiatives that are specific to the sustainability of banks or the financial markets – or the sustainability reports of banks. This suggests that the meaning given to “sustainability” at ESG for a such as those gathered at Rio is narrower than one might have hoped.

But notwithstanding the lack of interest at Rio + 20, perhaps the time has now come for such matters to be looked at more closely? Do sustainability reports of banks, for example, serve a useful purpose? Could they be made more useful if they provided, for example, more material that enabled the reader to make a judgement about the culture of the bank and how it compares with its peers?

4 Sustainability and citizenship reports of banks

To study a bank’s sustainability report is to study what a bank says about itself. It is not, to any material extent, a study of objective and verified data, save to extent

that certain data in the report may, in somewhat obscure language, be the subject of a limited form of assurance by an independent third party set out at the end of the report. Still, it is less a study of a bank's culture, although a comparison of a report with known facts about a bank's behaviour can be instructive.

No one could criticise the banks for shrinking from the task of presenting material about how sustainable they consider themselves to be. The difficulty arises when one tries to analyse the large amount of material made available, separate the hard facts from the statements of opinion, acknowledgements of the areas that have room for improvement (which tend to be scarce) from self-acclaim (which tends to be plentiful) and find any kind of data that enables one bank to be compared with another. In the post-financial crisis world, there is also a serious shortcoming that such material needs to address: the absence of any significant information that enables one to assess the sustainability of the bank in question as a viable, long term financial market participant and contributor to society and its stakeholders – and form a view about its culture and its approach to ethical questions (evidenced by practice rather than stated policy). According to the Financial Services Sector Supplement (“FSS”) of the Global Reporting Initiative (“GRI”), “Sustainability reporting is the practice of measuring, disclosing, and being accountable to internal and external stakeholders for organisational performance towards the goal of sustainable development.” However, in practice, sustainability reports of banks are far from consistent on how the latter part of that phrase (which is admittedly somewhat imprecise) should be interpreted, and this lack of consistency makes analysis of the reports and the comparison of one bank with another difficult.

To illustrate the extent of the difficulty, a comparison of the 2011 Reports of two of the UK's largest banks, RBS Group and Barclays (both of whom signed up for the UNEP FI statement of commitment referred to above) are important to note. Although they cover similar ground, the two reports have different names: the RBS report is called a “Sustainability Report” whilst the Barclays report is called a “Citizenship Report”. RBS focuses its document around “five sustainability themes”: “fair banking”; “employee engagement”; citizenship and environment”; “supporting enterprise”; and “safety and security”. Barclays’ “citizenship commitment” is based on “three pillars”: “contributing to growth”; “the way we do business”; and “supporting our communities”. Many of the

predictable themes can be found in both documents. These include, for example: “stakeholder engagement”, combating financial crime, the bank’s carbon footprint and general impact on the environment, governance structure, lending to small and medium-sized businesses, inclusiveness, diversity, the ever-widening range of “corporate social responsibility” and so on. Much of this material appears to seek approval for the bank doing little more than what the law requires anyway, or for simply following sound business practice in its choice of borrowers or treatment of retail branch customers. It’s not that treatment of retail customers is unimportant, it’s just that at times these reports stray too far into “customer relations” (or just plain “PR”) territory and, as a result, leave the reader feeling somewhat sceptical as he reads lengthy accounts of how wonderful the bank thinks its service is.²¹ RBS, for example, tells us that it is working towards “becoming the UK’s most Helpful and Sustainable Bank” and that its progress regarding this has “been recognised externally through the awards we have won for our branch network, our call centres, our new mobile apps, our online service and our products.” Barclays tells us that it goes “beyond regulatory requirements to ensure the best experience for our customers” and even uses its document to advertise what are essentially investment banking services when, under the heading “Supporting the Eurozone”, it tells us:

We continued to help government borrowers during the difficult conditions experienced in 2011. We also provided strategic advice, including advising the French state on the restructuring of the Dexia Group, the Spanish government on the valuation of its domestic savings banks, and the Bank of Ireland on a restructuring programme for the banking system.

There are also references to the bank managing bond issues for Eurozone governments. One begins to wonder if there are any aspects of the bank’s business that would not qualify for a mention in the report.

21 Admittedly anecdotal evidence arising from the author’s conversations with bankers, journalists, academics and “sustainability professionals” suggests that there is a widespread (but rarely openly expressed) view that documents of this kind are “just PR” and not to be taken seriously. Of course, if a bank regarded its own sustainability report as “just PR” that would itself seem to be *prima facie* evidence of a dubious culture.

RBS, however, is prepared to address some business model issues in its document and provides a table of “key financial targets” for the bank, which includes statements such as:

- a) “We want to put our balance sheet on a more secure footing by lending only as much as we have in deposits”;
- b) “We want to reduce our reliance on short-term money market funding to make our balance sheet less volatile”;²² and
- c) “We want to hold strong liquidity buffers to guard against unexpected funding difficulties”

These statements, and others in the document, tell us that RBS sees its own business model as a sustainability issue. This is to be welcomed. It is not clear that this is the case with Barclays. One would think that a bank (or anyone else) that is serious about sustainable development would recognise that a sustainable financial system is needed if it is to be achieved and that a sustainable financial system depends on, amongst other things, banks learning the lessons of the global financial crisis and adopting sustainable business models themselves and converting to a more responsible culture than the one that dominated in the pre-crisis period. You might therefore expect a bank’s report that deals with “sustainability” (whatever its title) would say something about the sustainability of its business model and ability to continue in business without needing more taxpayer support than is implicit in depositor protection schemes and “lender of last resort” functions at the central bank. But such matters (which, as indicated above, are outside the scope of ESG as traditionally understood) seem to slip under the radar of the traditional sustainability community and no pressure seems to be exerted on banks to develop such matters in “sustainability reporting”.

Neither bank has anything to say in the document about its regulatory disciplinary track record (for example, how much it has been paying out in fines to its regulators) but both banks tell us how they are progressing in dealing with customer complaints. In each case, the data about complaints are not presented in a way that enables progress (or the lack of it) against previous periods easy to assess (although Barclays produces a table for its UK bank that shows an

²² The Banking Reform White Paper (see fn 8 above) suggests that, in future, retail banks should not be dependent on wholesale funding: “Reducing reliance on wholesale funding is a way of ensuring that ring-fenced banks run less risk of funding and liquidity shocks, such as those experienced in the recent crisis.”

improvement over 2010) and the information is unhelpfully laced with an excess of self-congratulatory prose. A statement of the bald facts followed by reasonably objective comment would have been better.

In both cases, complaints about misselling payment protection insurance (PPI) – a major, and expensive scandal for all the large UK banks – loom large (although neither bank informs us in the document of the massive provision it has had to make for claims). In the case of RBS (which owns NatWest as well as other UK high street banks), the next report will no doubt have to comment on the severe problems encountered during week following June 19th, 2012, when a computer upgrade problem (widely referred to as a “technical glitch”) caused severe payment difficulties for its customers over a period of several days. This caused the Times newspaper to reflect on what society expects from banks in an Editorial on June 25th:

For their customers, all banks are too big to fail. The systems meltdown at NatWest...was not just a commercial failure.

It left up to 16.9 million people surviving a weekend without cash, holidaymakers stranded, and account holders finding that payments were not made and paychecks did not arrive. In a handful of cases, families have been left living out of hotels as actual house purchases have stalled...

Just as the first duty of the state is to defend its people, the first duty of a bank is to provide a means whereby customers can get hold of their own money. All else is secondary...When a bank's computers grind to a halt, rendering it an institution into which money can neither go in, nor come out, the blame can go nowhere else. This is rank incompetence.

A serious operational failure, such as that which afflicted RBS, can inflict serious reputational damage. Since banks depend on their reputation as a safe home for our money (whatever we may think of “bankers” these days) even a major bank like RBS can only afford a limited number of “technical glitches” of this kind before its business (and its viability and sustainability) is threatened. RBS will no doubt survive this incident but it will have to spend a great deal of time and money dealing with the ensuing avalanche of complaints and claims. UK banks may also find that they have to report next year on how they have handled claims regarding the misselling of derivatives to small and

medium-sized businesses (SMEs), the subject of an FSA “update” statement at the end of June 2012.²³ Are these sustainability issues? If “fair banking” and “good corporate citizenship” are, one would think so.

The interesting, wider point is that issues such as how a bank handles complaints from its customers (and how many complaints it gets) are seen as a sustainability (or citizenship) issues by banks themselves. If that is the case, then surely data on fines for regulatory breaches (or sums paid in settlement of regulatory proceedings) in relation to matters such as insider dealing and other kinds of market abuse,²⁴ lax controls to discourage rogue traders or other operational risks (including computer failure), poor anti-money-laundering procedures, failure to protect client money, etc, should also be fed into the mix and an appropriate section be included in the Sustainability Report (in addition to anything reported elsewhere)?²⁵ Disciplinary action by regulators, after all, could be regarded as a form of “complaint” but made on behalf of the public as a whole. Further, many may feel that a bank’s disciplinary record (particularly if it is out of line with its peers) tells us more about a bank’s “culture” and ethical behaviour than any number of organisational charts, grand-sounding “sustainability committees” or statements of pious intent from the Chief Executive or Chairman.²⁶ Let’s bring these things out into the open. (In many countries the raw data are in the public domain anyway). To paraphrase Barclays, a good “corporate citizen” should be aware of, and prepared to publish its history on such matters and ensure that its governance and controls result in a record that does not cause embarrassment.

23 This was entitled “Interest Rate Hedging Products, Information about our work and findings” and stated that the FSA investigation into the alleged mis-sellings had found “serious failings” in the methods used to sell the products to SMEs. The failures included: poor disclosure of exit costs, failure to ascertain customer’s understanding of risk and “non-advised sales straying into advice”. There was evidence that financial incentives for the sales people were a driver of the poor practices.

24 Again, the LIBOR rigging scandal provides an example. On 27th June 2012, it was reported that (according to the BBC News website) Barclays was fined £290m for “trying to rig” the LIBOR interest rate over a period of several years. The statement from the US Commodity Futures Trading Commission said: “Barclays... attempted to manipulate and made false reports concerning both benchmark interest rates to benefit the bank’s derivatives trading positions by either increasing its profits or minimising its losses. The conduct occurred regularly and was pervasive.”

25 The FSSS of GRI requires (at PR9) disclosure of the “monetary value of significant fines for non-compliance with laws and regulations concerning the provision and use of products and services”. In relation to this item, both Barclays RBS simply state “NR” (not reported). No explanation is offered.

26 In order to provide a reasonably comprehensive picture, it is suggested that the figures include sums paid in settlement of regulatory proceedings (a very common occurrence) and sums paid to third parties on the instruction of a regulator. Arguably, egregious losses due to poor risk management or controls and sums paid to tax authorities in recognition of a breach of undertakings relating to tax avoidance should also feature. The figures should be presented on a five year rolling basis so that the reader can judge more easily progress (or deterioration) over a representative period.

In other areas, the contents of the Barclays and RBS documents tend to reflect different emphases and experiences of the two banks. Barclays, for example, has a great deal to say about tax avoidance – a subject that has given rise to some concerns for it in 2012 (and which, in June, received a lot of attention in the UK media thanks to a campaign by the Times newspaper that “exposed” the tax avoidance schemes entered into by various celebrities and induced the Prime Minister himself to pass judgement on the morality of the schemes). Barclays make some reasonable points about tax avoidance and there is at least a suggestion that they are changing their ways.²⁷ It is a pity, however, that they insist on referring to tax paid by their employees (through the PAYE system) as though it was a contribution to society by the bank itself. RBS, on the other hand, provides a separate document on its financing of the energy sector which incorporates environmental data on “the activities and impacts of large companies worldwide” obtained from Trucost and enables RBS to boast, for example, that “we estimate that our top 25 power clients and top 25 oil & gas clients are less carbon intensive than the industry average”. Both banks state that they comply with the Equator Principles and both break down their EP (i.e. project finance) deals by risk category, but without any indication of the amount involved or any information that would enable a given project to be identified. Barclays gives us data on all its energy, mining and comparably environmentally sensitive finance deals that have been subject to its internal screening process but nothing that would enable the reader to carry out any kind of verification.

5 Independent assurance statements

A comparison of the Independent Assurance statements in the two reports raises some interesting points of comparison. According to the FSSS of GRI, such a statement should (inter alia) “assess whether the report provides a reasonable

²⁷ For an article suggesting the links between the “celebrity tax avoidance” story and Barclays see Philip Johnson “A penitent comic offers lessons to shameless bankers” in the Financial Times, June 26th, 2012. Stephens notes that Barclays, and its CEO, Bob Diamond, were annoyed that the UK tax authorities had named it as being involved in a tax avoidance scheme to which it objected and “as a result, the bank suffered reputational damage. This was especially galling, as it had just started marketing itself as a good corporate citizen. Given the controversies of the recent past, including a shareholder revolt against Mr Diamond’s £20m-plus pay and benefits package, it is moot whether Barclays has anything much of a reputation to be tarnished.”

and balanced presentation of performance, taking into consideration the veracity of data in a report as well the overall selection of content”. The statement for the RBS document (made by Deloitte LLP) says, in the relevant part that:

RBS have implemented processes and procedures, as described on page 39, that adhere with (sic) the principles of inclusivity, materiality and responsiveness as set out in the AA1000 Accountability Principles Standard 2008 (“AA1000APS”); and
Nothing has come to our attention that causes us to believe that the selected key performance data which we were engaged to provide assurance on are materially misstated.

To understand the above statements, one does of course have to read page 39 of the report and also look at the key performance data on which the “limited assurance” is given. Page 39 simply describes the AAA1000 AccountAbility Principles Standard and the three principles (of inclusivity, materiality and responsiveness) that “an organisation should adopt as a framework for sustainability management and reporting”. “Inclusivity” is expressed to mean “Identifying and engaging with stakeholders to gain a full understanding of issues.” “Materiality” means, “Determining what issues are important to RBS and our stakeholders”. And “Responsiveness” means “Responding to material issues and being transparent about our performance”. So, one can conclude, Deloitte were happy with RBS’s approach as regards these procedures. But what about the content of the document? It is here that one has to study the second of the above statements. What were the key performance data that Deloitte looked at? Sixteen different categories are listed. These range from the “number of mortgages provided to first-time buyers in 2011” to the “number of voluntary and compulsory redundancies”; the “employee diversity gender, age and ethnic profile” and the “number of project finance deals per Equator Principle category and industry sector”; “total community spend” and “total air travel”; and so on. They do not cover the data about the bank’s business model. How many of these headings should one regard as providing objective indicators of a bank’s sustainability? Can they be scored, with different values (as to sustainability relevance) being ascribed to each? For example, should a bank be regarded as scoring more “sustainability points” for an admirable record on, say, air travel

than on first-time buyer mortgages? How are such judgements to be reached? There seems to be no attempt in the reports of either bank to distinguish core issues from the more peripheral issues.

The equivalent statement for the Barclays document is made by Ernst & Young LLP. This is laid out quite differently than the Deloitte's statement, with the "meat" of the assurances taking the form of questions and answers. For example:

"Inclusivity

Has Barclays been engaging with stakeholders across the business to develop its approach to citizenship?

- a) We are not aware of any key stakeholder groups that have been excluded from dialogue
- b) We are not aware of any matters that would lead us to conclude that Barclays has not applied the inclusivity principle in developing its approach to citizenship"

"Completeness and accuracy

How plausible are the statements and claims within the Report?

- a) We are not aware of any inconsistencies in the assertions made with regard to performance and achievement"

Such statements do not exactly fill one with confidence. How much simpler would life be for the reader if the reports clearly separated facts from opinion and the assurance statement just told us that the factual statements were accurate! No doubt, accountants have their reasons for the tortured style of English that they employ (not least, a fear of being sued) but perhaps a renewed appeal for the use of plain English and, as far as possible, the presentation of a self-contained statement with minimal cross-referencing may be made? To make the necessary investigations needed to support more assuring "assurances" would cost more money perhaps...but are we to take these reports seriously or not?

6 Suggestions for improvement: taking “bank sustainability” seriously

The documents of the two banks raise a range of issues and suggest there is room for improvement in (at least) the following areas:

- a) Reducing the amount of material that relates to what the bank would have to do to comply with the law anyway or that is simply good customer relations (*e.g.* reducing queues in branches);
- b) Presenting information that, as far as possible, enables verification and/or is accompanied by a statement from a third party that is confirmatory in nature.
- c) Presenting information in a way that reflects a consensus (which, admittedly, may still need to be established) as to which are the more important issues and which are relatively peripheral;
- d) Increasing the amount of material that is related to the bank’s own business model and culture and its sustainability;
- e) Increasing the amount of material on the bank’s disciplinary record;
- f) As far as possible, present material in a way that i) makes comparison with previous years and with other banks easy ii) distinguishes clearly fact from subjective commentary;²⁸
- g) Improving the navigability of internet based documents so that, for example, *i*) the indices of the Global Reporting Initiative are (where relevant) easily found (not the case, for example, with the RBS document) and *ii*) one can easily follow a link to any cross-referenced item (either in the same document or elsewhere, such as the Annual Report) with appropriate page and paragraph references; and
- h) Ensuring, as far as possible, that all banks present the same kind of information under the same headings (bearing in mind the widespread use of imprecise terminology such as “engagement”) and omit information and “PR material” that is not relevant to those headings.

²⁸ According to the FSSS of GRI, “Comparability is necessary for evaluation performance. Stakeholders using the report should be able to compare information reported on economic, environmental, and social performance against the organisation’s past performance, its objectives, and, to the degree possible, against the performance of other organisations.” Clear and unambiguous language would seem to be an implicit requirement if this objective is to be met.

In order to make progress in these areas, it is suggested that organisations that have an influential role in the content of sustainability reports (such as GRI or the “friends of paragraph 47”) taking a fresh look at what the principal indicators of sustainability are **in the context of banks** and give more emphasis to issues that relate to a bank’s own business model, its culture and approach to ethical issues as opposed to the more “traditional” ESG issues. At present the focus at organisations like UNEP FI remains on how financial sector investment specialists could do a better, more “ESG-aware,” job if reporting on sustainability was better and more widespread. That is a worthy objective. But it should not be pursued to the exclusion of looking more closely at what sustainability means for the banks’ own business and for the financial system.

Through the lens of sustainability indicators, properly adapted for the peculiarities of banks, we could, if we wanted, start to learn a great deal more about bank behaviour and attitude than currently enters into the public domain. The sustainability reports, instead of being “just PR”, could become engines of change for the better. It seems inconceivable, after all, that a bank that had participated in something like the LIBOR rigging scandal could be considered a candidate for “Sustainable Bank of the Year”.

The use of “soft law” pressure, through the organisations mentioned in this article (and possibly others), is more likely to bring about change in an arena that looks both across jurisdictional boundaries and down to generations as yet unborn. Traditional law making is ill-suited to dealing with the difficulties that the differing time and space dimensions present. But a greater level of consensus needs to be developed on what the objective indicators actually are of good and bad sustainable behaviour for a bank. Such indicators then need to be regularly updated rather than set in stone. Reporting requirements need to reflect that consensus. And banks should not feel free to pick and choose which ones they report on, entering “NR” if they find the matter too embarrassing or inconvenient. The reports should then be backed up by clear and unambiguous assessment statements from independent third parties. These would, as a result, carry some weight, rather than merely “perform a function of ritualistic comfort”²⁹ – as now seems to be the case.

29 See Chiu “Standardization in Corporate Social Responsibility Statements” Florida International Journal of Law Vol. 22 No. 3 (December 2010) at 361 and 390.

“Soft law” is not necessarily all that soft in its effect. The moral pressure that can be exerted by it can result, ultimately, in (to borrow from the Financial Times’ lead editorial of June 29th, 2012, commenting on the LIBOR rigging scandal) “shaming the banks into better ways”. According to that editorial, the LIBOR rigging scandal shone an “unsparing light on the rotten heart of the financial system.” If we can get the senior officers of banks to understand that society expects sustainability reports to provide both information on, and commitments relating to, a bank’s culture, and that egregious incidents showing that such commitments have failed would generally be expected to lead to a resignation at the highest level, we can start to believe that some worthwhile change has at last been achieved. Making changes to reporting practices involves relatively small steps, and relatively easily achievable objectives. But small steps – if in the right direction – can have a big effect. If we can, through better reporting, insist that light is shone on what happens inside banks on a more regular basis and get out of the habit of taking bankers at their word when they tell us how good their “culture” is, we will start to make progress on meaningful reform.

Such reforms would also have a positive effect on our collective efforts on the ESG agenda. To the extent that events like Rio+20 can look uncomfortably like “the West” lecturing the developing world whilst overlooking the catastrophes taking place in its own backyard, it would do no harm at all if the West (including the ESG community) took more positive steps to set its own house in order in relation to the sustainability of its banks and its financial system.³⁰ This must now be seen as a priority for all stakeholders, not just for governments and regulators.

30 In an interview published in the Times newspaper on 2nd July, the President of the World Bank, Robert Zoellick, reflecting on Rio+20 – and the Eurozone crisis – said, “The rest of the world is saying, who do these people think they are? We are worried they are going to bring down the world economy, and they are trying to tell us how to run our economies?”

A Encruzilhada da Supervisão das Instituições de Crédito

Paula Costa e Silva*

Jorge Pação**

1 Introdução e delimitação do âmbito problemático. 2 Regulação financeira e soluções a ponderar. 3 A experiência portuguesa: que lições a retirar? 4 Supervisão financeira e discricionariedade administrativa. 5 Os poderes de ingerência da autoridade de supervisão e os limites de natureza constitucional. 6 Ponderação casuística de interesses e responsabilidade da autoridade de supervisão. 7 Síntese conclusiva.

Resumo

Partindo da experiência portuguesa e da crise financeira europeia de 2008, abordamos o estudo da supervisão financeira no exercício pelos bancos centrais de um poder administrativo que balança entre a discricionariedade e a vinculação. Analisamos o modo como o Direito deve assumir um papel principal na definição dos poderes das autoridades de supervisão financeira e na promoção de um verdadeiro equilíbrio entre a liberdade e as restrições necessárias à atuação do Banco Central.

* Professora catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, área de especialização Ciências Jurídicas. Jurisconsulto, advogada e árbitro.

** Assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Palavras-chave: Supervisão financeira macroprudencial. Regulação financeira. Banco Central. Banco de Portugal. Crise financeira. Discricionariedade administrativa. Liberdade de iniciativa económica. Direito de propriedade.

Abstract

Based on the Portuguese experience and on the European financial crisis of 2008, we approach the study of financial supervision in the exercise by the Central Banks of an administrative power that moves between discretion and constraint. We analyze how the Law must take a leading role in defining the powers of the financial supervisory authorities and in the promotion of a proper balance between freedom and the indispensable restrictions on the Central Bank behavior.

Keywords: *Macro-prudential financial supervision. Financial regulation. Central Bank. Central Bank of Portugal. Financial crisis. Administrative discretion. Freedom of economic initiative. Property rights.*

1 Introdução e delimitação do âmbito problemático

No âmbito do curso luso-brasileiro sobre regulação jurídica, ocorrido em São Paulo em outubro de 2011,¹ foi-nos proposto que tratássemos de um ou mais aspectos relacionados com a supervisão bancária.

Gesto de pura temeridade, já que não é área em que possuamos qualquer formação especial. Talvez por essa razão, colocamo-nos relativamente à matéria da supervisão bancária como observadores externos.

Num momento em que ainda tentamos ultrapassar os efeitos devastadores do verão de 2008, cremos que o que mais nos importa é saber o rumo que as instâncias políticas e legislativas pretendem trilhar de modo a evitar, se não a ocorrência de problemas decorrentes de causas diversas, pelo menos a repetição

1 Para mais detalhes acerca desse curso, consultar <<http://www.agu.gov.br/>>.

de situações semelhantes. Fossem quais fossem as estruturas de supervisão existentes, aparentemente todas elas falharam. E do ponto de vista do observador externo, falharam, uma vez que não lhes foi possível reagir atempadamente a um conjunto de circunstâncias que concorreram para o quase colapso do sistema financeiro num campo geográfico significativo do mundo ocidental.

Não retomaremos, aqui, aquelas que são as causas por todos identificadas para que a crise financeira tivesse atingido as proporções que atingiu: a emergência de um novo mercado – o da venda de imóveis, com recurso ao crédito – em torno da qual se estruturou uma complexa cadeia de produtos financeiros, destinados, em última instância, a transferir o risco financeiro dos empréstimos do credor originário para o mercado. Todos passámos a saber o que queriam dizer siglas tão nebulosas como os CDS,² tomámos conhecimento do fenómeno da titularização de créditos,³ ouvimos comentarem as consequências negativas de as instituições de crédito passarem a inscrever os instrumentos financeiros em seu relato financeiro segundo um princípio de *mark to market*,⁴ expuseram-nos os riscos da captura das autoridades de supervisão pelos supervisionados.

Fomos verificando que a tendência, tanto nos Estados Unidos da América quanto na Europa, apontava, até pouco antes de 2008, no sentido de uma cada vez maior desregulação de todas as operações.⁵ Operações que conhecemos com um regime extremamente pesado passaram a estar submetidas a um princípio de autorregulação pelos mercados em que poderiam ser realizadas.

Um dos casos mais curiosos foi o do agora diabolizado *short selling*. Anteriormente densamente regulado,⁶ dobrado pelas regras das contas-margem e controlado por meio da vigência de um apertado regime de legitimidade do ordenador da venda, passou o *short selling* a ter sua admissibilidade inferida a partir do confronto de uma pluralidade de disposições legais que até a matéria das contas-margem deixaram de regular.

2 Para um maior desenvolvimento, confira-se Stulz (2010, p. 73 e ss).

3 Na defesa da maturidade desse segmento do mercado de capitais, ainda que anterior à crise financeira, confira-se Santos e Figueiredo (2006, p. 357 e ss).

4 Para uma ponderação da influência da *mark to market rule* na crise financeira, confira-se Laux Leuz (2010, p. 93 e ss).

5 Para uma análise sumária da evolução da desregulação do mercado financeiro, confira-se Sherman (2009), disponível em: <<http://www.cepr.net/index.php/publications/>>.

6 Nesse sentido, confira-se Grüwalle, Wagner e Weber (2010, p. 108 e ss).

2 Regulação financeira e soluções a ponderar

Se o excesso de regulação pode ser prejudicial, a ausência dela – ou, talvez com maior rigor, a delegação da sua conformação àqueles que estão diretamente interessados nos resultados de um setor de negócio – pode ser fatal. E o poder de provocar um verdadeiro “terramoto” no sistema financeiro será tanto maior quanto maior for a assimetria informativa entre aqueles que visam alijar o risco e todos quantos o assumem, sem jamais terem ou poderem ter essa percepção.

E mais: porque a assimetria informativa existirá sempre, podendo, até, admitir-se que ela será tanto mais intensa quanto maior for o volume de informação que se disponibiliza, a nossa observação levava-nos a concluir que possivelmente só nos restava uma de duas alternativas: ou nos conformávamos e aceitávamos que “é mesmo assim e que nada há por fazer”, ou intentávamos uma alteração de um rumo que globalmente nos levou por um péssimo caminho.

Mas qual seria o rumo? Descendo do nível das mensagens políticas, de um ponto de vista técnico e operacional, o que se poderia fazer?

Que caminhos ainda podemos acreditar que serão percorridos quando percebermos as dificuldades com que se defrontou a aprovação do *Dodd-Franck Act*,⁷ lei que visa reformar o sistema financeiro norte-americano, introduzindo novas regras destinadas a proteger os consumidores? Supomos que parte das dificuldades desse diploma pode, realmente, resultar da sua extensão e complexidade. Mas será somente isso? Que se pode e se quer realmente fazer?

Numa primeira aproximação, diremos que se pode voltar a regular aquilo que, por total ausência de regulação, funcionou mal. Isso porque nos parece que não basta reforçar a responsabilidade comportamental e prudencial dos principais agentes de mercado para que tudo corra bem. No limite, esses agentes, como qualquer estrutura societária, entram em colapso. Ora, aquilo que é preciso é evitar que entrem em colapso. E, se isso não for de todo em todo possível, é fundamental que se criem formas de intervenção rápida, que permitam estancar a propagação dos riscos sistémicos de um colapso.

Como se faz tudo isto?

⁷ Nesse sentido, confira-se Grüwalle, Wagner e Weber (2010, p. 108 e ss).

Neste ponto, vamos encontrar uma das grandes dificuldades com que se depara qualquer sistema de regras comportamentais. Como deve esse sistema ser composto? Por regras extremamente detalhadas, que permitem uma clara identificação da fronteira entre o lícito e o ilícito, como ocorre nos sistemas de tipos fechados? Por princípios ágeis, potencialmente aptos a regular qualquer situação? Um sistema de regras detalhadas potencia exponencialmente, no caso da regulação financeira, um velho problema: essas regras são inaptas para responder, com eficiência, a situações por elas não diretamente reguladas. Mas um sistema assente apenas em princípios ou cláusulas gerais tem uma outra dificuldade: o processo de decantação da regra é moroso e gera instabilidade.

Se é fácil dizer que há de ser do balanceamento entre regras e princípios que o sistema se deve construir, bem mais complexa é a tarefa de concretização desse equilíbrio. Essa dificuldade não pode ser escamoteada e deve estar sempre presente no discurso crítico.

Será partindo dela que tentaremos aqui dar conta daquele que poderá vir a ser o novo rumo da supervisão bancária em Portugal.

3 A experiência portuguesa: que lições a retirar?

Atualmente, essa análise terá de ser feita à luz das mais recentes alterações legislativas ao regime jurídico que molda o exercício da supervisão por parte do Banco de Portugal.

No pós-2008, o reforço desses poderes surge, em primeira linha, através de um percurso de índole europeia. Os últimos anos ficam marcados pela constante procura de soluções para a crise financeira europeia, sendo a regulação um dos instrumentos que maior número de considerações tem merecido.⁸

De importância indesmentível para as atuais linhas de reforma na regulação do setor bancário, destacamos o **Relatório de Larosière**.⁹ Fruto do trabalho de um grupo de peritos, presidido por Jacques de Larosière, esse documento, solicitado pela Comissão Europeia com o intuito de iniciar um conjunto de reformas significativas na regulação financeira, destacou como ponto

8 Entre outros, confira-se Kübler (p. 570-582).

9 Disponível em <http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf>.

estratégico essencial o desenvolvimento da supervisão macroprudencial, contrariando o enfoque praticamente exclusivo que era atribuído à supervisão microprudencial. Exigiu-se a mudança de paradigma na supervisão bancária: em vez de uma supervisão prudencial¹⁰ primordialmente centrada na proteção imediata dos depositantes e dos pequenos credores (por meio do controlo a distância e inspeção das instituições individualmente consideradas), exalta-se o acompanhamento da exposição ao risco sistémico, bem como o reconhecimento de eventuais ameaças à estabilidade macroeconómica.¹¹ No fundo, regressamos ao conceito etimológico de regulação que “gira em torno de duas ideias fundamentais: o estabelecimento e implementação de regras, de normas, e a manutenção ou garantia de um funcionamento equilibrado de um sistema” (MOREIRA; MAÇÃS, 2003, p. 14).

As indicações presentes no relatório foram determinantes para a criação do *European Systemic Risk Board* e para as mudanças no modelo de supervisão bancária em Portugal, bem como nos restantes Estados-membros da União Europeia. Será à luz dessas recentes alterações que se torna profícuo analisar as diferentes opções e preferências já evidenciadas pelo legislador.

Sendo natural o reforço dos poderes do Banco de Portugal, já não será inequívoco o modo como o legislador o escolheu fazer, tornando-se necessário dissecar as eventuais consequências desse novo modelo de supervisão. O tendencial radicalismo dessa reforma (esclareça-se, no sentido puramente filosófico do termo) poderá também ser explicado pela intensidade com que a denominada “crise” atingiu o setor bancário em Portugal.

No meio do iminente colapso do sistema financeiro mundial, em Portugal ocorreram problemas graves com duas instituições de crédito, as quais de diferentes dimensões, motivo por que foi diferente o modelo de intervenção do Estado em cada uma delas.

Não nos interessam, neste momento, os detalhes implicados em cada uma dessas situações. Mas interessam-nos três aspectos que são comuns aos dois casos. Em ambos se verificou uma total inadequação das estruturas de governo das sociedades que se dedicavam à atividade bancária. Não porque essas estruturas não obedecessem formalmente aos contornos legais, mas porque, fossem quais

10 Sobre o conceito de supervisão prudencial, confira-se Rodrigues (p. 545 e ss).

11 Para um maior desenvolvimento, confira-se Angelini, Neri e Panneta (2012, p. 3 e ss).

fossem esses contornos, a gestão se revelou substancialmente inidónea. Em segundo lugar, em ambos os casos, os controlos intrassocietários revelaram-se totalmente inoperantes: nenhum dos órgãos sociais que poderiam ter detectado a fraudulência da gestão funcionou substancialmente.

Em terceiro lugar, o presidente da autoridade de supervisão das instituições de crédito e sociedades financeiras, entre nós, o Governador do Banco de Portugal, comparecendo a sucessivos inquéritos parlamentares, justificou a impossibilidade de sequer ter tomado conhecimento do que de patológico ocorria em ambos os bancos com a insuficiência de poderes de supervisão comportamental da autoridade a que presidia sobre os supervisionados.¹²

Também não nos interessa, agora, sindicarmos a veracidade dessa afirmação. Mas será dela que teremos de partir para compreendermos a tendência em matéria de supervisão.

Quando o responsável máximo de uma autoridade de supervisão afirma não ter poderes suficientes para realizar uma supervisão comportamental – do que resultando como consequência que operou, em Portugal, durante vários anos, um banco cuja gestão agora se presume fraudulenta –, o que se faz no plano legal?

A resposta parece evidente e já foi dada pelo legislador português no presente ano de 2012. Se bem que a teoria dos sistemas tenha demonstrado que dificilmente o supervisor público poderá contar com recursos especializados em tão grande número quanto o universo das entidades que supervisiona, aumenta-se a esfera de competência da autoridade de supervisão.

Mas o incremento desses poderes vai estar sujeito à dificuldade que acima identificámos. Como proceder? Tipificando as competências, estando todas as demais excluídas de acordo com o princípio de que a competência em Direito Administrativo não se presume? Ou submetendo a intervenção da autoridade de supervisão a um vetor de atuação, conferindo-se-lhe, num sistema de cláusula aberta, todas as competências necessárias à prossecução daquele vetor?

As vantagens e inconvenientes de cada um dos modelos são conhecidas. Um modelo de competências tipificadas não permite responder, com agilidade, a situações não cobertas. E a vida é sempre muito mais fértil do que a capacidade de

12 Outro aspecto comum aos dois casos, que se aceita que se diga seja somente estranheza de quem quase tudo estranha, resulta da aparente ingenuidade de quem acha normal que, num sistema tão concorrencial, haja bancos que conseguem oferecer remunerações muitíssimo superiores às dos demais.

representação do legislador. Inversamente, um sistema de cláusula geral atribui uma margem de ampla liberdade de intervenção ao supervisor, permitindo-lhe, nomeadamente, emitir as injunções totalmente atípicas, mas que, concretamente, revelem-se justificadas. Mas nada é ausente de riscos, e a concessão de um poder de intervenção de tal modo discricionário ao supervisor levanta imediatamente um problema de colisão, tanto com o princípio da competência, se é que ele ainda vigora, como com o princípio da liberdade, ao qual se acresce outra consequência: se o supervisor tudo pode fazer, tudo quanto devia ter sido feito, devia tê-lo sido. Estarão as autoridades de supervisão apostadas em aceitar a responsabilidade inerente a semelhante alargamento da sua esfera de competência?

Detenhamo-nos nesses dois últimos aspectos, ambos relacionados com a possibilidade de modelação da competência das autoridades de supervisão por um princípio de cláusula geral ou por uma tipicidade aberta.

Por outro lado, não haverá limites, vindos de outras zonas do sistema, que nos devam levar a refletir sobre a amplitude das intervenções legítimas das autoridades de supervisão?

4 Supervisão financeira e discricionariedade administrativa

Como referimos anteriormente, o legislador em Portugal parece já ter tomado posição quanto à primeira problemática agora enunciada. Na verdade, julgamos poder afirmar que a escolha do legislador se tornou previsível, em face da evolução da supervisão macroprudencial europeia a que fizemos liminar referência. O reforço da supervisão macroprudencial por parte do Banco de Portugal passou pela alteração do regime jurídico que regula o exercício da atividade das instituições de crédito e das sociedades financeiras em território português.¹³

Por meio da definição de três fases de intervenção distintas consoante a gravidade do risco para a estabilidade do sistema financeiro, procedeu-se a um alargamento substancial das prerrogativas de supervisão a exercer pelo Banco de Portugal, entre as quais se pode destacar: a administração provisória

¹³ Referimo-nos ao Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), aprovado pelo Decreto-Lei nº 298, de 31 de dezembro de 1992, e recentemente alterado pelo Decreto-Lei nº 31-A, de 10 de fevereiro de 2012.

de uma determinada instituição de crédito mediante a suspensão do órgão de administração; a possibilidade de transferência de ativos e passivos para um banco de transição; a alienação total ou parcial da atividade bancária de uma instituição para outra instituição a operar no mercado; ou mesmo proceder a nomeação da totalidade dos membros do conselho de administração de uma determinada instituição de crédito, medida a que dedicaremos especial atenção em face das inúmeras questões que se levantam, nomeadamente do foro constitucional.

Ainda que, de nossa perspectiva, não seja descabido considerar algumas dessas medidas drásticas, o que preocupará os mais atentos não será tanto sua pura e simples previsão normativa, mas sim o modo como o legislador escolheu fazê-lo.

Ao aumento quantitativo e qualitativo dos poderes incluídos na supervisão macroprudencial a desenvolver pelo Banco de Portugal, junta-se a consagração de uma elevada margem de livre apreciação por parte do decisor, no momento em que opta por uma das medidas no desempenho das suas funções.¹⁴ Ao pretendermos analisar a liberdade que é atribuída ao supervisor no exercício dessas prerrogativas, temos obrigatoriamente de demarcar “os terrenos que iremos pisar”.

Em primeiro lugar, é cada vez mais evidente que o Direito Bancário é um ramo de natureza mista,¹⁵ combinando áreas de Direito Privado com áreas de Direito Público. De índole privatística encontramos as operações bancárias, os contratos celebrados por essas instituições, a responsabilidade civil, entre outros institutos jurídicos. Já o regime que regula o exercício da supervisão bancária surge como um complexo normativo de feição pública, independentemente do critério de diferenciação adotado, deixando-se tal critério à escolha do leitor.

Assim, quando nos referimos à margem de autonomia que o atual regime confere ao Banco de Portugal no exercício de seus poderes de supervisão, entramos no campo da discricionariedade administrativa, na medida em que a atividade desenvolvida por essa entidade independente integra-se no exercício da função administrativa.¹⁶ Estamos perante uma autoridade administrativa independente¹⁷ que funciona como “uma espécie de *longa manus* do Estado

14 Nesse sentido, confira-se Santos (2012, p. 235).

15 Neste sentido, confira-se Silva (2011, p. 65 e ss).

16 Para um maior desenvolvimento, confira-se Morais (2001, p. 146 e ss).

17 Sobre a legitimidade e razões de existência das autoridades administrativas independentes, confirmam-se, entre outros, Guédon (1998, p. 15 e ss), Morais (2001, p. 102 e ss) e Moreira e Maças (2003, p. 41 e ss).

no desempenho da atividade de regulação”,¹⁸ procurando garantir o “correto funcionamento do mercado”¹⁹ por padrões socialmente desejáveis.

Tendo em conta essa premissa, temos a confirmação de que o atual regime assenta no exercício de um poder administrativo predominantemente discricionário, no que à supervisão bancária diz respeito.

Sem desprimor para com a natural obrigação de encontrar a melhor solução possível para o interesse público (na preservação dos princípios gerais da igualdade, imparcialidade e proporcionalidade enquanto corolários de toda a atividade administrativa), com o aumento do número de poderes à disposição do Banco de Portugal, permite-se, igualmente, que sua escolha e posterior exercício fiquem entregues ao critério do respectivo titular.

Essa disponibilidade torna-se manifesta ao longo do atual regime que regula o exercício da supervisão bancária em Portugal. Os preceitos jurídicos que procedem à delimitação normativa dessa função deixam transparecer a abertura do sistema por meio da utilização de pressupostos categoricamente abrangentes.

A título de exemplo, o legislador faz depender o uso de medidas consideravelmente gravosas (como a suspensão do órgão de administração) da “verificação de motivos atendíveis” (confira-se o art. 145º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras [RGICSF]), expressão que faculta uma margem de liberdade ao aplicador que pode ser considerada desmedida.

Ainda no mesmo sentido, o atual regime permite que o Banco Portugal remova eventuais constrangimentos à aplicação das suas medidas, sendo que para isso “pode determinar” (confira-se o art. 116º-E do RGICSF) que a instituição de crédito proceda à alteração da sua organização jurídico-societária ou, no limite, restrinja suas atividades, operações ou rede de balcões. Sem dúvida que, a partir desses exemplos, entraríamos na longa querela de índole predominantemente administrativa que opõe a discricionariedade administrativa ao preenchimento de conceitos indeterminados na hermenêutica jurídica.

Ainda assim, independentemente da posição a adotar quanto a essa problemática, os conceitos usados têm de inevitavelmente ser preenchidos

18 Confira-se Costa e Silva (2006 p. 543).

19 Confira-se Ferrão (2007, p. 604).

mediante um juízo valorativo autónomo da responsabilidade dos titulares dos órgãos pertencentes ao Banco de Portugal.²⁰

A redução significativa dos pressupostos cujo preenchimento é necessário para que determinada medida seja tomada é também reveladora da nova posição do legislador em face dessa problemática. Com efeito, considerando-se a dicotomia existente entre os modelos de conformação jurídica já enunciados, torna-se notório que a opção passou pela concessão de um poder de intervenção predominantemente discricionário.

A abertura do sistema é conseguida por meio da discricionariedade administrativa, podendo, em última análise, colocar em causa o princípio da legalidade da competência. No entanto, pensamos que a principal preocupação não será o afastamento desse princípio tradicional do Direito Administrativo, mas, sim, as possíveis consequências (eminentemente práticas) dessa “reforma”.

Sem dúvida que no anterior regime os poderes atribuídos à entidade de supervisão numa situação de desequilíbrio financeiro eram insuficientes, e a experiência assim o confirmou.

Mas, em face das flutuações e da sensibilidade da matéria em causa, não se exigiria um maior equilíbrio entre os novos poderes e o modo como esses podem ser exercidos?

A favor dessa moderação, temos o possível efeito perverso que o exercício de alguns desses poderes pode gerar. Na verdade, a opção por uma medida extrema, acompanhada da discricionariedade administrativa que lhe está subjacente, não poderá, por si só, abalar a confiança no sistema?

Tomando como exemplo a possibilidade de substituição dos membros do conselho de administração de uma determinada instituição de crédito, a disponibilidade para o exercício desse poder terá um risco elevado, não só para a própria instituição bancária (considerando-se que a confiança na instituição de crédito é talvez o primeiro pilar para que se mantenha no mercado), como também para o próprio risco sistémico.

Surpreendentemente ou não, o reforço drástico dos poderes de intervenção da autoridade de supervisão poderá ter o efeito precisamente contrário ao pretendido, algo que todos desejaremos evitar.

²⁰ Nesse sentido, confira-se Maças (1998, p. 200).

Por outro lado, o carácter urgente dessas medidas é um fator que não podemos ignorar. Numa primeira perspectiva, podemos considerar a celeridade exigida como uma das razões para a atribuição de uma maior liberdade ao decisor no exercício da supervisão bancária. A abertura do atual regime poderá permitir uma atuação mais rápida e eficaz.²¹

Contudo, não podemos esquecer a outra face da medalha, aquela que não fica exposta. A liberdade concedida à entidade supervisora no exercício de seus poderes, associada à urgência das decisões a tomar, poderá gerar o efeito contrário ao pretendido. Nesse caso, a celeridade das decisões a tomar, conjugada com a abertura do atual regime, poderá colocar em causa a necessária ponderação dos diferentes interesses, em nome do princípio da boa administração.²² A pressa torna-se, realmente, inimiga da perfeição.

Não podemos igualmente desprezar as implicações que essa nova forma de delimitação da supervisão bancária poderá ter na eventual captura dessa autoridade reguladora independente pelas entidades que lhe cabe regular e controlar.²³ A maior abertura conferida pelo atual regime à atuação do Banco de Portugal atribuirá inevitavelmente uma maior liberdade na escolha das medidas a tomar, ou seja, uma disponibilidade no exercício dos seus poderes que torna não só mais aliciante a captura dessa autoridade, como também mais difícil de controlar os possíveis desvios no exercício de seus poderes.

Todavia, quando ponderamos que poderes de intervenção deve ter uma autoridade de supervisão que atua no setor financeiro, jamais podemos perder de vista a relevância dessa atuação.

5 Os poderes de ingerência da autoridade de supervisão e os limites de natureza constitucional

As entidades financeiras vivem da gestão da poupança que arrecadam em depósitos de seus clientes. Todas as cautelas são poucas, nenhum dos poderes que permitam garantir que esses depósitos estão seguros é excessivo.

21 Nesse sentido, confira-se Santos (2012, p. 214).

22 Para um maior desenvolvimento, confira-se Freitas (2007, p. 18 e ss).

23 Quanto ao conceito de captura e, em especial, quanto à problemática do desvalor jurídico dos atos administrativos praticados em estado de captura, confira-se Costa e Silva (2006, p. 552-553).

Como se revelou no caso português, uma falha de intervenção atempada, justificada com uma ausência de poderes da autoridade de supervisão, teve efeitos devastadores. Para além dos riscos de perda de credibilidade de todo o sistema financeiro, nele incluída a autoridade de supervisão (é comum escutar-se como foi possível que tivesse sido concedida autorização para funcionamento a uma sociedade cujos órgãos sociais eram ocupados por pessoas que ofereciam tão pouca credibilidade; se é verdade que sempre se poderá contrapor que, depois do acidente, somos todos mais inteligentes, certo é que a autoridade de supervisão da área bancária esteve sob intenso fogo político e da opinião pública), os efeitos financeiros do colapso de um banco de média dimensão foram desastrosos. Só em prejuízo a inscrever no Orçamento de Estado, num dos casos falamos de um custo superior a €5 bilhões. Situações como essa levam-nos, numa perspectiva maximalista, a entender que a autoridade de supervisão, se não tinha poderes que lhe tivessem permitido intervir imediatamente, estancando a progressão dos prejuízos, deveria tê-los.

Nesse contexto, tenderemos a fazer uma leitura do princípio da competência que deixa de assentar em tipicidades fechadas. Diremos, então, que, porque a competência da autoridade administrativa é instrumental à prossecução dos seus fins, deverá permitir-se-lhe todo o tipo de intervenção necessário à prossecução de tais fins. Já procedemos desse modo quando aceitamos competências implícitas²⁴ (v.g. quando aceitamos que, ainda que nada se diga, a autoridade administrativa tem competência para se auto-organizar, para exercer o poder de direcção sobre os seus funcionários). Mas, num alargamento funcional do princípio da competência, aceitamos que este tenha fronteiras extremamente fluídas. Ora, assim como é difícil decantar a regra a partir de um sistema de princípios, difícil será estabelecer os limites à atuação da autoridade administrativa. Mais ainda: porque a atuação legítima será toda aquela que, em concreto, possa-se revelar necessária, a competência da autoridade administrativa não pode ser preestabelecida, dependendo sempre dos contornos concretos do caso.

A fluidez das fronteiras de uma competência aberta das autoridades administrativas comporta uma primeira zona problemática. Estamos acostumados a aceitar como boas intervenções das autoridades que procedem à supervisão

24 Sobre a relação entre competências implícitas e o princípio da legalidade da competência, confira-se Duarte (1997, p. 27 e ss).

bancária que se traduzam, por exemplo, na imediata destituição de membros dos órgãos sociais, com designação de novos membros. É uma intervenção com contornos aparentemente justificáveis: atendendo aos riscos inerentes ao exercício da atividade bancária por uma sociedade que é gerida por quem deixou de oferecer garantias de idoneidade, parece legítima essa intervenção.

Mas não podemos perder de vista que, ao atuar como atou, a autoridade administrativa exerceu uma competência que o Direito Societário defere aos acionistas. Esse ponto nos remete para um dos problemas que os poderes de ingerência da autoridade de supervisão transporta: o do conflito entre o interesse que justifica os seus poderes e o interesse dos titulares do capital social da sociedade que se dedica à atividade bancária.

Até onde se poderá aceitar uma compressão do interesse dos acionistas?

A resposta a essa questão fica integralmente dependente da sujeição desse poder de intervenção a um crivo constitucional, com especial incidência para duas das posições jurídicas ativas fundamentais consagradas na Constituição portuguesa.

Em primeiro lugar, encontramos a iniciativa económica privada como liberdade constitucionalmente tipificada. A Constituição consagra expressamente a liberdade de iniciativa e de organização empresarial, no âmbito de uma economia mista, como direito fundamental.

Importa referir que a liberdade de iniciativa económica comporta um duplo sentido. Por um lado, a liberdade de iniciar uma dada atividade económica, nomeadamente a liberdade de criação, investimento e estabelecimento. Por outro, a proteção conferida pela Constituição abrange a liberdade de organização, gestão e atividade da empresa.²⁵ Se quanto ao primeiro sentido estamos perante um direito pessoal, no segundo estamos perante um direito eminentemente institucional.

Para além disso, qualquer uma dessas concretizações poderá adquirir duas formas jurídicas distintas: a liberdade de atuação material por meio da escolha e prática de atos materiais de natureza puramente económica e a liberdade jurídica, isto é, como poder de disposição dos próprios bens, com base nas diferentes disposições normativas da ordem jurídica.

²⁵ Nesses termos, conforme Acórdão n.º 89-0102 de Tribunal Constitucional, 12 de julho de 1990.

De que modo a possibilidade de destituição dos membros do conselho de administração e posterior nomeação de novos membros colocará em causa essa(s) liberdade(s) tutelada(s) em nível constitucional?

Essa ponderação terá de ser realizada tendo em consideração que esse direito se exerce “nos quadros definidos pela Constituição e pela lei”, considerando-se o art. 61º da Constituição da República Portuguesa. Assim, deixa-se nas mãos do legislador uma margem de configuração legislativa, tornando legítima a restrição infraconstitucional desse direito fundamental. Os direitos fundamentais terão de ser percebidos como bens ou valores cuja “proteção constitucional não invalida a necessidade da sua compatibilização com outros valores ou princípios”²⁶ do ordenamento jurídico.

Ainda que essa margem de liberdade, aparentemente, justifique a intervenção da entidade supervisora na composição do órgão de administração, tal conclusão seria redutora.

Na verdade, as restrições legislativas a direitos fundamentais terão de ser realizadas à luz do princípio da proporcionalidade e com respeito por um núcleo essencial que a lei não pode aniquilar,²⁷ tornando-se necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade à luz do art. 18º, nº 2, da Constituição portuguesa.

Não obstante a liberdade de iniciativa económica privada se encontrar condicionada em função do interesse geral, essa funcionalização constitucional não é ilimitada. Em concreto, a preservação do núcleo essencial do direito fundamental terá de ser uma prioridade, sob pena de determinada atuação padecer de inconstitucionalidade material. A substituição dos membros do conselho de administração de uma determinada instituição de crédito dificilmente poderá fugir a esse juízo, visto que restringe de modo desmesurado uma das formas de iniciativa económica privada tuteladas pela Constituição: a liberdade de organização e gestão da empresa. No entanto, essa prerrogativa, ao dispor do Banco de Portugal, poderá entrar, igualmente, em confronto com outro dos direitos fundamentais de índole predominantemente económica: o direito de propriedade. Cabe-nos ponderar a legitimidade da intervenção da entidade supervisora, em face do direito de propriedade enquanto situação jurídica ativa

26 Confira-se Novais (2010, p. 872).

27 Confira-se Moreira e Canotilho (2007, p. 801).

jusfundamental.²⁸ Importa desde já referir que o direito de propriedade não é um direito garantido de forma absoluta, sendo admissível sua restrição em nome de outros valores e interesses constitucionalmente protegidos.²⁹

Não será pelo simples fato de a intervenção bancária afetar o direito de propriedade dos accionistas que a previsão legal desse poder deve ser considerada inconstitucional. Importa, sim, avaliar a intensidade com que essa atuação perturba o exercício do direito e prejudica algum dos componentes de seu conteúdo essencial.³⁰ Nesse caso, considerando-se o âmbito objetivo do direito de propriedade, estará em causa a liberdade de uso e fruição do bem de que se é proprietário.

Um dos seus elementos primários consiste no direito de não ser privado da propriedade, nem de seu uso. A substituição dos membros do conselho de administração consubstancia uma ingerência profunda no uso e fruição de um bem de índole privada.

Daqui resulta que a entidade de supervisão não deverá ser um gestor de mercado, mas apenas e só seu garante.³¹ As soluções jurídicas encontradas como resposta à crise devem ser ponderadas com cuidado, de modo a não colocar em causa os conceitos, princípios e valores próprios do ordenamento jurídico.³²

6 Ponderação casuística de interesses e responsabilidade da autoridade de supervisão

Atendendo que estaremos perante conflitos de posições jurídicas, refletidos em concursos de títulos de competência, poderá dizer-se que a compressão da competência dos acionistas será legítima enquanto o interesse público, aquele que acaba por delimitar a esfera de intervenção da autoridade administrativa, justificá-lo. E porque estamos perante conflitos, só perante o caso concreto se poderá aferir da admissibilidade da ingerência da autoridade administrativa de supervisão.

28 Para uma análise integrada do direito de propriedade como direito fundamental, confira-se Brito (2008).

29 Para um maior desenvolvimento, confira-se Coutinho (2010, p. 557 e ss).

30 Para um maior desenvolvimento, confira-se Miranda (2008, p. 309-317).

31 Nesse sentido, confira-se Santos (2012, p. 235).

32 Nesse sentido, confira-se Gil (2010, p. 1.239).

No entanto, e aqui surge o anverso da medalha, porque estamos perante conflitos, sempre que a autoridade administrativa exerça sua competência em termos ingerentes com os poderes dos sócios, terá um ónus agravado de fundamentação de sua decisão. Não bastará alegar difusamente a existência de um interesse público como causa de justificação para a ingerência e para as medidas concretamente ordenadas; deverá, em vez disso, demonstrar a presença de um interesse público a graduar acima do interesse dos acionistas no caso concreto. Por outro lado, deverá demonstrar, por meio da fundamentação do ato administrativo, a necessidade e a proporcionalidade da compressão da competência dos acionistas.

Não obstante a natureza discricionária da intervenção administrativa, esta será sindicável. Os acionistas cujas posições jurídicas são afetadas poderão questionar, perante os tribunais competentes, quer a ausência de um interesse público justificativo da ingerência, quer a inadmissibilidade das medidas concretamente ordenadas, por manifesta desnecessidade ou desproporcionalidade. Supomos poder antecipar que conflitos dessa ordem surgirão tanto mais intensamente quanto mais lesiva para os interesses dos acionistas se apresentarem as injunções e intervenções da autoridade administrativa.

Outro problema que o incremento de poderes das autoridades de supervisão transportará consigo é o do incremento da responsabilidade pela intervenção. Com efeito, quanto maior e mais fluída a competência, tanto mais amplas as situações de responsabilidade pela ação e, este o pior problema, as de responsabilidade pela omissão.

Ora, o que se pode perguntar é se será possível criar ou manter autoridades de supervisão que consigam detectar tudo quanto, em abstrato e essencialmente num juízo *ex post*, pode-se afirmar teria justificado uma intervenção pretérita, mas não ocorrida. Perante estruturas societárias cada vez mais complexas e plurilocalizadas (trazendo-nos essa plurilocalização uma nova fonte de problemas, atendendo ao princípio da territorialidade, por ora somente mitigado por uma cooperação entre autoridades de supervisão de diferentes Estados), estruturas societárias com centros de decisão em múltiplos patamares, com universos bem diversificados de acionistas, incapazes, na maioria das vezes, de exercer um verdadeiro controlo sobre a gestão, antevemos sérias dificuldades na possibilidade de uma autoridade de supervisão tudo controlar, porque, ao menor

sinal de alerta, terá imediatamente de intervir. As autoridades de supervisão têm um verdadeiro dever de vigilância, não podendo bastar-se com uma posição passiva no exercício da supervisão.

Caso não intervenha quando deva intervir, a autoridade de supervisão deixa de atuar quando tem o dever legal de agir, pelo que sua omissão é juridicamente relevante. Ainda que tal omissão seja negligente, esse patamar de culpa (ou de tipicidade, se se preferir) será bastante para, tendo sido provocados danos (se esses forem suscetíveis de identificar), a autoridade de supervisão por eles ter de responder. Não responderá sozinha, já que sua omissão concorre com a eventual ação ou omissão da sociedade lesante ou dos titulares de seus órgãos. Mas responderá. E, também nesse domínio, surgem novas dificuldades. Não tanto dogmáticas, mas, antes, pragmáticas.

7 Síntese conclusiva

Por fim, gostaríamos de referir aquelas que são as situações mais delicadas de falha de funcionamento de sociedades que têm a atividade bancária por objeto e que estarão seguramente entre os domínios prioritários das legislações relativas à supervisão.

Um dos maiores riscos que o desenvolvimento da atividade bancária comporta é o de um banco se ver impossibilitado de cumprir suas obrigações, especialmente perante seus depositantes. E aqui temos de ter em atenção que tão letal quanto a situação de falência real é a de criação de um estado de pânico que, se nada for feito, naquela necessariamente desembocará.

Esse dado explica por que, no rescaldo do que ainda vivemos e no limiar do que estamos para ver, pretendem-se incrementar as garantias dos depositantes e dos demais credores dos bancos, entre os quais avultam, com especial sensibilidade, outros bancos. Pode pensar-se, por um lado, no aumento das contribuições que os diversos agentes financeiros aportam para os já conhecidos fundos de garantia de depósitos. Mas pode, ainda, pensar-se em fundos especiais, criados única e exclusivamente para acorrerem a situações pontuais e cujos recursos, provenientes de várias fontes, serão aplicados à realização de

operações financeiras urgentes ou que uma instituição financeira, em concreto, já não consiga, com os seus fundos próprios, realizar.

Uma outra medida que poderá ser implementada e que se tem ainda como finalidade evitar o risco sistémico da falência de uma instituição financeira poderá implicar uma cisão forçada da instituição que se encontre em situação de perigo especial. Essa medida visa evitar a contaminação a uma estrutura bancária dos riscos decorrentes de parte de sua atividade. Será mais fácil, uma vez operada a cisão, gerir um problema cujas dimensões serão menores.

Todas as medidas que acabamos de referir serão coordenadas pelas autoridades de supervisão, quer em nível nacional, quer, eventualmente, num espaço geográfico mais alargado. E todas elas serão cruciais para que se retome alguma normalidade num mundo em convulsão.

Creemos poder concluir que, efetivamente, chegou a hora do Direito. Mas temos de tomar essa expressão em seu exato sentido: dizer que chegou a hora do Direito não é aceitar que chegou a hora de uma regulação da atividade bancária e de sua supervisão com fronteiras de tal modo fluídas e imprecisas que o banqueiro supervisionado já não sabe distinguir com clareza o bem do mal, tendo cada um de se comportar como o mais virtuoso entre os virtuosos. Queremos, antes, significar que é tempo de se dotar essa zona do ordenamento de regras claras, especialmente quando as matérias são particularmente sensíveis, regras que deverão ser editadas por um legislador, tanto quanto possível, não capturado e cuja aplicação efetiva seja controlada por autoridades com vastos, mas não ilimitados, poderes de intervenção.

Referências

ANGELINI, Paolo; NERI, Stefano; PANNETA, Fabio. **Monetary and Macroprudential Policies in European Central Banks**. European Central Bank. Jul. 2012. (Working Paper Series, n. 1.449).

BRITO, Miguel Nogueira de. **A Justificação da Propriedade numa Democracia Constitucional**. Almedina, 2008.

CANOTILHO, Gomes José; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. V.I. Almedina Editora, 2007.

COSTA E SILVA, Paula. As autoridades independentes. Alguns aspectos da regulação económica numa perspectiva jurídica. **O Direito**, ano 138º, III, 2006.

COUTINHO, Luís Pereira. Sobre a Justificação das Restrições aos Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia**. 2010. v. I.

DUARTE, Maria Luísa. **A Teoria dos Poderes Implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados-Membros**. Lisboa: Lex, 1997.

FERRÃO, Marisa Caetano. As entidades administrativas independentes com funções de regulação económica e a dualidade de jurisdições. **O Direito**, ano 139º, III, 2007.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GIL, José Meilán. Una Aproximación Jurídica a la Regulación Económica y Financiera. In: **Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral**. Almedina Editora, 2010.

GUÉDON, Marie-Jose. **Les Autorités Administratives Indépendantes**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998.

GRÜWALLE, Seraina; WAGNER, Alexander; WEBER, Rolf. Short selling regulation after the financial crisis – First principles revisited. **International Journal of Disclosure and Governance**, 7, 2010.

KÜBLER, Friedrich. The subprime crisis – does it ask for more regulation? In: **Perspectives in Company Law and Financial Regulation – Essays in Honour of Eddy Wymeersch**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

LAUX, Christian; LEUZ, Christian. Did Fair-Value Accounting Contribute to the Financial Crisis? **Jornal of Economic Perspectives**, v. 24, n. 1, Winter 2010.

MAÇÃS, Fernanda. Regime Jurídico da Autorização das Instituições de Crédito em Portugal. **Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal**, 150º Aniversário, Lisboa, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra Editora, 2008. tomo IV.

MORAIS, Blanco de. **As Autoridades Administrativas Independentes na Ordem Jurídica Portuguesa**. Separata de: *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 61, I, jan. 2001.

MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. **Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e projecto de lei-quadro**. Coimbra Editora, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra Editora, 2010.

RODRIGUES, Sofia Nascimento. A reforma do sistema português de supervisão financeira. **Direito dos Valores Mobiliários**. Coimbra Editora, 2011. v. X.

SANTOS, Luís Máximo dos. O novo regime jurídico de recuperação de instituições de crédito: aspetos fundamentais. **Revista de Concorrência e Regulação**, ano III, n. 9, jan./mar. 2012.

SANTOS, Pedro Cassiano; FIGUEIREDO, André. O mercado português da titularização de créditos: diversificação e maturidade. **Direito dos Valores Mobiliários**. Coimbra Editora, 2006. V. VI.

SHERMAN, Matthew. **A Short History of Financial Deregulation in the United States**. 2009. Disponível em: <<http://www.cepr.net/index.php/publications/>>. Acesso em: 4 dez. 2012.

SILVA, Calvão da. **Banca, Bolsa e Seguros**. Almedina Editora, 2011. tomo I.

STULZ, René. Credit Default Swaps and the Credit Crisis. **Jornal of Economic Perspectives**, v. 24, n. 1, Winter 2010.

A Evidenciação de Dois Tributos Diretos nas Planilhas de Custos de Processos Licitatórios para Contratação de Serviços

Lucival Lage Lobato Neto*

1 Introdução. 2 Tributos que podem constar das planilhas de custos de serviços. 3 Posição do Tribunal de Contas da União sobre a inclusão do IRPJ e da CSLL nas planilhas de custos. 4 Contrarrazões ao entendimento do Tribunal de Contas da União: 4.1 O preço é determinado pelo mercado do produto e pela concorrência no caso concreto; 4.2 Não há restrições à evidenciação dos tributos em tela nas planilhas de custos; 4.3 A evidenciação dos tributos diretos em planilhas de custos não cria um direito subjetivo à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; 4.4 A imprevisibilidade dos lucros a serem realizados não justifica a ausência de evidenciação dos referidos tributos diretos nas planilhas de custos. 5 Preços inexecutáveis na fase de julgamento dos processos licitatórios. 6 As razões para evidenciar o IRPJ e a CSLL nas planilhas de custos: 6.1 Preços inexecutáveis na fase de julgamento dos procedimentos licitatórios: 6.1.1 Inexequibilidades de empresas que recolhem o IRPJ e a CSLL com base no lucro presumido; 6.1.2 Inexequibilidades de empresas que recolhem o IRPJ e a CSLL com base no regime do Simples; 6.1.3 Inexequibilidades de empresas que recolhem o IRPJ e a CSLL com base no regime do lucro real; 6.2 Preços inexecutáveis em contratos de serviços; 6.3 A evidenciação do IRPJ e a CSLL como instrumento de controle de preços inexecutáveis. 7 O local adequado nas planilhas de custos para evidenciar o IRPJ e a CSLL. 8 A relevância do controle de inexecutabilidade proposto. 9 Conclusões.

* Advogado, engenheiro mecânico, pós-graduado em Ciências Contábeis pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes (Ucam), pós-graduado em Direito Público pela Universidade Potiguar (UnP), área de concentração Direito Administrativo, analista do Banco Central do Brasil.

Resumo

Demonstra a necessidade de evidenciar dois tributos diretos em planilhas de custos de processos licitatórios para contratação de serviços, mais especificamente o imposto de renda e a contribuição social sobre o lucro, em que pese o Tribunal de Contas da União possuir posicionamento contrário a essa evidenciação. Entre as razões levantadas neste artigo, destaca-se que a evidenciação desses tributos permite um melhor controle de preços inexequíveis, tanto nos procedimentos licitatórios, quanto na vigência dos contratos.

Palavras-chave: Tributos. Planilhas. Evidenciação. Eficiência. Publicidade.

Abstract

This work demonstrates the necessity for the disclosure of two direct taxes in cost spreadsheets of bidding process for contracting of services, despite the Brazilian Court of Audit has positioned contrary to that disclosure. Among the reasons raised in this article, we highlight that the disclosure of these taxes allow a better control of unfeasible prices, both in bidding procedures and in the performance contracts.

Keywords: Taxes. Chart. Disclosure. Efficiency. Advertising.

1 Introdução

Este trabalho faz uma análise detalhada sobre a necessidade de evidenciar dois tributos diretos constantes das planilhas de custos de editais de processos licitatórios para contratação de serviços, mais especificamente o Imposto de Renda sobre as Pessoas Jurídicas (IRPJ) e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

Segundo várias decisões do Tribunal de Contas da União (TCU), o IRPJ e a CSLL devem estar embutidos no item lucro bruto,¹ nas planilhas de custos de processos licitatórios, para serem arcados exclusivamente pelos contribuintes de direito (particulares contratados), ou seja, para não serem repassados à Administração Pública em duas situações: durante procedimentos licitatórios e na vigência de contratos administrativos, quando houver aumento das alíquotas ou alteração do regime de cálculo desses tributos. Contudo, conforme será demonstrado, esse entendimento é equivocado, pois a ocultação dos tributos em tela não impede, na primeira situação, a repercussão dos encargos tributários; e, na segunda situação, a evidenciação deles, por si só, não obriga a Administração Pública a revisar os seus valores quando houver aumento das alíquotas ou alteração de regime de contribuição.

Além disso, em consonância com os princípios da eficiência e da publicidade, demonstrar-se-á que a evidenciação dos dois tributos em tela nas planilhas de custos é um instrumento extremamente útil para controlar preços inexequíveis nas duas situações supramencionadas, principalmente quando os particulares utilizarem os seguintes regimes de cálculo do IRPJ e da CSLL: o lucro presumido e o simples.

2 Tributos que podem constar das planilhas de custos de serviços

Nas planilhas de custos para contratação de serviços, dentro do campo tributos, é possível constar, em tese, conforme a classificação quanto à possibilidade de repercussão do encargo econômico-financeiro, os diretos e os indiretos.

Nas lições de Luciano Amaro (2006, p. 90), são tributos diretos aqueles devidos “[...] ‘de direito’ pela mesma pessoa que, ‘de fato’, suporta o ônus do tributo [...]”, ou seja, esses tributos não permitem a translação do seu encargo econômico-financeiro para uma pessoa diferente daquela definida em lei como

¹ Nesse sentido, no Acórdão nº 1.591, de 2008 (Plenário, DOU 18/8/2008), no seu voto, o Ministro Relator Benjamin Zymler, dispõe o seguinte: “De se ver, contudo, que a exclusão do IRPJ ou CSSL na composição do BDI não significa que os preços para as obras licitadas serão menores. Trata-se apenas de uma regra orçamentária sem repercussões econômicas. Isso porque, as licitantes, ao elaborarem suas propostas, sabem da incidência desses tributos e os considerarão quando do cálculo dos custos e rentabilidade do empreendimento. Quando se exclui tais tributos do BDI, o lucro constante dessa composição será um lucro bruto, ou seja, antes da dedução dos impostos.[...]”.

sujeito passivo, quer este seja contribuinte ou responsável tributário. Nota-se, assim, o caráter personalíssimo desses tributos. São exemplos dessas espécies de tributos o IRPJ e a CSLL.

Por outro lado, são tributos indiretos aqueles devidos pelo contribuinte “de direito”, mas suportado por outra pessoa, o contribuinte “de fato”, ou seja, o contribuinte definido por lei recolhe o tributo, mas pode repassar esse encargo a outra pessoa no preço. Entre os tributos indiretos, encontram-se o Imposto sobre Serviços de qualquer Natureza (ISS),² o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), o Programa de Integração Social (PIS) e o Programa de Formação do Patrimônio do Funcionário Público (Pasep) e a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

Existem várias críticas sobre a classificação em tela. Para alguns tributaristas, essa classificação é exclusivamente econômica.³ Para outros, essa classificação não tem relevância alguma, tendo em vista que a repercussão tributária ocorre tanto nos tributos indiretos quanto nos diretos. Nesse sentido, Ricardo Alexandre (2008, p. 88) esclarece que os economistas, “[...] baseados na indiscutível tese de que praticamente todo o tributo tem a possibilidade de ter seu encargo econômico repassado para o consumidor de bens e serviços, afirmam que a classificação dos tributos como diretos e indiretos é irrelevante.” Relativamente à repercussão econômica, José Morsbacker (*apud* SANTIAGO, 2012) ressalta os efeitos idênticos dos tributos diretos e indiretos:

A repercussão econômica, e nesse particular são unânimes todos os grandes mestres em economia financeira, como Pantaleoni, Seligman, Jêze, Hugon, Allix, Lindholm, Cosciani, Laufemburger, Recktenwalde e outros, é propriedade comum, senão a todos, a quase todos os impostos de uma forma ou de outra e, dentro dos mais variados mecanismos oferecidos pelas leis de mercado, repercutem economicamente.

2 Trata-se do ISS que incide sobre o faturamento, pois o relativo às atividades dos profissionais liberais é tributo direto. Nesse sentido, assim vem se posicionando o STJ, consoante se pode ver no Recurso Especial nº 1036012/MG (2ª turma, Ministra Relatora Eliana Calmon, DJ de 17/12/2009), que dispõe o seguinte: “1. O ISS é espécie tributária que pode funcionar como tributo direto ou indireto, a depender da avaliação do caso concreto. 2. Como regra, a base de cálculo do ISS é o preço do serviço, nos termos do art. 7º da Lei Complementar 116/2003, hipótese em que a exação assume a característica de tributo indireto, permitindo o repasse do encargo financeiro ao tomador do serviço. 3. Tem-se como exceção o caso em que o ISS incide sobre a atividade de profissionais liberais, quando será cobrado em valor fixo.”

3 Segundo o saudoso Geraldo Ataliba (2002, p. 142), essa classificação “[...] nada tem de jurídica; seu critério é puramente econômico.”

Essa presença generalizada da repercussão econômica, inclusive nos impostos sobre o patrimônio e a renda, universalmente arrolados entre os diretos, é fruto de uma atitude natural do contribuinte, colocado num sistema de economia liberal, ao promover o que se poderia denominar de consequência, uma correspondente acomodação de atividade econômica do contribuinte, dispondo-a de forma a propiciar, na medida em que a lei da oferta e da procura o permite, a repercussão deste custo adicional.

Em síntese, são as seguintes constatações relacionadas à repercussão dos encargos tributários:

- a) no curto prazo, em regra, o acréscimo num tributo indireto não pode ser totalmente repassado do contribuinte de direito para o de fato, tendo em vista que há um confronto entre as elasticidades⁴ das curvas de demanda e de oferta⁵ para determinar o grau de repercussão, o que impede a transferência total desse aumento.⁶ Assim, considerando um aumento das alíquotas de tributos indiretos, observa-se que:
 - a.1) o repasse é maior nos produtos essenciais (demanda mais inelástica do que a oferta) do que nos supérfluos (demanda mais elástica que a oferta);
 - a.2) o repasse é maior para empresa que possui poder no mercado;⁷ ou seja, para a empresa que possui a capacidade de aumentar o preço de seus produtos ou serviços, independentemente das ações dos seus concorrentes, sem que esse aumento cause uma redução significativa nas suas vendas, de forma que o negócio dessa empresa continue lucrativo. Assim, a empresa com poder no mercado tem duas diretrizes de vendas, sempre lucrativas, a escolher: vender mais produtos ou serviços com uma margem menor de lucro ou vender menos com uma margem maior de lucro;

4 André F. Montoro Filho (PINHO; VASCONCELOS (Orgs.), 2004, p. 141 e 148) define a elasticidade-preço da demanda como “[...] a variação percentual de quantidade demandada do bem X, para cada unidade de variação percentual no preço do bem X”, e a elasticidade-preço de oferta como “[...] a variação percentual na quantidade ofertada do bem X para cada variação percentual do preço do bem X”.

5 Nas lições Robert Pindyck e Daniel Rubinfeld (1994, p. 281): “Quando o governo cria um imposto ou um subsídio, o preço geralmente não reflete elevação ou queda igual ao valor total do imposto ou do subsídio. A incidência de um imposto ou de um subsídio é normalmente compartilhada por produtores e consumidores. A fração de cada um acabará pagando ou recebendo dependerá das elasticidades da oferta e da demanda.”

6 As notas fiscais novas registram a nova alíquota (com aumento). Assim, comparando uma nota fiscal emitida antes do aumento com uma nota emitida após, é possível identificar dois encargos: a parcela do aumento da alíquota a ser paga pelo consumidor (que é a diferença entre o preço novo e o preço antigo) e a parcela do aumento da alíquota a ser paga pelo fornecedor (que é a diferença entre o preço com todo o repasse possível, que é o preço antigo, acrescido dos efeitos do aumento de alíquota, e o preço final novo).

7 Seguindo a doutrina de Calixto Salomão Filho (2007, p. 92), por ser mais precisa, prefere-se a denominação “poder no mercado” a “poder de mercado”.

- a.3) transferência total do encargo tributário só é possível para produtos extremamente essenciais para o consumidor (demanda perfeitamente inelástica);
- a.4) caso o produto seja extremamente supérfluo para o consumidor (demanda perfeitamente elástica), não haverá repasse algum do aumento tributário, sendo esse acréscimo suportado exclusivamente pelo fornecedor. Se o supramencionado acréscimo resultar em prejuízo para este, o produto deixará de ser ofertado;
- b) no curto prazo, parte do aumento da alíquota de um tributo direto é, de alguma forma, repassada aos consumidores finais, principalmente se o fornecedor onerado possuir algum poder no mercado. Esse repasse, nos mesmos moldes já expressos para os tributos indiretos (alínea “a”), depende da comparação das elasticidades de oferta e de demanda envolvidas.

3 Posição do Tribunal de Contas da União sobre a inclusão do IRPJ e da CSLL nas planilhas de custos

Segundo o posicionamento já consolidado do TCU, nas planilhas de custos, é descabido fazer constar expressamente os encargos do IRPJ e da CSLL. Nesse sentido, o Acórdão nº 950, de 2007, dispõe o seguinte:

9.1 determinar ao Ministério do Orçamento, Planejamento e Gestão que instrua os órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais da Administração Federal a se absterem, doravante, de fazer constar dos orçamentos básicos de licitações, dos formulários para a proposta de preços constantes dos editais e das justificativas de preço a que se refere o art. 26, inciso III, da Lei 8.666/1993, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, parcelas relativas a gastos com os tributos IRPJ e CSLL, não podendo ser aceitas também propostas de preços contendo custos relativos aos tributos citados, seja na composição do BDI, seja como item específico de planilha ou orçamento;⁸

⁸ TCU, Acórdão nº 950, de 2007, Plenário, Min. Relator Augusto Nardes, DOU de 28/5/2007.

Entre as razões levantadas pelo TCU nas suas decisões,⁹ destacam-se duas:

- a) os tributos diretos têm natureza personalística, estão associados ao desempenho financeiro da empresa, não podem ser repassados pelo contribuinte a terceiros;
- b) a imprevisibilidade dos lucros a realizar da empresa, tendo em vista que a determinação desses tributos depende do conjunto de receitas e de despesas oriundas das atividades da empresa (total de vendas, serviços e/ou obras realizados). Assim, é possível que, num determinado procedimento licitatório, uma empresa informe um lucro, mas efetivamente não tenha IRPJ e CSLL a pagar, tendo em vista que ela apresenta um prejuízo resultante do montante das operações.

Portanto, seguindo o posicionamento do TCU, nas planilhas de custos, o IRPJ e a CSLL devem ficar inseridos dentro do lucro bruto, sem evidenciação alguma.

4 Contrarrazões ao entendimento do Tribunal de Contas da União

Em que pese o objetivo do supramencionado posicionamento seja impedir o repasse dos tributos em tela aos órgãos e às entidades da Administração Pública, em consonância com a finalidade da classificação tributária quanto à possibilidade de repercussão do encargo econômico-financeiro, esse entendimento é equivocado, pelas quatro razões a seguir.

4.1 O preço é determinado pelo mercado do produto e pela concorrência no caso em concreto

Primeiramente, a evidenciação do IRPJ e da CSLL nas planilhas de custos não tem o condão de transferir, por si só, esses encargos para a Administração Pública, pois o que determina o preço final num processo licitatório e, conseqüentemente, a repercussão desses tributos diretos é o próprio mercado do serviço que está

⁹ Além da supramencionada decisão, essas e outras justificativas são também encontradas, por exemplo, no Acórdão nº 5.887, de 2010 (TCU, 2ª Câmara, Min. Rel. José Jorge. DOU de 13/10/2010).

em processo de contratação, conforme as elasticidades das curvas de oferta e de demanda envolvidas e o nível de acirramento da concorrência no certame, no caso concreto.

Nos processos para contratação de serviços comuns, a modalidade de licitação usualmente utilizada é o pregão, na forma eletrônica.¹⁰ Consequentemente, ao final de cada procedimento licitatório, cujo preço mais vantajoso é resultante de sucessivas ofertas por parte dos licitantes, ocorrerá um ajuste das planilhas de custos ao preço final vencedor, inclusive dos tributos nelas evidenciados e dos inclusos no item lucros.

Para os serviços não comuns (aqueles cujos tipos ideais de licitação são a melhor técnica e a técnica e preço), devem ser utilizadas, conforme o caso, uma das seguintes modalidades: convite, tomada de preços e concorrência. Nesses casos, os preços também seguem o valor de mercado, contendo o repasse do IRPJ e da CSLL que for possível, em conformidade com as elasticidades das curvas de demanda e de oferta envolvidas. Logicamente, o grau de concorrência do certame no caso concreto também influencia substancialmente o valor final a ser contratado.

Assim, considerado um determinado mercado, o repasse do IRPJ e da CSLL nas licitações que utilizam o pregão deve ser, em regra, menor do que aquele que pode ocorrer nas demais modalidades, tendo em vista que nestas a concorrência é usualmente menor que a existente naquela modalidade.

4.2 Não há restrições à evidenciação dos tributos diretos em planilhas de custos

Não há disposições expressas ou implícitas na legislação contrárias à evidenciação dos tributos diretos em planilhas de custos de processos licitatórios.

É relevante esclarecer que existe uma proibição de computar a despesa da CSLL para fins de cálculo do IRPJ pelo regime do lucro real.¹¹ Contudo, ela só possui

10 O art. 1º da Lei nº 10.520, de 17 de junho de 2002, permite a utilização do pregão para aquisição e bens e serviços comuns. No âmbito federal, o art. 4º do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, exige a utilização do pregão para aquisição desses bens e serviços comuns, preferencialmente na forma eletrônica.

11 O art. 1º da Lei nº 9.316, de 22 de novembro de 1996, dispõe que o valor da CSLL não poderá ser deduzido para efeito de determinação do lucro real para o imposto de renda, nem da sua própria base de cálculo.

efeito no âmbito do cálculo deste imposto, não podendo ser estendida ao âmbito da contabilidade. Nessa ciência, em consonância com os princípios contábeis da oportunidade¹² e da competência,¹³ devem ser registrados adequadamente os encargos desses tributos como despesa, assim como de qualquer outro tributo direto. As contrapartidas desses gastos são definidas, preliminarmente, como provisões, que se transformam em obrigações a pagar quando definitivamente confirmado o valor a ser recolhido.¹⁴ Assim, a indedutibilidade da CSLL para efeitos do IRPJ não se aplica à contabilidade.

Também nesse sentido, o § 2º do art. 177 da Lei nº 6.404, de 14 de dezembro 1976, deixa bem claro essa diferenciação de efeitos, nos seguintes termos:

§ 2º A companhia observará em registros auxiliares, sem modificação da escrituração mercantil e das demonstrações reguladas nesta lei, as disposições da lei tributária, ou de legislação especial sobre a atividade que constitui seu objeto, que prescrevam métodos ou critérios contábeis diferentes ou determinem a elaboração de outras demonstrações financeiras.

-
- 12 Segundo esclarece a Resolução nº 750, de 1993, do Conselho Federal de Contabilidade (CFC), o princípio da oportunidade: “[...] exige a apreensão, o registro e o relato de todas as variações sofridas pelo patrimônio de uma Entidade, no momento em que elas ocorrem. Cumprido tal preceito, chega-se ao acervo máximo de dados primários sobre o patrimônio, fonte de todos os relatos, demonstrações e análises posteriores, ou seja, o Princípio da Oportunidade é a base indispensável à fidedignidade das informações sobre o patrimônio da Entidade, relativas a um determinado período e com o emprego de quaisquer procedimentos técnicos. É o fundamento daquilo que muitos sistemas de normas denominam “representação fiel” pela informação, ou seja, que esta escolha com precisão e objetividade as transações e eventos a que concerne. Tal tributo é, outrossim, exigível em qualquer circunstância, a começar sempre nos registros contábeis, embora as normas tendam a enfatizá-lo nas demonstrações contábeis.”
- 13 A Resolução nº 750, de 1993, do Conselho Federal de Contabilidade (CFC), também esclarece o que é princípio da competência ao dispor: “Observa-se que o Princípio da Competência não está relacionado com os recebimentos ou pagamentos, mas com o reconhecimento das receitas geradas e das despesas incorridas no período. Mesmo com a desvinculação temporal das receitas e despesas, respectivamente do recebimento e do desembolso, a longo prazo ocorre a equalização entre os valores do resultado contábil e o fluxo de caixa derivado das receitas e despesas, em razão dos princípios referentes à avaliação dos componentes patrimoniais. Quando existem receitas e despesas pertencentes a um exercício anterior, que nele deixarem de ser consideradas por qualquer razão, os competentes ajustes devem ser realizados no exercício em que se evidenciou a omissão.”
- 14 Nesse diapasão, os autores do festejado **Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações** (IUDÍCIBUS, MARTINS; GELBCKÉ: 2008, p. 312-313) esclarecem o seguinte: “Provisões: são reduções de ativo ou acréscimo de exigibilidade que reduzem o Patrimônio Líquido, e cujos valores não são ainda totalmente definidos. Representam, assim, expectativas de perdas de ativos ou estimativas de valores a desembolsar que, apesar de financeiramente não efetivadas, derivam de fatos geradores contábeis já ocorridos; isto é, dizem respeito a perdas economicamente incorridas (como depreciação, a perda de valor de investimento, o provável não recebimento de créditos, a estimativa de não recuperação de valores aplicados nos estoques etc.) ou prováveis valores a desembolsar originados de fatos já acontecidos (como o risco por garantias oferecidas em produtos já vendidos, estimativas de valores a pagar a título de décimo terceiro salário, férias e indenizações relativas a tempo de serviço já transcorrido, probabilidade de ônus futuro em problemas fiscais já ocorridos, imposto de renda estimado a pagar no próximo exercício ou a longo prazo, em função de lucros já contabilizados etc.)”

4.3 A evidenciação dos tributos diretos em planilhas de custos não cria um direito subjetivo à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro

Pela terceira razão, não se deve confundir a evidenciação de tributos em planilhas de custos com o direito subjetivo do contratado à manutenção do equilíbrio da equação econômico-financeira, caso haja aumento das alíquotas desses tributos. Nos termos do § 5º do art. 65, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993,¹⁵ os contratos deverão ser revistos toda vez que houver criação, alteração ou extinção de tributos por lei, desde que essa mudança ocorra após a apresentação da proposta e que haja comprovada repercussão nos preços contratados. Assim, surgem duas correntes doutrinárias a respeito da possibilidade de repercussão de alteração de alíquotas do IRPJ e da CSLL no preço final contratado, conforme a seguir.

Para a primeira corrente, que inclui o autor deste artigo, baseada em fundamentações da seara econômica e de parte da doutrina tributarista, já explicitadas anteriormente, caso haja aumento ou diminuição das alíquotas dos tributos em tela por meio de lei posterior, que se consubstancia num fato do príncipe,¹⁶ independentemente de esses tributos estarem ou não evidenciados nas planilhas de custos, os preços finais deveriam ser reequilibrados, pois haveria uma efetiva repercussão dessa alteração nos custos dos produtos que sofrem a incidência desses tributos. O reequilíbrio só não seria possível se existisse uma disposição legal específica que o vedasse em planilhas de custos de processos licitatórios.

Para a segunda corrente, em consonância com o entendimento do TCU, não haveria o fenômeno da repercussão. Segundo Marçal Justen Filho (2010, p. 783), para efeitos de reequilíbrio econômico-financeiro, só haverá repercussão tributária se houver um vínculo direto entre o encargo tributário e a prestação do serviço relacionado com o seu objeto social, fato que não ocorre para o IRPJ e para a CSLL. Relativamente ao IRPJ, esse autor (2010, p. 783) complementa:

15 Esse dispositivo dispõe expressamente o seguinte: “Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.”

16 Nas lições de Di Pietro (2009, p. 277), fato do príncipe seria “[...] um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele; nesse caso, a Administração também responde pelo restabelecimento do equilíbrio rompido.”

[...] Por isso, a lei que aumentar a alíquota do imposto de renda não justificará alteração de valor contratual. O imposto de renda incide sobre o resultado das atividades empresariais, consideradas globalmente (lucro tributável). O valor percebido pelo particular será sujeito, juntamente como resultado de suas outras atividades, à incidência tributária. Se a alíquota for elevada, o lucro final poderá ser inferior. Mas não haverá relação direta de causalidade que caracterize rompimento do equilíbrio econômico-financeiro.

Assim, considerando-se que o IRPJ e a CSLL estejam expressos em planilhas de custos e que haja a majoração da alíquota de um ou dos dois tributos por meio de lei posterior, para estar em consonância com esta última doutrina, basta reduzir o lucro líquido no mesmo montante do aumento dos encargos tributários de forma a manter o preço final do contrato constante. Do mesmo modo, caso haja a diminuição da alíquota de um ou dos dois tributos em tela, deve-se aumentar o lucro líquido no mesmo montante da diminuição dos encargos tributários.

Por outro lado, se o contribuinte optar por outro regime de cálculo desses tributos, entre os possíveis, os quais serão explicitados no decorrer deste artigo, de modo a alterar o montante a ser pago, ou se as mudanças de alíquotas já forem expressas e previamente determinadas por lei, não haverá um fato do príncipe que justifique o reequilíbrio econômico-financeiro, ou seja, não será possível aplicar o disposto na alínea *d* do inciso II do art. 65, da Lei nº 8.666, de 1993,¹⁷ nem o § 5º do mesmo artigo. Nesses casos, não há divergência doutrinária, deve-se manter o mesmo valor do preço do contratado, ajustando o valor do lucro e do encargo tributário expresso.

Portanto, independentemente da posição doutrinária adotada quanto à repercussão do aumento das alíquotas do IRPJ e/ou da CSLL nos preços finais, é possível evidenciar os referidos tributos.

17 Esse dispositivo justifica a alteração contratual, mediante acordo entre as partes, ao dispor: “Para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevierem fatos imprevisíveis, ou previsíveis de efeitos incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica e extracontratual!”

4.4 A imprevisibilidade dos lucros a serem realizados não justifica a ausência de evidenciação do IRPJ e da CSLL nas planilhas de custos

Finalmente, a quarta razão, a imprevisibilidade dos lucros a serem realizados, que depende efetivamente do montante das atividades desenvolvidas pelas empresas licitantes, não justifica a ausência de evidenciação do IRPJ e da CSLL nas planilhas de custos. Essa conclusão é extraída das seguintes constatações:

- a) as planilhas de custos de serviços oriundas de processos licitatórios apresentam estimativas de quantitativos e de valores a serem realizados, pois podem ocorrer glosas, quantitativos não utilizados etc. Portanto, todos os valores incluídos nessas planilhas são prognósticos, não apenas os tributos em comento;
- b) dos regimes possíveis para calcular as estimativas dos tributos em tela, dois deles, o presumido e o simples, que serão tratados em momento oportuno, são feitos com base na previsão de faturamento, e não do lucro. Portanto, para esses casos, é irrelevante a imprevisibilidade do lucro;
- c) para uma análise adequada da exequibilidade da proposta, uma planilha de custos deve conter todas as estimativas de receitas e de custos possíveis e necessários para que o serviço seja realizado a contento, inclusive da previsão do lucro líquido, que é o objetivo principal de toda atividade societária,¹⁸ e dos referidos tributos diretos. Assim, a evidenciação do IRPJ e da CSLL nas planilhas de custos tem uma função extremamente importante, qual seja, é um excelente instrumento de controle de preços inexequíveis, consoante será demonstrado a seguir.

18 Nesse sentido, o art. 981 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (CCB), esclarece que “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com seus bens ou serviços, para o exercício de atividades econômicas e a partilha, entre si, dos resultados.”

5 Preços inexequíveis nos processos licitatórios e nos contratos administrativos

A importância da identificação de preços inexequíveis em processos licitatórios é bastante ventilada pela doutrina administrativa¹⁹ devido às consequências negativas da inexequibilidade para Administração Pública. Entre as aventadas, encontram-se a realização de serviços com uma qualidade inferior à disposta nos editais e o descumprimento de cláusulas secundárias do contrato, tais como deixar de recolher os encargos tributários e sociais relacionados.

Faz-se necessário saber, agora, o que são preços inexequíveis para serviços. Nos termos expressos no § 1º do art. 29 da Instrução Normativa MPOG nº 2, de 2007,²⁰ preços inexequíveis são aqueles que não se revestem de condições de serem cumpridas, devido aos encargos serem maiores que as receitas auferidas, ou seja, esses preços acarretarão prejuízos aos licitantes, caso eles sejam contratados e realizados. Nesse sentido, Joel de Menezes Niebuhr (2006, p. 212) esclarece que:

O que importa à Administração Pública é que a licitação e o contrato lhe propiciem resultado concreto. Para tanto, é imprescindível avaliar se as propostas lançadas pelos licitantes possuem condições concretas de serem executadas (que são exequíveis). Não basta selecionar a proposta com o melhor preço ou com a melhor qualidade: é imperioso verificar-se se ela pode ser mantida, ou seja, se o licitante tem meios para adimplir a obrigação a ser assumida.

Também nesse diapasão, no Acórdão nº 69, de 2006,²¹ o TCU dispôs o seguinte:

10. No que se refere à inexequibilidade, entendo que a compreensão deve ser sempre no sentido de que a busca é pela satisfação do interesse público em condições que, além de vantajosas para a administração, contemplem preços que possam ser suportados pelo contratado sem o

19 Nessa esteira, Marçal Justen Filho (2010, p. 654) esclarece: “O licitante vencedor procurará alternativas para obter resultado econômico satisfatório. Isso envolverá a redução da qualidade da prestação, a ausência de pagamento dos tributos e encargos devidos, a formulação de pleitos perante a Administração e assim por diante”.

20 Segundo esse parágrafo: “Consideram-se preços manifestamente inexequíveis aqueles que, comprovadamente, forem insuficientes para a cobertura dos custos decorrentes da contratação pretendida.”

21 TCU, Acórdão nº 697, de 2006, Plenário, Min. Rel. Ubiratan Aguiar. DOU de 15/5/2006.

comprometimento da regular prestação contratada. Não é objetivo do Estado espoliar o particular.

Assim, embora a linha que separa uma proposta extremamente vantajosa para a Administração Pública de outra inexecutável seja tênue, pois ambas apresentam valores menores que aqueles usualmente observados no mercado,²² existe um indicador seguro para se afirmar que o preço de um serviço é inexecutável: os prejuízos líquidos, que são a antítese do objetivo de qualquer atividade societária. Contudo, resta saber qual o prejuízo líquido é indicativo. É o contábil, o econômico ou o financeiro?²³

Não poderá ser o prejuízo financeiro tendo em vista que algumas despesas que não tiveram desembolso efetivo, tais como a depreciação e a amortização, e que não são computadas nesse tipo de prejuízo, não podem deixar de ser consideradas para efeitos de inexecutabilidade, pois, em algum dado momento, deverão impactar os cofres da empresa ofertante do preço (mais especificamente no momento de reposição do ativo imobilizado).

Além disso, não poderá ser o prejuízo econômico porque ele considera como despesa fixa o custo de oportunidade,²⁴ que é resultante da aplicação de um percentual de rentabilidade (o mínimo desejado) sobre o patrimônio líquido investido. Essa rentabilidade mínima, contudo, não é efetivamente um prejuízo, mas apenas um lucro que deixou de ser obtido pelo fornecedor; logo, não deve ser considerada para efeitos de análise de inexecutabilidade.

Portanto, por exclusão, observa-se que o indicador de preços inexecutáveis é o prejuízo líquido contábil, aquele que pode ser normalmente observado em planilhas de custos exigidas em procedimentos licitatórios, e que deve incluir todas as despesas e receitas referentes ao serviço a ser contratado.

22 Como bem observa Joel de M. Niebuhr (2006, p. 213): “A grande dificuldade em torno da desclassificação de propostas inexecutáveis reside na tarefa de apartá-las das propostas extremamente vantajosas. Ora, a Administração Pública não está impedida de obter oferta realmente excepcional que propicia vantagem substancial em relação às demais. O ponto é que a proposta inexecutável se parece em tudo com a proposta extremamente vantajosa. O limite entre uma e outra é tênue.”

23 Com base nas definições dos pontos de equilíbrio contábil, financeiro e econômico, consoante ensinamentos de Eliseu Martins (2006, p. 261), podem-se extrair a definição dos prejuízos respectivos, considerando-se que estes são resultantes das vendas de produtos ou serviços em quantidades inferiores às dos respectivos pontos.

24 Segundo Eliseu Martins (2006, p. 234), o custo de oportunidade representa “[...] o quanto a empresa sacrificou em termos de remuneração por ter aplicado seus recursos numa alternativa ao invés de uma outra.”

6 As razões para evidenciar o IRPJ e a CSLL nas planilhas de custos

Em consonância com os princípios constitucionais da eficiência²⁵ e da publicidade,²⁶ a evidenciação do IRPJ e da CSLL nas planilhas de custos de procedimentos licitatórios para contratação de serviços permite um melhor controle de duas possíveis situações de ocorrência de preços inexequíveis:

- a) na fase de julgamento das propostas dos processos licitatórios;
- b) na vigência contratual, quando houver aumento de alíquotas desses tributos.

6.1 Preços inexequíveis na fase de julgamento dos processos licitatórios

Caso as planilhas de custos de um dado processo licitatório sejam elaboradas nos moldes definidos no TCU, sem evidenciar o IRPJ e a CSLL, e considerando-se que esses tributos são efetivamente custos das empresas, nem sempre será possível concluir se há, verdadeiramente, lucros ou prejuízos contábeis previstos para esses serviços; conseqüentemente, não é possível saber se o preço é ou não exequível, principalmente se a margem de lucro apresentada for pequena. Tal fato se dá porque o lucro antes da incidência do IRPJ e da CSLL, que é o lucro que deve estar disposto nas planilhas de custos, não coincide com a base de cálculo dos tributos em tela. Logo, é possível que o valor desse lucro seja inferior ao montante do IRPJ e da CSLL a pagar. Essa observação é válida para três regimes normalmente utilizados pelas empresas para recolhimento desses tributos, quais sejam, o real, o presumido e o simples,²⁷ consoante será demonstrado na sequência.

25 Pelo princípio em tela, segundo a doutrina de Di Pietro (2008, p. 82), a Administração Pública deve atuar com vistas à obtenção dos melhores resultados possíveis. Para isso, dois aspectos desse princípio devem ser observados: o modo de atuação dos agentes públicos e o modo que a Administração Pública se organiza e se estrutura.

26 Nesse sentido, Raquel M. U. de Carvalho (2008, p. 185) esclarece o seguinte: “A publicidade torna possível o efetivo controle dos atos administrativos e assegura transparência necessária para se tentar contornar os riscos inerentes ao sigilo. Outrossim, o agente público exerce poder de titularidade alheia, devendo à sociedade prestar contas de forma pela qual cumpriu o referido múnus.”

27 Além desses regimes, existe o do lucro arbitrado. Contudo, este regime é utilizado em situações excepcionais, quando há irregularidades contábeis e/ou fiscais, consoante demonstra o art. 530 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99). Portanto, ele não pode ser considerado como base para a elaboração de planilhas em licitação, pois essas irregularidades inviabilizam a participação de empresas em processos licitatórios.

Antes, contudo, deve-se esclarecer que, conforme expressa o art. 57 da Lei no 8.981, de 20 de janeiro de 1995, aplicam-se à CSLL as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o IRPJ, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação vigente. Assim, se uma empresa optar pelo lucro presumido para o IRPJ, ela deverá utilizar esse regime para a CSLL; se optar pelo simples para o IRPJ, este regime será utilizado para a CSLL.

6.1.1 Inexequibilidades de empresas que recolhem o IRPJ e a CSLL com base no lucro presumido

No caso do IRPJ e da CSLL calculados pelo regime do lucro presumido, a base de cálculo é extraída da aplicação de percentuais fixados em lei, de acordo com a atividade da empresa, sobre a receita bruta auferida no trimestre. A esse montante se agregam outras receitas, rendimentos e ganhos de capital, tais como aplicações financeiras e vendas de ativos da empresa. Sobre essa base de cálculo, aplicam-se as alíquotas específicas do tributo.

Assim, especialmente para as empresas que apresentam margem de lucro pequena e rendimentos originados da prestação de serviços em larga escala, é possível que, nas planilhas de custos de processos licitatórios, os valores das bases de cálculo desses tributos (os faturamentos) sejam suficientemente grandes para originarem montantes dos tributos em tela a serem pagos superiores aos lucros antes da dedução deles. Consequentemente, haveria prejuízos contábeis e preços inexequíveis.

6.1.2 Inexequibilidades de empresas que recolhem o IRPJ e a CSLL com base no regime do Simples

Se o IRPJ e a CSLL forem apurados pelo regime do Simples, para calcular esses tributos, deve-se aplicar uma alíquota sobre o faturamento da empresa, que é base de cálculo desses encargos. As faixas das alíquotas se encontram expressas nos anexos I e de III a V da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que variam de forma diretamente proporcional ao faturamento bruto.

As faixas até R\$ 360 mil trazem as alíquotas a serem aplicadas às microempresas (ME); as faixas superiores a esse valor, mas menores ou igual a R\$ 3,6 milhões, dispõem sobre alíquotas aplicáveis às empresas de pequeno porte (EPP).

Do mesmo modo que no regime do lucro presumido, é possível ocorrer um montante de tributos a pagar superior ao lucro existente antes da dedução desses tributos, mais especialmente quando a margem de lucro for pequena, criando-se um prejuízo contábil, ou seja, um preço inexequível.

6.1.3 Inexequibilidades de empresas que recolhem o IRPJ e a CSLL com base no regime do lucro real

Para encontrar a base de cálculo do IRPJ com base no lucro real, deve-se ajustar o lucro do período pelas adições, exclusões e compensações prescritas e autorizadas, consoante estabelece o art. 247 do Decreto nº 3.000, de 1999 (RIR/99). Para achar a base de cálculo da CSLL, o lucro deve ser ajustado por adições e exclusões (HIGUSHI, 2012, p. 824).

Assim, é possível que o montante do IRPJ e da CSLL a pagar seja superior ao lucro antes da incidência desses tributos, desde que sejam inexistentes ou insignificantes as exclusões e as compensações, e substanciais as adições. Por conseguinte, para essa situação, considerando-se uma empresa que tenha vários contratos com a Administração Pública, cujas planilhas apresentem lucros diminutos antes da incidência dos tributos em tela e em conformidade com o entendimento do TCU, ela terá um conjunto de contratos com preços inexequíveis, pois seu demonstrativo do resultado do exercício apresentará um prejuízo contábil que refletirá negativamente nesses contratos.

Pode ser que, num primeiro momento, quando da contratação desses serviços com a Administração Pública, a empresa em tela não identifique o prejuízo líquido. Contudo, com a apuração do primeiro resultado do exercício após as contratações, ciente da sua inexequibilidade, a empresa em tela realizará atos com vistas a compensar o prejuízo sofrido, tais como a prestação dos serviços com qualidade inferior à contratada e o descumprimento das obrigações acessórias (não pagar salários, não entregar uniformes).

6.2 Preços inexequíveis em contratos de serviços

No decorrer da vigência de contratos administrativos cujas planilhas de custos sejam elaboradas nos moldes exigidos pelo TCU, um aumento das alíquotas do IRPJ e/ou da CSLL por lei pode transformá-los em inexequíveis, ocultando-se prejuízos contábeis, devido à não evidenciação desses tributos.

Os contratos mais suscetíveis à mudança de alíquotas são aqueles cujos titulares são pequenas empresas, devido à variação das alíquotas do IRPJ e do CSLL com o faturamento, nos termos expressos nos anexos da Lei Complementar nº 123, de 2006. Além disso, as alíquotas dos tributos em tela e sua forma de cálculo variam substancialmente quando uma empresa deixa de ser enquadrada como pequena empresa, sendo obrigada a recolher tributos com base no regime do lucro real ou do presumido.

Por outro lado, os contratos cujos titulares sejam empresas que recolham tributos com base no lucro real ou no presumido são menos suscetíveis à variação supramencionada, tendo em vista que as mudanças desses percentuais só podem ocorrer por meio de alterações realizadas por leis. Além disso, os aumentos por lei da alíquota do IRPJ devem observar o princípio da anterioridade,²⁸ ou seja, só podem ser aplicadas a fatos geradores que ocorrerem no exercício seguinte ao da lei que houver aumentado a alíquota (Constituição Federal (CF), art. 150, III, *b*),²⁹ enquanto as alterações das alíquotas do CSLL só podem ser cobradas após noventa dias da publicação da lei que a aumentou, consoante expressa o princípio da noventena ou da anterioridade nonagesimal (CF, art. 195, § 6º).³⁰

Já a mudança de opção entre esses dois regimes pode também ocasionar uma variação significativa de montante dos tributos referidos a recolher, em que pese não haver dúvida que não seria possível alterar o preço final do serviço.

28 Conforme estabelece o § 1º do art. 150 da CF, o imposto de renda é uma exceção ao princípio da noventena ou anterioridade nonagesimal, expresso na alínea *c* do inciso III do art. 150 da CF.

29 Em que pese a posição contrária da doutrina tributária esmagadora, baseada nos princípios constitucionais da irretroatividade e da anterioridade, o STF continua aplicando a Súmula nº 584, ou seja, ao imposto de renda calculado sobre os rendimentos do ano-base aplica-se a lei vigente no exercício financeiro em que deve ser apresentada a declaração. Assim, se uma lei publicada em dezembro de 2011 aumentar a alíquota do IR, ela pode ser aplicada ao mesmo ano-base, tendo em vista que o período de recolhimento é em 2012.

30 Nas lições de Ricardo Alexandre (2008, p. 131), observa-se que não há “[...] qualquer diferença relevante entre a restrição estatuída pelo art. 195, § 6º, e aquela prevista no art. 150, III, *c*, ambos da Constituição Federal, as duas denominadas de princípio da noventena ou anterioridade nonagesimal.”

6.3 A evidenciação do IRPJ e da CSLL como instrumento de controle de preços inexecutáveis

Para as empresas que utilizam o regime do simples e do lucro presumido, a evidenciação do IRPJ e da CSLL nas planilhas de custos, indicando nelas o regime utilizado, é um instrumento poderoso para controle de preços inexecutáveis, tendo em vista que a averiguação pode ser facilmente realizada pela Administração, tanto nos procedimentos licitatórios, quanto na vigência dos contratos de serviços, dado que a base de cálculo e as alíquotas são facilmente verificadas. Já para as empresas que recolhem os tributos em tela com base no regime do lucro real, a eficiência dessa evidenciação fica comprometida, pois não existem meios adequados para serem estimados os ajustes ao lucro antes do cálculo dos tributos em tela (adições, exclusões e compensações), que compõem a base de cálculo deles.

Contudo, neste último caso, a evidenciação da estimativa do IRPJ e da CSLL, aplicando-se às alíquotas correspondentes sobre o lucro existente antes da dedução deles, ou seja, desprezando-se os ajustes necessários, permite uma análise melhor da probabilidade da existência de contratos inexecutáveis, pois aponta, em regra, um valor do lucro líquido mais próximo à realidade do aquele o lucro antes da incidência deles. Essa situação pode se configurar quando a margem de lucro líquido estimada nas planilhas de custos da contratada for pequena, fato que pode ocultar um prejuízo líquido e que, caso ocorra, será desvelado quando da apuração do lucro real. A única medida cabível pela Administração Pública diante dessas pequenas margens de lucro líquido é a necessidade de maior atenção durante a vigência contratual, para garantir o seu cumprimento.

Aliás, as pequenas margens de lucro líquido em planilhas de custos de empresas que recolhem os tributos em tela pelos regimes do lucro presumido e do simples também evidenciam uma maior probabilidade da existência de preços inexecutáveis, o que, como consequência, exige também uma maior atenção do fiscal do contrato.

7 O local adequado nas planilhas de custos para evidenciar o IRPJ e a CSLL

Com vistas a diferenciar o tratamento a ser dado ao IRPJ e à CSLL dos demais tributos que também devem ser evidenciados nas planilhas de custos referentes a procedimentos licitatórios para contratação de serviços, sugere-se acrescentar às planilhas de custos uma denominação extraída da contabilidade societária, qual seja, o Lucro Líquido antes da Contribuição Social e do Imposto de Renda (LLACSIR). Esse item seria desdobrado, conforme tabela a seguir, em três subitens: IRPJ, CSLL e Lucro/Prejuízo Líquido.

Tabela 1 – Proposta para o item lucro das planilhas de custos

Item	Valor (R\$)
Lucro Líquido Antes da CSLL e do IRPJ (LLACSIR) = 1+2 +3	
1. CSLL calculada com base regime do lucro real, presumido, ou simples	
2. IRPJ calculado com base regime do lucro real, presumido, ou simples	
3. Lucro Líquido (ou prejuízo líquido) do exercício	

No âmbito da fase de julgamento das propostas, para as empresas que utilizam o lucro presumido ou simples, a planilha acima impediria a ocultação de prejuízos líquidos do exercício, evitando, assim, preços inexequíveis. Para as empresas que utilizam o regime do lucro real, pode indicar, apenas, a necessidade de uma maior ou menor fiscalização por parte da Administração Pública durante a vigência contratual.

Durante a vigência dos contratos administrativos, quando houver alteração das alíquotas do IRPJ e da CSLL, por meio de lei posterior, pode-se, conforme a posição doutrinária adotada quanto à repercussão dessa alteração, após ajustar os tributos em epígrafe às novas alíquotas:

- a) ajustar os preços finais contratados, mantendo o valor do lucro líquido constante, caso se entenda que há repercussão dos tributos em questão;
- b) se aplicado o entendimento do TCU e da doutrina de Marçal Justen Filho, deve-se reduzir ou aumentar o valor do subitem lucro líquido, caso haja, respectivamente, aumento ou redução de alíquotas, de forma a manter fixo o valor do LLACSIR e o preço final do contrato.

Na segunda hipótese, alínea *b*, caso surja um prejuízo líquido, o contrato não poderá ser mantido. Assim, para um órgão ou entidade da Administração Pública não ficar desamparado de um serviço necessário, ocasionando prejuízos ao funcionamento da máquina estatal, faz-se necessário que os fiscais do contrato avaliem, constantemente, o risco de descontinuidade dos serviços contratados devido ao surgimento de preços contratuais inexequíveis, oriundos de alteração das alíquotas de um ou dos dois tributos em questão, de forma que uma nova licitação seja deflagrada o mais rápido possível.

Finalmente, quando houver uma mudança de opção de regime de cálculo dos tributos em tela ou quando a alteração da alíquota já estiver previamente expressa em lei, tais como as dispostas na Lei Complementar nº 123, de 2006, não existirão motivos para um reequilíbrio econômico-financeiro. Assim, deve-se aplicar o procedimento disposto na alínea *b* supramencionada.

8 A relevância do controle de inexecuibilidade proposto

O controle de inexecuibilidade proposto é relevante porque ele se aplica a todos os regimes de cálculo do IRPJ e da CSLL, em que pese apresentar maior eficiência para as empresas que utilizam os regimes do simples e do lucro presumido.

Além disso, deve-se esclarecer que os dois últimos regimes supramencionados são utilizados pela grande maioria das empresas potencialmente passíveis de serem contratadas pela Administração Pública e por uma quantidade significativa de empresas que já possuem contratos firmados. Segundo informações da Receita Federal do Brasil,³¹ desprezando-se o número insignificante de empresas que utilizam o regime do lucro arbitrado, 18,54 % do total das empresas utilizam o regime do lucro presumido, e 78,66 % utilizam o regime do simples.

31 Fonte das informações: Receita Federal do Brasil, mais especificamente a Coget/Copan. Esses dados foram obtidos em 29/6/2012, mediante *e-mail* do auditor-fiscal Marcelo de Mello Gomide Loures. O quantitativo de empresas que recolhem pelo simples foi extraído do cadastro do CNPJ; já os quantitativos de empresas que recolhem pelo regime do lucro real e do presumido são oriundos das declarações apresentadas.

9 Conclusões

Ante o exposto, conclui-se que, em consonância com os princípios constitucionais da publicidade e da eficiência, a evidenciação do IRPJ e da CSLL deve ser realizada nas planilhas de custos de serviços, pois:

- a) por si só, não induz o aumento dos custos dos serviços a serem contratados com base em processos licitatórios, dados que os preços finais são oriundos dos mercados em que esses serviços se inserem e da concorrência em concreto de cada certame;
- b) não se pode confundir a necessidade de evidenciar os tributos em tela em planilhas de custos com o direito subjetivo do contratado à manutenção do equilíbrio da equação econômico-financeira.
- c) permite o controle de preços inexequíveis em duas situações, mais especificamente quando as empresas licitantes recolherem esses tributos com base no lucro presumido ou simples:
 - c.1) durante os procedimentos licitatórios;
 - c.2) durante a vigência de contratos administrativos, quando houver alteração das alíquotas a serem aplicadas;
- d) em serviços cujas planilhas de custos apresentem margens de lucros muito pequenas, indica, com mais precisão, a necessidade de uma fiscalização do contrato mais rigorosa.

Finalmente, é importante esclarecer que as conclusões supramencionadas também podem ser estendidas para as planilhas de custos de obras de engenharia.

Referências

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

- CARVALHO, Raquel M. U. de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador: Podivn, 2008.
- DI PIETRO, Maria S. Z. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- HIGUSHI, Hiromi. **Imposto de Renda das Empresas**. Interpretação e Prática. 37. ed. São Paulo: IR Publicações, 2012.
- IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto R. **Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.
- MARTINS, Eliseu. **Contabilidade de Custos**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. 4. ed. **Pregão Presencial e Eletrônico**. Curitiba: Zênite. 2006.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restellato. **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- PINDICK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. Tradução de Pedro Catunda. São Paulo: MacGraw-Hill, 1994.
- PINHO, Diva B.; VASCONCELOS, Marco. A. S. (Orgs.). **Manual de Economia**. Equipe de professores da USP. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SANTIAGO, Igor Mauler. **Repasse do Ônus Econômico de Tributos Diretos: a Controvérsia sobre o PIS e a Cofins das Companhias Telefônicas**. Disponível em: <<http://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Repasse-do-onus-economico-de-tributos-diretos-a-controversia-sobre-o-pis-e-a-cofins-das-companhias-telefonicas.pdf>>. Acesso em: 11 mai. 2012.

A Flexibilização da Responsabilidade Societária nos Direitos Privado, Trabalhista e Tributário: uma panorâmica histórica

Bruno Meyerhof Salama*

Viviane Muller Prado**

1 Introdução. 2 A responsabilização de terceiros no Estado liberal oligárquico. 3 A longa transição do Estado social (1930-1988). 4 O Estado social democrático. 5 Conclusão.

Resumo

Examina a evolução da legislação, jurisprudência e doutrina acerca da flexibilização da responsabilidade societária durante o século XX. Busca trazer à luz materiais que se perderam no tempo em três áreas em que hoje a flexibilização da responsabilidade societária é visível, a saber, os Direitos Privado (Societário/Civil), Trabalhista e Tributário.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Desconsideração da personalidade jurídica.

* Professor da Direito GV, de São Paulo. Doutor em Direito por UC Berkeley Law School, Califórnia, EUA.

** Professora da Direito GV, de São Paulo. Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo, Brasil.

Abstract

This article examines the evolution of legislation, case law and legal doctrine concerning this topic during the 20th century. It brings to light legal materials that have been lost in time in the three main areas where said flexibilization of the liability regime takes is most clearly visible, namely private law (corporate and civil), labor and tax law.

Keywords: Civil liability. Disregards of legal entity.

1 Introdução

A responsabilização de terceiros por dívida de empresa é hoje um dos temas mais controvertidos na teoria e prática do Direito no Brasil. Está em curso uma **flexibilização da responsabilização societária** que se traduz, concretamente, na ampliação das circunstâncias em que terceiros ligados à empresa são responsabilizados por dívidas desta. Essas circunstâncias decorrem de diversos mecanismos jurídicos, em particular dos seguintes: *i*) a criação de novos centros de imputação da responsabilidade empresarial (especialmente para sócios, administradores e contratantes da empresa); *ii*) o estabelecimento de novas condutas ou fatos que geram tal responsabilização (por exemplo, na seara dos Direitos Ambiental e Trabalhista); e *iii*) a reinterpretção de forma mais estrita de doutrinas tradicionais de responsabilização subjetiva (por exemplo, estabelecendo a culpa *in vigilando* do administrador ou sócio por atos danosos praticados em nome da empresa).

A literatura jurídica sobre o tema é extensa e rica em alguns aspectos, porém incorre em pelo menos dois tipos de problema. Em primeiro lugar, essa literatura tem-se voltado a analisar os mecanismos de responsabilização em cada ramo do Direito de maneira estanque, tratando isoladamente os vários agentes afetados pelo desenvolvimento da atividade empresarial. Assim, a responsabilização em matéria trabalhista é tratada dissociada da responsabilização em matéria societária, que por sua vez é tratada dissociada da responsabilização em matéria tributária, e assim sucessivamente. Com isso, ganha-se em tecnicidade, mas

perde-se na compreensão orgânica do sistema jurídico. Em segundo lugar, os escritos que se preocupam com a responsabilidade societária de maneira mais abrangente (particularmente com a análise do instituto da pessoa jurídica) partem, com frequência, da teoria para os fatos. Isto é, antes formulam uma grande teorização de base filosófica para só depois “imporem” tal teoria aos fatos. Verdade que aqui temos o benefício de um pensar que, por ser ideológico, é naturalmente mais abrangente. Por outro lado, há também uma desvantagem, a saber, o risco de que a teoria se descole da prática. Quando isso acontece, a teoria passa a cada vez mais servir como mera ferramenta retórica, e cada vez menos como ferramenta de explicação e compreensão do mundo.

Este trabalho procura fugir desses dois problemas analisando conjuntamente diversos campos da responsabilização de terceiros e colocando todo o tema em contexto histórico. Especificamente, nossa proposta é examinar a evolução da legislação, jurisprudência e doutrina acerca da flexibilização da responsabilidade societária durante o século XX. Assim, buscaremos trazer à luz materiais que se perderam no tempo em três áreas em que hoje a flexibilização da responsabilidade societária é visível, a saber, o Direito Privado (Societário/Civil), o Trabalhista e o Tributário.

Além desta introdução, o trabalho contém quatro seções adicionais. A seção 2 enfoca o regime de responsabilidade empresarial durante a República Velha (1889-1930). Seu traço marcante é adoção no Brasil de regimes jurídicos de responsabilidade limitada de inspiração liberal europeia. A seção 3 examina o período seguinte, que se inaugura com a Era Vargas e vai até a constituição de 1988. Esse é o período em que o Estado brasileiro abandona o liberalismo político em questões de Direito Público e torna-se crescentemente interventor. Mas, ao mesmo tempo, há uma preocupação constante de resguardo do Direito Privado (Civil e Comercial) em moldes liberais. Reforça-se assim uma separação entre os campos do Direito Público e do Direito Privado, o primeiro marcado pela intervenção estatal e predomínio do interesse coletivo, e o segundo marcado pela liberdade de ação e autonomia da vontade. Essa clivagem começa a se esgarçar paulatinamente a partir da década de 1970. É nesse momento que se inicia um processo em que as cortes pouco a pouco vão se tornando também vetores da flexibilização da responsabilidade societária.

A seção 4 retrata o período posterior à Constituição de 1988, em que a flexibilização se acelera e se cristaliza. Sob o horizonte normativo da efetividade do

Direito e do processo, surge uma série de novas regras, ações de Estado e construções jurisprudenciais cujo traço unificador é o de crescentemente responsabilizar terceiros por obrigações da empresa, tudo sob o pano de fundo do esgarçamento da fronteira entre o Direito Público e o Privado. A seção 5 conclui o trabalho.

2 A responsabilização de terceiros no Estado liberal oligárquico

A história aqui descrita começa com a aceitação, na passagem do século XIX para o século XX, daquela que se tornou a pedra angular do Direito Societário, a saber, a noção de que a sociedade possui personalidade jurídica própria.¹ Essa concepção logo passou a fundamentar dois princípios jurídicos. Primeiro, o princípio da **autonomia patrimonial**, de acordo com o qual os direitos e obrigações da empresa são distintos e não se comunicam imediata ou necessariamente com os direitos e obrigações pessoais de seus sócios, administradores e representantes. Segundo, na possibilidade de dar-se aos sócios a faculdade de adotarem um tipo societário pautando sua **responsabilidade limitada** no valor do capital social subscrito e integralizado.² Assim, nas sociedades que conferem responsabilidade **limitada** aos sócios, estes responderiam apenas pela integralização do capital social da empresa.³ Esses dois princípios compuseram o cerne da chamada responsabilização empresarial moderna.

1 Antes do Código Civil de 1916, esse tema gerava controvérsia. A existência de personalidade jurídica da sociedade só se tornou inconteste com o disposto no art. 20 do Código Civil então criado, e hoje revogado. Confira-se: “Art. 20. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.” O ordenamento atual ampara claramente a ideia de que a sociedade possui uma personalidade jurídica própria. Confira-se: Código de Processo Civil, art. 596: “Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro excutidos os bens da sociedade.” Código Civil, art. 45: “Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.”; art. 46, V: “O registro declarará: [...] se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.”; art. 52: “Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”

2 Há no Brasil sociedades com regime de responsabilização limitada (e.g. **sociedade limitada**, **sociedade por ações**), ilimitada (e.g. **sociedade em nome coletivo**) e mista (e.g. **sociedades em comandita**). Há, ainda, outras sociedades em que se pode escolher o regime de responsabilização (e.g. **sociedade simples**). Para a atividade empresarial, o mais comum é adotar a forma legal da **sociedade limitada** ou da **sociedade por ações**.

3 Código Civil, art. 1.052: “Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.” Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art. 1º: “A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.”

O princípio da autonomia patrimonial é, em certo sentido, não mais do que um pressuposto da própria existência da pessoa jurídica. Se com a pessoa jurídica surge um novo sujeito de direito, é pressuposto que o ordenamento jurídico reconheça sua capacidade de ter um patrimônio independente do dos seus membros, isto é, de ser titular em nome próprio do conjunto de relações jurídicas passivas e ativas. No caso das sociedades empresariais, os sócios são figuras importantes para a formação desse patrimônio mediante aporte de recursos pela integralização do capital social. Por outro lado, são peças essenciais na estrutura organizacional, juntamente com os administradores, para a tomada de decisão dos destinos da empresa e atuação perante terceiros. Juridicamente, todavia, pessoa jurídica e seus membros internos não se confundem, e tudo isso é corolário do princípio da autonomia patrimonial.

Enquanto o princípio da autonomia patrimonial é essencial para a existência da pessoa jurídica, o princípio da responsabilidade limitada é acidental. Isto é, o primeiro é absolutamente necessário, mas não o segundo. É que o reconhecimento da personalidade jurídica ao ente coletivo e, por consequência, da autonomia patrimonial não confere a seus membros necessariamente a limitação de responsabilidade. Esta decorre do tipo associativo de que se reveste a pessoa jurídica.

De fato, até 1919, os comerciantes tinham a opção de se organizar por algum dos tipos societários previstos no Código Comercial de 1850 ou então na forma de sociedade por ações. Nenhum dos tipos de sociedade do Código Comercial conferia limitação de responsabilidade a todos os sócios. Somente pelas sociedades por ações (SA), a totalidade dos sócios poderia limitar a sua responsabilidade ao valor de subscrição das suas ações. A SA, entretanto, configurava-se como instrumento bastante custoso e burocrático para as pequenas e médias empresas. Por conta disso, em 1919, foi criada no Brasil a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, o que se deu pelo Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919. Consistia em diploma legal extremamente simplificado, com apenas dezoito artigos, que conferia amplo campo para o exercício da autonomia de vontade para a configuração das estruturas internas das sociedades comerciais. Além da simplificação da burocracia, se comparada às exigências das sociedades por ações, as sociedades por quotas de responsabilidade limitada possibilitavam

a limitação da responsabilidade de todos os sócios ao montante de capital social após a sua integralização.

Com o surgimento das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, os tipos societários do Código Comercial de 1850 caíram, pouco a pouco, em desuso. O motivo foi justamente o de não possibilitarem a limitação de responsabilidade da totalidade de sócios⁴ e, por isso, serem incapazes de restringir o risco dos empreendedores. Constata-se assim que o instituto da pessoa jurídica (e a consequência da separação patrimonial) conjuntamente com a simplificação trazida pelas sociedades por quotas de responsabilidade limitada forneceram a empresários o instrumental necessário para a organização da atividade empresarial. Possibilitou-se a restrição dos seus riscos ao valor aportado a título de capital social.⁵

Durante a República Velha, os debates jurídicos estavam centrados em torno da afirmação e justificação da existência de um centro de imputação de direitos e deveres autônomos das pessoas que tomam as decisões e tornam presente a pessoa jurídica nas suas relações com terceiros (COMPARATO; FILHO, 2005, p. 319-341; CORDEIRO, 2000). Como reconhecer um sujeito de direitos não humano, e qual seria sua natureza jurídica? Tais eram as principais indagações de que se ocupavam os doutrinadores do período. As respostas acabaram sendo dadas, em boa medida, pela importação ao Brasil de discussões travadas no continente europeu. De qualquer forma, no ordenamento jurídico brasileiro, independentemente da concepção teórica adotada, o reconhecimento da autonomia da pessoa jurídica em relação aos seus componentes foi positivado no art. 20 do Código Civil de 1916. A redação desse dispositivo legal não deixava dúvida ao estabelecer: “As pessoas jurídicas têm existência distinta dos seus membros”. Além disso, a jurisprudência, em regra, chancelava tanto o respeito à independência da pessoa jurídica quanto às regras societárias no que tange a limitação da responsabilidade.

Ao mesmo tempo, na República Velha, o Direito do Trabalho ainda dava seus primeiros passos como ramo do Direito com características próprias. As relações de trabalho eram tratadas como relações civis regidas por contrato,

4 Em 1961, o Tribunal de Alçada de São Paulo decidiu pela penhora de bens de sócio, com base no art. 350 do Código Comercial, mas se tratava, como afirmado no acórdão, de “sociedade de responsabilidade solidária”. Apelação nº 41.239, Rel. Dimas R. de Almeida, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais*, agosto de 1966, p. 543.

5 Não esquecendo que as sociedades por ações continuavam a ser uma opção, particularmente para as empresas de grande porte.

sem o conteúdo obrigatório que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a legislação protetiva viriam posteriormente instituir. Só depois a CLT viria afirmar que o contrato de trabalho pode ser celebrado tacitamente, ou seja, bastando que alguém, de fato, preste serviços a outro alguém.⁶ Esse modo de pensar, que põe em segundo plano, entre outras coisas, a forma societária das empresas, é importante para compreender o desenvolvimento futuro do tema da limitação da responsabilidade empresarial no campo trabalhista.

Na mesma linha, na República Velha, no Direito Tributário, o tema da responsabilização de terceiros por dívidas da empresa era de pouca importância. Uma das razões, evidentemente, era a de que os princípios de autonomia e responsabilidade limitada afirmavam-se de maneira soberana. Além disso, as principais fontes de receita tributária do Estado na República Velha consistiam na tributação do comércio exterior e em outras atividades tradicionais ligadas à propriedade ou ao consumo interno (VILLELA; SUZIGAN, 2001, p. 138 e ss). A tributação do patrimônio privado se dava principalmente por meio dos impostos territoriais (rural e urbano). Também ocorria mediante transmissões *inter vivos* e *causa mortis*, além da tributação sobre o extrativismo e a produção agropastoril, que, sob a rubrica de produtos, incidia sobre o patrimônio (FERREIRA, 1986, p. 177).

Além disso, o foco da tributação durante a República Velha esteve, marcadamente, na pessoa física – não na pessoa jurídica.⁷ É bem verdade que desde a proclamação da República existia um imposto que incidia sobre benefícios distribuídos por sociedades anônimas,⁸ mas a criação de um imposto sobre a renda geral deu-se somente na década de 1920, em momento já próximo da transição para a Era Vargas. Em 1922, dois artigos da Lei nº 4.625, de 31 de dezembro, instituíram um imposto geral sobre a renda, mas o diploma nunca foi aplicado (SOUZA, 1950, p. 73-74; VARSANO, 1982, p. 110; MORAES, 1996, p. 58-59). O tema foi retomado no ano seguinte, com a regulamentação da Lei nº 4.625, de 1922, pela Lei nº 4.783, de 31 de dezembro de 1923. Embora cobrado

6 CLT, artigo 442, *caput*: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expreso, correspondente à relação de emprego.”

7 “Contrariamente à filosofia original de centrar a arrecadação do imposto de renda na pessoa física, a receita proveniente de pessoas jurídicas tornou-se, progressivamente, a dominante (50% contra 30% das pessoas físicas por volta de 1960). As alterações do imposto de pessoas físicas em 1962 foram introduzidas pelas Leis nº 4.069 e 4.154”. (VARSAÑO, 1996)

8 Vinculado ao título “Imposto sobre a renda”, o tributo sobre benefícios distribuídos por sociedades anônimas foi disciplinado inicialmente pela Lei nº 2.321, de 30 de dezembro de 1910, e em seguida reformado pelo decreto nº 2.719, de 31 de dezembro de 1912, pela Lei nº 2.841, de 31 de dezembro de 1913, e pelo Decreto nº 12.437, de 11 de abril de 1917.

já no exercício de 1924, o imposto só seria generalizado em 1925, com a edição da Lei nº 4.984, de 31 de dezembro daquele ano. Logo a seguir, o Decreto nº 17.390, de 26 de junho de 1926, consolidou as disposições anteriores, estabelecendo um regime inequívoco, ainda que pouco efetivo. O imposto de renda pouco a pouco ganharia importância, mas só na década de 1960 seria protagonista no quadro das receitas tributárias do país.

3 A longa transição do Estado social (1930-1988)

A década de 1930 marca uma inflexão em que o ideário liberal rapidamente perde espaço. No novo mapa político, o Estado embarca nas mais variadas atividades de intervenção e planejamento, e o faz principalmente mediante a criação de empresas estatais e a regulação de atividades. Nas décadas seguintes, esse quadro impactou os esquemas de responsabilização societária. Na legislação (societária, falimentar, tributária, trabalhista, etc.) pouco a pouco se foram estabelecendo novas hipóteses em que sócios, administradores e representantes poderiam ser responsabilizados por dívidas da empresa. Assim, por exemplo, fizeram-no a CLT (1943), a Lei de Falências (1945) e o Código Tributário Nacional (1967).

A intervenção do Estado nas relações entre capital e trabalho culminou inevitavelmente no surgimento de um ramo próprio do Direito para as relações de trabalho. O resultado foi o surgimento de uma nova dogmática jurídica em que a responsabilidade de terceiros foi paulatinamente se deslocando para além do Direito Societário. O quadro de responsabilidade limitada em base contratual começava, então, sua lenta e contínua mutação, e o fazia pela via do Direito do Trabalho.

A CLT trouxe regras específicas sobre responsabilidade de sócios. De particular interesse foi a regra constante do art. 2º, § 2º, segundo a qual empresas do mesmo grupo econômico estariam obrigadas a responder solidariamente por dívidas surgidas em relações de emprego.⁹ Assim, se uma empresa inadimplisse

⁹ CLT, art. 2º, § 2º: “Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.” A mesma regra da responsabilidade solidária do grupo foi reproduzida com poucas alterações na Lei do Trabalho Rural, art. 3º, § 2º, da Lei nº 5.589, de 8 de junho de 1973: “Sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda

suas obrigações de natureza trabalhista, as demais empresas integrantes do grupo econômico poderiam ser demandadas e responderiam solidariamente. Além disso, a legislação trabalhista trouxe também um novo pressuposto sociológico, a saber, o de que os empregados não dispõem de meios adequados para manter sua sobrevivência e que têm um elevado grau de dependência ante o empregador. Esse princípio vai aos poucos adquirindo desdobramentos dogmáticos variados. Inicia com a ideia de interpretação jurídica mais favorável ao empregado e passa então a justificar-se como tentativa de evitar fraudes por parte dos empregadores. Esse conjunto de ideias vai pouco a pouco colocando em segundo plano tanto a formalização do contrato quanto as características e a capacidade dos contratantes.

Nos Direitos Civil e Societário, a flexibilização da responsabilidade societária surgiu paulatinamente em decisões dos nossos tribunais. A pesquisa jurisprudencial que desenvolvemos mostrou que até a década de 1970 os tribunais tendiam a decidir consistentemente pela não responsabilidade dos sócios por dívidas sociais. A separação patrimonial decorrente da personificação da sociedade não era questionada, ou seja, havia certo “absolutismo” da pessoa jurídica. Além disso, a limitação da responsabilidade era analisada com bases na disciplina societária. Exceto no caso das raras exceções expressamente previstas em lei – notadamente, a exceção prevista na CLT –, não se cogitava atingir os bens dos sócios se o capital social estivesse totalmente integralizado.

Por exemplo, em 1953, em ação na qual se questionava a responsabilidade de gerente de sociedade dissolvida sem que houvesse o registro de cancelamento no registro de comércio, o Supremo Tribunal Federal não permitiu que o gerente fosse responsável pela obrigação pleiteada, com base no art. 20 do Código Civil então vigente.¹⁰ Também com fundamento no art. 20 do Código Civil, em 1963, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou a possibilidade de penhorar bens da sociedade para satisfazer dívida de ex-acionista e antigo diretor, “dado que não

quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego.”

10 Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Recurso Extraordinário nº 23.387 – RS, Rel. Min. Rocha Lagoa. Em 1978, o Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, em questão processual, não permitiu que o sócio interpusse o agravo de instrumento de sociedade cujo contrato social ainda não fora arquivado: “mesmo que estivesse tranquila a condição de sócios dos agravantes, não são eles parte do feito, desde que não se confunde a pessoa física dos sócios com a pessoa jurídica da sociedade de que fazem parte, consoante a regra do art. 20 do CC, aplicável à espécie.” (Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, Agravo de Instrumento nº 18.605, Rel. Êmerson Santos Parente; acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 526, agosto de 1979, p. 216)

havia confundir a pessoa do sócio com a da sociedade”.¹¹ No mesmo sentido, em 1966, o Tribunal de Alçada de São Paulo decidiu: “Se todo o capital estiver integralizado, nenhum sócio pode ser compelido a fazer qualquer prestação. Nada deve ele à sociedade e tampouco aos credores, cuja garantia repousa exclusivamente no patrimônio.”¹² E ainda, em 1970, o mesmo Tribunal não admitiu a responsabilidade do sócio-gerente na execução de cambial emitida pela sociedade sob o entendimento de que

o limite da responsabilidade dos sócios nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada é o valor do capital social. Se todas as cotas estiverem integralmente liberadas, nenhum cotista, ensina Pedro Barbosa Pereira, como tal, poderá ser compelido a fazer qualquer prestação.¹³

Aos poucos, vão aparecendo casos isolados que apontam a responsabilidade dos sócios em situações específicas. Por exemplo, em 1960, em decisão bastante isolada, o juiz da 11ª Vara Cível do Distrito Federal entendeu que houve abuso de direito por meio de sociedade anônima, em que o diretor e acionista se utilizou da sociedade para burlar a lei, violar obrigações contratuais e prejudicar terceiros. Após análise minuciosa dos fatos para demonstrar a fraude, o juiz chamou a responsabilidade para o acionista “soberano”, titular de 98% das ações. De forma pioneira, a decisão desconsiderou a existência da pessoa jurídica e entendeu que o ato foi praticado diretamente pelo acionista. Fundamentou a

11 TJSP, Embargo nº 105.835, Rel. O. Gonzaga Júnior, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 354, abril de 1965, p. 205.

12 TASP, 3º Grupo de Câmaras Cíveis, Embargo Infringente nº 78.006, Rel. A. Médici Filho, ementa publicada na *Revista dos Tribunais* 378, p. 321. O mesmo argumento em outra decisão do ano de 1966, em acórdão do TJSP, Ap. nº 132.893, Rel. Gonçalves Santana, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 372, outubro de 1966, p. 250 (“[...] a sociedade já tinha o seu capital integralizado, nada mais podendo exigir dos sócios.”).

13 TAcSP, Ap. nº 138.829, Rel. Martiniano de Azevedo, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 418, agosto de 1970, p. 207. Nesse mesmo sentido e com o mesmo argumento de inadmissibilidade de incidência de constrição judicial sobre bens particulares de cotistas quando o capital estiver inteiramente integralizado, ver: 2º TASP, Ap. nº 65.548, Rel. Joaquim Francisco, 1977, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 510, abril de 1978, p. 180-181; 2º TJSP, Ap. nº 45.542, Rel. Álvares Cruz, 1976, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 492, outubro de 1976, p. 163-164; TAcSP, Ap. nº 207.259, Rel. Tito Hersketh, 1974, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 472, p. 137-138; TAcSP, Ap. nº 158.669, Rel. Sabino Neto, 1971, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 429, julho de 1971, p. 168-169. No mesmo sentido da impenhorabilidade dos bens dos sócios: TARJ, Ap. nº 70.496, Rel. Emerson Santos Parente, 1977, ementa publicada na *Revista dos Tribunais* 516, outubro de 1978, p. 216; TJSP, Ap. nº 250.864, Rel. Sydney Sanches, 1976, ementa publicada na *Revista dos Tribunais* 503, setembro de 1977, p. 123; TJSC, Ag. I. nº 1.155, Rel. Geraldo Salles, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 514, agosto de 1987, p. 199-200. Este acórdão cita ainda decisão no mesmo sentido, com o mesmo argumento do TJSP, publicado na *Revista dos Tribunais* 503/123 e outra decisão catarinense, publicada na *Jurisprudência Catarinense*, 1975, v. 9/10, p. 268. Nesse mesmo sentido, TJSC, Ap. nº 11.343, Rel. Des. Nelson Konrad, 1978, ementa publicada na *Revista dos Tribunais* 528, outubro de 1979, p. 231; TAPR, Ag. I. 168/77, Rel. Schiavon Puppi, 1978, ementa publicada na *Revista dos Tribunais* 522, abril de 1979, p. 236; e TJSC, Ap. nº 12.300, Rel. Des. Nelson Konrad, 1977, ementa publicada na *Revista dos Tribunais* 520, fevereiro de 1979, p. 272.

sua decisão com citação de jurisprudência alemã e americana, bem como na doutrina estrangeira. Apresentou as ideias de Rolf Serick, J. M. Wormser, Henry Ballantine, Ascarelli (negócio indireto), Vivante, Mosa, Willian Cook.¹⁴ Conseguiu assim fundamentar a sua decisão para superar “a forma externa da pessoa jurídica para alcançar as pessoas e bens que sob seu manto se escondem”, possibilitando utilizar:

o remédio, para esses desvios no uso da pessoa jurídica, na possibilidade de prescindir da sua estrutura formal para nela “penetrar” até descobrir seu substrato pessoal e patrimonial, pondo assim a descoberto os verdadeiros propósitos dos que se amparam sob aquela armadura legal.

Apesar de essa sentença mencionar especificamente a descon sideração da pessoa jurídica, essa não era a regra da motivação das poucas decisões judiciais que entendiam pela responsabilidade dos sócios ou administradores. Quando existiam, tais decisões eram baseadas em alguma irregularidade nos fatos que apontassem para a responsabilidade, tais como dificuldade de visualizar a pessoa jurídica com atuação isolada dos sócios,¹⁵ sociedade entre marido e mulher¹⁶ e o não arquivamento de alteração contratual, transformando a sociedade em sociedade irregular.¹⁷ Um caso de 1975 é exemplo desse tipo de decisão. Nesse ano, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em situação na qual a sociedade com um “único proprietário” paralisou as suas atividades, sem realizar a sua dissolução e liquidação, e não tinha bens em seu nome, decidiu pela admissibilidade da penhora dos bens do sócio. Na fundamentação, afirmou-se:

14 Decisão publicada na *Revista Forense*, v. 188, 1960, p. 267-282.

15 Em 1967, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu sobre causa relacionada a sociedade, na qual havia apenas dois únicos sócios, aos quais cabia a administração, afirmando: “embora se cuide de sociedade devidamente registrada, gozando de personalidade jurídica própria, distinta de seus sócios, a verdade é que representa sociedade de pessoas de responsabilidade ilimitada.” Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível nº 164.678, Rel. Pacheco Mattos, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 387, p. 138-139.

16 Em 1973, quando o 1º Tribunal de Justiça Cível de São Paulo permitiu que a penhora recaísse sobre os bens da sociedade para saldar dívida dos sócios, que eram apenas marido e mulher, aquele, titular de 90% das quotas. Na fundamentação, afirmou-se “A sociedade existe apenas para dar *status* maior ao comerciante individual. Tanto assim é que o executado afirmou, no ato da penhora, serem de sua propriedade os bens. [...] na espécie nada justifica quebra do princípio, quando se vê que a atuação do executado é para furtar-se à execução dos bens que são na verdade do casal e não da fictícia sociedade”. 1º TAcSP, Ap. nº 195.339, Rel. Toledo Piza, 1973, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 464, junho de 1974, p. 137.

17 2º TAcSP, Ap. nº 43.996, Rel. Bueno Magano, 1978, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 513, julho de 1978, p. 183-186; TJSC, Ap. nº 10.470, Rel. Reynaldo Alves, acórdão publicado na RT 500, p. 194-195.

Aliás, como ficção da lei, a personalidade coletiva não pode isolar-se da personalidade dos que a compõem, sob pena de fugir-se à realidade, mormente na época em que atravessamos, em que raras são as empresas comerciais ou industriais em nome individual. A assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entravar a própria ação do Estado, na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do juiz, procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito.¹⁸

Ressalte-se que se encontram também decisões sobre responsabilidade de diretor por atos ilícitos que causam prejuízo a terceiros¹⁹ e excesso de mandato.²⁰

A partir do final da década de 1960, o tema ganha espaço na doutrina com forte influência na jurisprudência e até na sua possível positivação com o projeto de Código Civil. São três os autores que merecem menção: Rubens Requião, em razão da sua conferência em 1969, Fábio Konder Comparato, com seu livro sobre poder de controle nas sociedades por ações de 1976, e J. Lamartine Corrêa de Oliveira, com sua obra que aponta a dupla crise da pessoa jurídica de 1979.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi noticiada no Brasil em conferência de Rubens Requião realizada em 1969 na Universidade Federal do Paraná. Olhando para o Direito Comparado, o texto referente a essa conferência colocou em xeque o absolutismo da personalidade jurídica, em casos nos quais a pessoa jurídica fosse utilizada de forma abusiva com a finalidade de fraudar. Para tanto, utiliza dois autores estrangeiros, Piero Verrucoli (*Il Superamento della personalità Giuridica delle Società di Capitali nella Common Law e nella Civil Law*) e Rolf Serick (*Aparência y Realidad en Las Sociedades Mercantiles – El abuso de derecho por Medio de la Persona Jurídica*), bem como traz notícia de jurisprudência inglesa, americana e alemã. Requião encoraja os juízes brasileiros a fazer o raciocínio da desconsideração para evitar fraude e abuso de direito.²¹ Ao final, todavia, alerta que a aplicação da desconsideração

18 TJSC, Ap. nº 10.470, Rel. Reynaldo Alves, 1975, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 500, junho de 1977, p. 194-195.

19 TJSP, Ap. nº 202.127, Rel. Jonas Vilhena, 1971, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 437, março de 1972, p. 106-107; TJSP, Ap. nº 184.080, Rel. Newton Hermano, 1970, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 428, junho de 1971, p. 173-175.

20 TJSP, Ap. nº 177.641, Rel. Lair Loureiro, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 417, julho de 1970, p. 134-135; TJSP, Ap. nº 6.973, Rel. Osmundo Nóbrega, 1969, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 402, abril de 1969, p. 350.

21 “Diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito, ou se deve desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos.” (REQUIÃO, 1977, p. 70)

deve ser moderada e utilizada apenas em casos excepcionais.²² Apesar de ser um texto curto e descritivo da experiência estrangeira, Requião era constantemente citado em decisões judiciais²³ e, mais tarde, foi fonte de inspiração da positivação no Anteprojeto do Código Civil (OLIVEIRA, 1979, p. 556 e ss).

Já Fábio Konder Comparato, em 1976, traz mais um elemento para se pensar a teoria da desconsideração no sistema brasileiro. O autor aponta que o principal problema a ser resolvido com a desconsideração é a confusão patrimonial e lança o olhar para a figura de quem exerce o poder de controle das sociedades. Chama atenção também para a necessidade de se pensar a desconsideração da pessoa jurídica nas estruturas dos grupos econômicos em virtude da unidade econômica dessas organizações.

Outra obra importante veio em 1979, **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**, de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. Nesse livro, o autor aponta uma crise do sistema e outra de função. A crise de sistema revela-se na existência de uma série de entes não dotados de personalidade jurídica, tais como sociedade ou associação irregular, condomínio, massa falida, espólio e herança jacente. Em vista disso, a noção de *numerus clausus* de pessoas jurídicas no nosso sistema deixa de abranger entes e organizações que têm capacidade jurídica parcial sem serem personificados e considerados pessoas para o ordenamento jurídico. Já a crise de função da pessoa jurídica refere-se a situações de desconsideração da personalidade jurídica, nas quais há desvirtuamento funcional do instituto, que pode ser utilizado de forma abusiva ou para fraudar a lei ou terceiros. O autor faz ampla pesquisa no sistema jurídico alemão e na sua jurisprudência. Ao tratar do Direito brasileiro, Lamartine Correa de Oliveira classifica as decisões nacionais sobre o tema como: *i*) decisões que visaram impedir “fraude a dever contratual”; *ii*) decisões que buscam coibir a “fraude à lei”; *iii*) decisões que desconsideram a separação apenas para limitados efeitos de natureza processual; *iv*) decisões que, de modo genérico, estendem a responsabilidade aos sócios em caso de insolvência da sociedade; e *v*) sociedade entre marido e mulher.

Essa doutrina forneceu reflexão séria sobre o tema e foi dando mais consistência às decisões dos tribunais, que começam a fazer referência expressa à aplicação da

22 O autor alerta: “sua aplicação há de ser feita com extremos cuidados, e apenas em casos excepcionais, que visem a impedir a fraude ou o abuso de direito em vias de consumação.” (REQUIÃO, 1977, p. 83)

23 Tribunal de Justiça do Mato Grosso, Apelação nº 9.342, Rel. Milton Armando Pompeu de Barros, 1977, acórdão publicado na Revista dos Tribunais 511, maio de 1978. Nessa decisão há abundante transcrição do texto de Rubens Requião.

teoria da desconsideração da pessoa jurídica nos julgados. As fundamentações de algumas decisões negam o absolutismo da separação patrimonial decorrente da personificação. Vai-se assim expressamente falando em desconsideração da pessoa jurídica em casos de abuso e fraude.²⁴ Como exemplo, pode-se citar a decisão de 1976 do 2º Tribunal de Alçada de São Paulo em caso de sociedade entre marido e mulher dissolvida irregularmente:

Esse direito do sócio em ver intangíveis os seus bens em face das obrigações da sociedade não é absoluto, todavia. Há casos em que fraudes e abusos de direito são cometidos precisamente através da personalidade jurídica que a sociedade apresenta, ficando imunes de sanções os seus componentes. Por isso é que a doutrina vem pacientemente formulando princípios, que de tempos para cá se cristalizaram na teoria do “superamento da personalidade jurídica”, segundo a qual é desconsiderada essa personalidade, em termos de serem estão responsabilizados os seus integrantes que praticaram aqueles abusos.²⁵

Também em 1976, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro fundamentou a sua decisão de responsabilizar os sócios da seguinte forma:

Poder-se-ia invocar, também, aqui e com toda a propriedade, a teoria da *disregard of legal entity*, também conhecida pelo nome de *lifting the corporate veil*, ou seja, a possibilidade jurídica de declarar-se a ineficácia especial da personalidade jurídica, para determinados efeitos, prossequindo-se, todavia, a mesma personalidade vida (sic) distinta dos sócios, para os efeitos legítimos. É meio que encontrou o Direito e sancionaram os tribunais, para evitar seja a fraude, seja a simulação não inocente, seja o abuso de direito. Nestes casos, como anuncia por seus nomes a conhecida e válida teoria, desconsidera-se a pessoa jurídica, ou levanta-se o véu societário, para, em realidade, enxergar e tratar o real, o efetivo sujeito do direito.²⁶

24 1º TAcSP, Apelação nº 287.896, Rel. Renan Lotufo, ementa publicada na *Revista dos Tribunais* 568, fevereiro de 1983, p. 108.

25 2º TASP, Ap. nº 35.462, Rel. Lair Loureiro, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 484, fevereiro de 1976, p. 149-151.

26 TJRJ, bem. Infr. na Ap. nº 90.170, Rel. Hamilton Moraes e Barros, 1976, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 492, outubro de 1976, p. 216-219.

Ressalte-se, no entanto, que havia ainda muitas decisões que continuavam olhando para o regime de responsabilidade do tipo societário em questão para decidir pela impenhorabilidade dos bens dos sócios ou pela sua não responsabilidade.²⁷ Na década de 1980, fica cada vez mais usual encontrar decisões no sentido de responsabilidade de sócios e administradores por obrigações da sociedade. Os casos encontrados envolviam a seguinte temática: dissolução irregular de sociedade,²⁸ empresas do mesmo grupo econômico,²⁹ infração à lei ou ao contrato social,³⁰ sociedade entre marido e mulher³¹ e sócio titular de quase a totalidade das participações societárias.³²

Os anos 1970 são também o momento em que a jurisprudência começa a atuar como vetor da responsabilização societária no Direito Tributário e, de modo talvez mais discreto, no Direito Trabalhista. No Direito Tributário, a

27 TARJ, Ap. nº 81.873, Rel. Francisco Faria, ementa publicada na *Revista dos Tribunais* 578, dezembro de 1983, p. 230; 1º TASP, Ap. nº 294.120, Rel. Ferreira da Cruz, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 567, janeiro de 1983, p. 98-100; TJSP, Ap. nº 20.474-2, Rel. Álvares Cruz, ementa publicada na *Revista dos Tribunais* 559, maio de 1982, p. 113; TAPR, Ap. nº 440/79, Rel. Sydney Sappa, ementa publicada na *Revista dos Tribunais* 551, setembro de 1981, p. 229; TAMG, Ap. nº 14792, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 543, janeiro de 1981, p. 228-231; TJSP, Ap. nº 69/78, Rel. Renato Pedroso, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 537, julho de 1980, p. 143-144.

28 2º TAcSP, Ap. nº 142.257, Rel. Silva Ferreira, ementa publicada na *Revista dos Tribunais* 580, fevereiro de 1984, p. 191; TJSP, Ap. nº 42.413-2, Rel. Kazuo Watanabe, ementa publicada na *Revista dos Tribunais* 590, dezembro de 1984, p. 121; TJSP, Ag. I, 107.241, Rel. Leite Cintra, 1988, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 639, janeiro de 1989, p. 78; TAcSP, Ap. nº 391.183-1, Rel. Régis de Oliveira, 1988, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 635, setembro de 1988, p. 225-226; TASP, Ag.I. 203.870-1, Rel. Debatin Cardoso, 1987, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 620, junho de 1987, p. 135-137 – neste caso foi em SA, mencionando que na situação de liquidação irregular “não é possível manter a clássica distinção entre pessoa jurídica e pessoa natural”; TAMG, Ap. nº 28.374, Rel. Joaquim Alves, 1985, ementa publicada na *Revista dos Tribunais* 610, agosto de 1986, p. 223; 1º TAcSP, Ap. nº 323.871, Rel. Alexandre Germano, 1984, ementa publicada na *Revista dos Tribunais* 595, maio de 1985, p. 158.

29 Caso de manutenção no polo processual de empresa do mesmo grupo econômico: TAcSP, Ap. nº 381.690, Rel. Castilho Barbosa, 1988, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 634, agosto de 1988, p. 100-101 (o voto vencedor entendeu que era possível manter a empresa no polo passivo, pois não havia convenção de grupo, conforme o disposto no art. 272, parágrafo único, da Lei das SA. O voto vencido, no entanto, chamando a doutrina de Carvalhosa e Comparato (este especificamente sobre a desconsideração para proteção de terceiros nos casos de grupos), entendeu que deveria empresa do mesmo grupo ser excluída, pois a mera participação no mesmo grupo não dá responsabilidade por não ser utilizada a empresa para fins contrários ao Direito). TJPR, Ap. nº 1.766/87, Rel. Negi Calixto, 1988, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 632, junho de 1988, p. 180-182 (aceitou a inclusão no polo passivo de empresa do mesmo grupo, pois tem a mesma denominação e mesmos sócios quotistas, havendo mera análise dos fatos). TJRG, Ap. nº 5880125719, 1988, Rel. Vanir Perin, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 631, maio de 1988, p. 197-199 (“Princípio da desconsideração da pessoa jurídica. Empresa controlada por outra, ambas integrantes de grupo econômico de renome, que recebia desta ostensivo apoio extracontratual perante o público interessado no empreendimento, o que viabilizou a realização de negócios. Falência superveniente da primeira [...]. Aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica em relação à controladora, a quem se submetia a outra. Suposto proveito indevidamente auferido por aquela. Coobrigação reconhecida pela consequências do inadimplemento contratual.”).

30 TJSP, Ap. nº 103.552-1, Rel. Freitas Camargo, 1988, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 637, novembro de 1988, p. 76.

31 TJBA, Apelação nº 73/84, Rel. Jatahy Fonseca, 1984, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 597, julho de 1985, p. 182-184.

32 Em caso de sociedade na qual um sócio é detentor de 99% do capital social, aceitou-se o reforço da penhora com bens desse sócio, com fundamento em especial em outras decisões. O voto vencido concordou com base na teoria da desconsideração em caso de abuso, mas disse que deveria ser em ação própria contra os sócios. TAcSP, Ag.I 342.521, 1985, Rel. Marco César, acórdão publicado na *Revista dos Tribunais* 599, setembro de 1985, p. 133-134.

reflexão gira em torno do Código Tributário Nacional (CTN). O dispositivo fora criado pelo governo militar em 1967 e buscara dotar a atividade tributária do Estado não apenas de legalidade jurídica – algo que já estivera previsto na Constituição de 1946³³ –, mas também de sistematicidade. O objetivo era livrar o país do alegado “obscurantismo” fiscal que caracterizara a tributação até então. Esse obscurantismo se traduzia numa busca inconsequente da receita tributária sem a devida atenção aos seus impactos econômicos.

A responsabilidade tributária foi um dos mecanismos estatuídos pelo CTN para desencorajar a fraude tributária. No Direito Tributário, o termo **responsabilidade** tem um sentido específico, distinto daquele atribuído na teoria geral das obrigações. A responsabilidade tributária é a submissão de pessoa outra que não o contribuinte ao direito do Estado de exigir a prestação da obrigação tributária.³⁴ Ou seja, para o Direito Tributário, a prestação da obrigação tributária pode ser exigida ora do contribuinte, ora do responsável.³⁵ O CTN impôs dois limites importantes para a responsabilidade tributária. O primeiro dizia respeito aos meios para a atribuição da responsabilidade tributária. Especificamente, o CTN reservou à lei expressa – portanto, aos poderes políticos constituídos e não ao Judiciário nem à administração fazendária – a possibilidade de atribuição de responsabilidade a pessoa outra que não o contribuinte original de uma obrigação tributária.³⁶ Pelo segundo limite, o CTN estabeleceu um requisito

33 Constituição Federal de 1946, art. 141, § 34: “Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra.”

34 É o que se deduz do art. 121 do CTN: “Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.”

35 CTN, art. 128: “Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.” Por exemplo, o empregador é o responsável tributário por recolher o imposto de renda na fonte de seu empregado, conforme o art. 7º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988: “Ficam sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, calculado de acordo com o disposto no art. 25 desta Lei: I – os rendimentos do trabalho assalariado, pagos ou creditados por pessoas físicas ou jurídicas; II – os demais rendimentos percebidos por pessoas físicas, que não estejam sujeitos à tributação exclusiva na fonte, pagos ou creditados por pessoas jurídicas. § 1º O imposto a que se refere este artigo será retido por ocasião de cada pagamento ou crédito e, se houver mais de um pagamento ou crédito, pela mesma fonte pagadora, aplicar-se-á a alíquota correspondente à soma dos rendimentos pagos ou creditados à pessoa física no mês, a qualquer título.” (§§ 2º e 3º atualmente excluídos)

36 CTN, art. 121: “Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.” Art. 128: “Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador

material para a atribuição da responsabilidade tributária, a saber, a existência de uma vinculação do responsável ao fato gerador do tributo.³⁷

O tema da flexibilização da responsabilidade societária em matéria tributária se relaciona diretamente à interpretação desse art. 135 do CTN.³⁸ Tal artigo contém uma previsão de que o administrador e o sócio respondem pessoalmente pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com **infração à lei**.³⁹ O não recolhimento de um tributo devido constitui, evidentemente, um ato ilícito da empresa. Isso é verdade tanto na década de 1960 (à luz do Código Civil de 1916)⁴⁰ quanto hoje em dia (à luz do Código Civil de 2002).⁴¹ Por isso, o não recolhimento de um tributo representa, pelo menos em alguma medida, uma “infração à lei”. A questão tem sido a de saber se a infração à lei tributária pela empresa causa, *ipso facto*, a responsabilização do seu administrador e sócio.

A interpretação histórica mais plausível é a de que originalmente o CTN não tenha desejado tornar o administrador e sócio responsáveis perante o fisco, exceto nas circunstâncias em que eles tivessem agido com excesso de poderes ou que tivessem praticado uma fraude. O CTN complementava a dinâmica societária aplicável ao principal tipo societário da época, a saber, a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, então regida pelo Decreto nº 3.708, de 1919. Essas sociedades eram administradas por um sócio-gerente, que não responderia

da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.”

37 Esse requisito não constava do projeto original de Rubens Gomes de Souza elaborado na década de 1950 e que serviu de base para o CTN. Ele foi sugerido por Gilberto Ulhôa Canto, para quem sua ausência “[p]ermitiria a transferência do ônus tributário a qualquer terceiro, sem nenhuma justificativa, e facultaria a discriminação”. Excerto extraído de sua sugestão de emenda ao art. 163 do Projeto. (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO FINANCEIRO, 1955, p. 190)

38 Nem toda pessoa jurídica é também uma empresa. A empresa pode se revestir na forma de sociedade e ter reconhecida a sua personalidade jurídica. Seria a pessoa jurídica que se dedica a uma atividade econômica. No Brasil, é identificada a partir da caracterização do empresário, aquele que organiza fatores de produção em busca de lucro (VERÇOSA, 2004, p. 127; MARCONDES, 1977, p. 11). Também nos tribunais: “O novo Código Civil Brasileiro, em que pese não ter definido expressamente a figura da empresa, conceituou no art. 966 o empresário como ‘quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços’ [...]. Por exercício profissional da atividade econômica, elemento que integra o núcleo do conceito de empresa, há que se entender a exploração de atividade com finalidade lucrativa.” (STJ, REsp 623367/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 15/6/2004)

39 Note que a responsabilização tributária de terceiros por infração à lei e por atos desautorizados não alcança apenas o administrador. Abrange também o mandatário, preposto, empregado, diretor, gerente e o representante. Essa responsabilidade alcança, ademais, todos aquelas pessoas que podem ser responsabilizadas por culpa *in vigilando* mencionadas acima, inclusive os sócios de sociedades de pessoas. *Vide* art. 134 e 135 do CTN.

40 Código Civil de 1916, art. 159: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

41 Código Civil de 2002, art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

pessoalmente por dívidas da empresa, exceto quando atuasse, nos termos da lei societária, com “excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei” (grifamos).⁴² Ora, nos anos 1960, entendia-se que a “violação da lei” a que se referia o decreto de 1919 era basicamente a violação à lei societária, e não qualquer lei.⁴³ Assim, estavam em questão atos como a liquidação irregular, o desvio de recursos da empresa para o sócio e outras situações de fraude societária.

A primeira interpretação que o Supremo Tribunal Federal (STF) conferiu ao art. 135 do CTN parece corroborar esse argumento. Efetivamente, é possível verificar uma continuidade entre as decisões que afastam a aplicação do art. 10 do Decreto nº 3.708, de 1919 – bem como, em alguma medida, do art. 121, § 1º, II, do Decreto-Lei nº 2.627, de 1940⁴⁴ –, e aquelas que delimitam o alcance do art. 135 do CTN. Ao menos inicialmente, nenhuma das disposições era invocada para sancionar a falta de recolhimento de tributos. Entre as décadas de 1960 e 1970, a “infração de lei” era detectada apenas em hipóteses de fraude societária,⁴⁵ tendo o Supremo decidido que “[o]s bens particulares dos sócios” – no caso, de sociedade por quotas de responsabilidade limitada – não podem ser penhorados, em razão de dívida fiscal contraída pela sociedade, já dissolvida.⁴⁶ O entendimento do STF, porém, nem sempre era inequívoco. No RE 70.870/SP, relatado pelo Ministro Aliomar Baleeiro em 1973, ficou assentado que a execução fiscal da sociedade por quotas de responsabilidade limitada “só poderia atingir

42 Decreto nº 3.708, de 1919, art. 10: “Os sócios gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei.”

43 “O sócio-gerente que agir contra os dispositivos do contrato ou da lei, que é a norma pública que regula, não só a formação da sociedade, como o seu funcionamento, se torna passível de responder solidária e ilimitadamente pelos atos praticados.” (MARTINS, 1960, p. 717)

44 O texto do artigo, hoje revogado, é o seguinte: “Os diretores não são pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraírem em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão. § 1º Respondem, porém, civilmente, pelos prejuízos que causarem, quando procederem: I, dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II, com violação da lei ou dos estatutos. § 2º Quando os estatutos criarem qualquer órgão com funções técnicas ou destinado a orientar ou aconselhar os diretores, a responsabilidade civil de seus membros apurar-se-á na conformidade das regras deste capítulo.” Disseemos que em relação ao Decreto-Lei nº 2.627, de 1949, a continuidade se deu “em alguma medida” porque a princípio o STF restringiu a aplicação do art. 135 às sociedades de pessoas. Rigorosamente, apenas o inciso I do art. 135 estaria restrito à sociedade de pessoas, pois é o único no qual se encontra uma referência ao art. 134 (cujo inciso VII explicita essa limitação: “os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas”). As dúvidas iniciais, entretanto (cf. RE 70.870/SP, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, julgado em 8/6/1973, estendendo a referência do inciso I do art. 135 aos demais incisos) logo foram superadas (por todos, RE 87.743/RJ, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, julgado em 7/13/1978).

45 Assim, por exemplo, no STF, RE nº 52.939/Guanabara, Rel. Min. Victor Nunes Leal, julgado em 28/5/1963; no STF, Ag. nº 32913/SP, Rel. Min. Pedro Chaves, julgado em 6/9/1966; e no STF, RE nº 64.813/PR, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, julgado em 5/12/1968.

46 STF, RE nº 36.488/SP, Rel. Min. Adalício Nogueira, julgado em 21/8/1968; no mesmo sentido, RE nº 80249/SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, julgado em 30/9/1975; STF, Ag nº 29.958, Rel. Min. Lafayette de Andrada, julgado em 15/10/1965; e STF, RE nº 61.990/SP, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, julgado em 12/12/1966.

os bens dos sócios se verificadas as circunstâncias excepcionais dos arts. 134 e 135 do CTN”.⁴⁷ Note-se: afastava-se, de modo coerente com a jurisprudência predominante, a responsabilidade do sócio pelo passivo fiscal da empresa; ao mesmo tempo, no entanto, indicava-se que o art. 135 traria “circunstâncias excepcionais” em que essa flexibilização poderia ocorrer.⁴⁸ Ora, uma dessas circunstâncias seria a “infração de lei”, precisamente o gênero do qual a falta de pagamento de tributos não era, até então, considerada espécie. Era o primeiro indício da dispersão jurisprudencial que marcaria os julgados do Supremo a partir da segunda metade da década de 1970.

Embora seja possível identificar jurisprudência diversas decisões mantendo o **núcleo duro** de responsabilidade subjetiva para responsabilização de sócios em matéria tributária,⁴⁹ argumentos de natureza formalista também eram empregados em favor do fisco. Por exemplo, em 1976, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais concluiu que se os sócios “não exercitaram o direito que possuem de exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade, ficam seus próprios bens sujeitos à constrição”.⁵⁰ Outro exemplo de interpretação pró-fisco é o da “dissolução irregular”, expressão vaga que passa a ser empregada de modo cada vez mais frequente como gatilho para a responsabilização dos sócios. Em 1981, o extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR)⁵¹ decidiu que “a dissolução da sociedade, se operada irregularmente, desconhecendo-se a

47 STF, RE 70.870/SP, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, julgado em 8/6/1973.

48 Ainda hoje soluções semelhantes são aventadas: “entendemos que a simples inadimplência da obrigação pela pessoa jurídica, **embora constitua infração à lei tributária**, não acarreta a responsabilidade dos diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de Direito Privado. Será preciso demonstrar que tal inadimplemento decorreu da **prática de ilícito** pelos gestores da pessoa jurídica, que incorreram em excesso de poder ou em **infração de lei**, contrato social ou estatutos. (COSTA, 2009, p. 206 – grifamos)

49 Veja-se, por exemplo, TJ-RJ, Ap. nº 98.809, Rel. Des. Renato Maneschky, julgado em 30/12/1977 (“A responsabilidade de sócio-gerente pelos débitos fiscais da sociedade se define no caso de vinculação entre o fato gerador e o ato de administração praticado com excesso de poder, ou infração da lei, contrato social ou estatutos. O que visou o Código Tributário Nacional foi a coibir a fraude, o dolo e a má-fé praticados em nome da sociedade pelo sócio-gerente [...]. A mera inadimplência da obrigação tributária não caracteriza, por si mesma, a conduta ilícita exigida pelo Código Tributário Nacional.”); TJ-MG, Ap. nº 9.263, Rel. Des. Amado Henriques, julgado em 29/4/1977 (“A penhora em executivo fiscal proposta contra sociedade por cotas de responsabilidade limitada cujo capital esteja totalmente integralizado não pode atingir bens particulares do sócio, dado que não respondem esses pelas dívidas sociais ainda que de natureza fiscal.”).

50 TJ-MG, Ap. nº 8.863, rel. Des. Xavier Lopes, julgado em 17/9/1976.

51 Ao Tribunal Federal de Recursos, antecedente do atual Superior Tribunal de Justiça (STJ), competia o julgamento das “ações rescisórias de seus acórdãos” e dos “mandados de segurança, quando a autoridade coatora for Ministro de Estado, o próprio Tribunal ou o seu Presidente” (art. 104, I, sempre da Constituição de 1946), bem como, em grau de recurso, das “causas decididas em primeira instância, quando a União for interessada como autora, ré, assistente ou oponente, exceto as de falência” e das “decisões de Juízes locais, denegatórias de *habeas corpus*, e as proferidas em mandados de segurança, se federal a autoridade apontada como coatora” (art. 104, II). Cabia ao TFR, ainda, a revisão *pro reo* “de suas decisões criminais em processos fíndos” (art. 104, III). Com a regulamentação da Justiça Federal, em 1966, o TFR passou a ser sua “terceira instância”. Várias reformas de sua composição foram levadas a cabo, até sua extinção, em 1988.

destinação de seus bens, transfere aos sócios a responsabilidade pelos tributos devidos”.⁵² Encontram-se nos tribunais superiores, de fato, diversos precedentes acolhendo teses que caminham no sentido da flexibilização da responsabilidade societária. Em 1986, o TFR conclui que “o sócio-gerente de uma sociedade por quotas responde solidária e ilimitadamente pelos atos praticados com violação da lei, dentre eles a falta de pagamento, na época própria, de imposto”.⁵³ Em *habeas corpus* julgado em 1977,⁵⁴ o STF manteve, por maioria, pena contra empresário acusado de apropriação indébita, em situação configurada por um decreto do governo militar que flexibilizava a responsabilidade pelo recolhimento de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).⁵⁵ Pouco antes, o mesmo STF determinava que a “responsabilidade por substituição” do sócio-gerente de empresa que sonegara o antigo Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM), inserindo explicitamente o não pagamento de tributos no conceito de “infração de lei”.⁵⁶ No mesmo acórdão, algumas intenções restam inescandíveis. “Minha tendência”, chega a afirmar um ministro, “sempre foi para responsabilizar

52 TFR, Ap. nº 73.338/RS, Rel. Min. José Dantas, julgado em 15/10/1981; ainda no TFR, AI nº 70643/MG, Rel. Min. Carlos Mário Velloso, julgado em 16/9/1982. No STF, RE nº 101.119/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 13/3/1984; e STF, RE nº 101.038/SP, Rel. Min. Djaci Falcão, julgado em 2/12/1983 (raramente, no entanto, conhecendo dos recursos, cuja principal origem eram embargos movidos por sócios responsabilizados após a constituição dos débitos fiscais).

53 Ag. nº 45.544/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 11/9/1986; adiante, Ag. nº 4.923, Rel. Min. José de Jesus, julgado em 14/4/1988.

54 Trata-se do Decreto nº 226, de 1967, cujo art. 3º estabelecia que a “utilização do produto da cobrança do imposto sobre produtos industrializados em fim diverso do recolhimento do tributo constitui crime de apropriação indébita definido no art. 168 do Código Penal, imputável aos responsáveis legais da firma, salvo se pago o débito espontaneamente, ou, quando instaurado o processo fiscal, antes da decisão administrativa da primeira instância”. A redação é curiosa. Menciona-se a apropriação indébita (art. 168 do Código Penal), crime que se constitui pelo assenhoreamento de “coisa alheia móvel”, de que se tem “a posse ou a detenção”. O “produto da cobrança”, entretanto, é fungível, de modo que na prática é impossível determinar se essa ou aquela quantidade é alheia – no caso, da Fazenda. O decreto nada mais fez que, por uma acrobacia penal, estabelecer uma hipótese de responsabilidade pessoal do empresário, sancionada com a pena do art. 168 do Código Penal.

55 STF, *Habeas Corpus* nº 55.191/AL, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 5/10/1977; no mesmo sentido, STF, RE nº 96.482/SP, Rel. Min. Décio Miranda, julgado em 17/3/1983. Essa orientação, porém, não era pacífica. Julgados que flexibilizavam a responsabilidade tributária eram corriqueiramente contrariados por acórdãos que mantinham intangível o patrimônio pessoal dos sócios. Daí parecer mais adequado falar, no período, antes de dispersão que de flexibilização da responsabilidade: “Não evidenciados pela Fazenda exequente os requisitos da responsabilidade tributária dos sócios, não é possível fazer que a execução prossiga contra eles.” (STF, RE nº 97.612/RJ, Rel. Min. Soares Muñoz, julgado em 21/9/1982)

56 STF, RE nº 85.764, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 19/8/1977. Como se nota, a distinção original de Rubens Gomes de Souza já se encontra, neste ponto, completamente esquecida. Na conhecida doutrina do autor, a sujeição passiva indireta apresenta-se em duas modalidades: transferência e substituição. A transferência, por sua vez, comporta três hipóteses: solidariedade, sucessão e responsabilidade. A transferência por responsabilidade representa “a hipótese em que a lei tributária responsabiliza outra pessoa pelo pagamento do tributo, quando não seja pago pelo sujeito passivo direto; p. ex., no imposto de sisa (transmissão de propriedade inter-vivos), o tabelião fica responsável pelo imposto se não providenciar a sua cobrança no ato de passar a escritura.” (SOUZA, 1952, p. 65-67). Essa classificação, vimos mostrando, chegou ao CTN por meio do art. 135. Ali não há substituição, mas transferência; trata-se de hipóteses em que o terceiro responde pessoalmente “por atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”. Rigorosamente, ao menos nos termos da doutrina de Rubens Gomes de Souza que chegou ao CTN, se a falta de pagamento de tributos fosse uma infração à lei, a responsabilidade estaria configurada no momento da constituição em mora, e não a partir da dissolução da sociedade sem o pagamento do passivo tributário.

os sócios, mesmo de sociedades limitadas na forma do art. 134, VII, e 135 do CTN.⁵⁷

O art. 135 do CTN, vimos discutindo, indica a responsabilidade pessoal do terceiro a partir de critérios subjetivos (“excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”), o que não ocorre no caso do art. 134, para o qual basta a insuficiência de recursos do contribuinte. A partir de 1973, no entanto, o art. 568, V, do Código de Processo Civil (CPC) – inserido no diploma de última hora, a partir de emenda proposta no Congresso – passa a fazer tábula rasa das hipóteses. “A meu ver,” justificou o Ministro Moreira Alves,

a inclusão do artigo 568, V, no atual Código de Processo Civil – que não distingue entre devedor solidário (hipótese do artigo 134 do CTN) e responsável por substituição (espécie a que alude o artigo 135 do mesmo CTN) – se deu justamente para abarcar quaisquer responsáveis tributários que não “o devedor reconhecido como tal no título executivo” (art. 568, I do CPC), e isso em face das dificuldades teóricas, no particular, decorrentes do novo sistema de execução introduzido pelo Código de Processo vigente.

Conforme seu texto, o “responsável tributário” é, também ele, sujeito passivo na execução. À primeira vista, não parece haver qualquer inovação, mas a diferença é sutil. Sob a égide do Decreto-Lei nº 960, de 1938, a cobrança judicial de dívida ativa da fazenda pública também poderia ser proposta contra um terceiro, mas seria preciso, antes, apurar sua responsabilidade. Com o CPC, a responsabilidade é presumida. A consequência dessa indistinção é menos tênue: cria-se a figura do redirecionamento da execução fiscal para alcançar sócios ou administradores cujos nomes não estiverem inscritos no título executivo extrajudicial.

Esses sinais de uma flexibilização da responsabilidade tributária – cujo impulso era dado sobretudo pelo Executivo – não permitem afirmar, contudo, uma orientação inequívoca dos tribunais: nem **fiscalista**, nem **pró-contribuinte**. A jurisprudência nesses anos em que se acelerava a crise econômica era essencialmente fragmentária e assim permaneceu durante a década de 1980. A descida de 1980, por sinal, testemunha o *débâcle* do regime militar e a transição ao governo civil, dois eventos positivos que se desenrolam em meio a uma série

57 Assim no voto do Ministro Cordeiro Guerra (STF, RE nº 85.764, Rel Min. Moreira Alves, julgado em 19/8/1977).

de outros profundamente lamentáveis: a recessão econômica da **década perdida**, a explosão dos níveis de inflação, o fracasso dos seguidos planos econômicos de estabilização, as fracassadas tablitas de preços, a moratória da dívida externa e a grave crise orçamentária – tudo se transformando em um explosão da produção legislativa voltada a fechar **brechas** no sistema tributário (FILHO, 1987, p. 113),⁵⁸ mas também em estagnação econômica e aprofundamento de toda sorte de problemas sociais.

4 O Estado social democrático

A redemocratização trouxe consigo as bases institucionais para um **Estado social democrático**.⁵⁹ Do ponto de vista propositivo, esse Estado estaria voltado prioritariamente à inclusão social. Ao mesmo tempo, optava-se pela via evolucionária, já que a mudança social almejada deveria ocorrer em um contexto de **Estado de Direito**, de *rule of law*. O regime jurídico da empresa privada surgia assim como um ponto de choque entre essas duas facetas do **Estado social** brasileiro, a que se pretendia transformadora e a que se pretendia evolucionária. A Constituição de 1988 originalmente reservara um enorme espaço para a iniciativa empresarial pelo Estado. As circunstâncias da década de 1990, no entanto, ensejaram uma substancial mudança de modelo econômico em que a empresa pública perdia espaço para a empresa privada. Nos setores em que ocorriam as privatizações e as quebras de monopólio, houve uma separação entre o operador e o regulador da atividade econômica. Assim já não era mais possível disciplinar as atividades econômicas de dentro da própria empresa estatal monopolista. O amparo ao novo modelo econômico foi dado por diversas iniciativas regulatórias. Uma delas foi a criação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em 1990.

A criação do CDC acabou por dar grande amplitude para a responsabilização de terceiros por dívidas da empresa. Conforme o art. 28 do CDC, os elementos permissivos da desconsideração pelo juiz são: abuso de direito, excesso de

58 Um bom exemplo pode ser encontrado na edição do Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, que ampliou as hipóteses de responsabilização de sócios (e administradores) por conta de distribuição disfarçada de lucros.

59 Não confundir **Estado social** com **Estado socialista**. (BONAVIDES, 2001, p. 183-184)

poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contato social, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica em razão de má administração. Além disso, o código estabeleceu regras de responsabilidade subsidiária ou solidária para os grupos econômicos (art. 28, §§ do 2º ao 4º). A abertura maior está, entretanto, no seu § 5º, que estabelece: “Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.⁶⁰ Como se vê, o legislador abriu expressamente grande espaço para o juízo de conveniência por parte do Judiciário. A flexibilização da responsabilidade societária ganhou ainda mais força em matéria civil com a edição do Código Civil de 2002. Este também previu expressamente a teoria da desconsideração da pessoa jurídica para as relações cíveis e empresariais. De se notar que a colocação de dispositivo legal já era discutida desde o Anteprojeto de 1972 (OLIVEIRA, 1979, p. 556 e ss). Os elementos do Código Civil para que possa ser desconsiderada a pessoa jurídica são abuso da personalidade jurídica, desvio de finalidade e confusão patrimonial (art. 50).

Se considerarmos a amplitude que o Direito posto passou a dar ao Poder Judiciário, pode-se dizer que a responsabilização de terceiros em matéria civil tem sido bastante comedida. De modo geral, a jurisprudência civil tem se posicionado no sentido de interpretar o Código Civil como dando ensejo à responsabilização de terceiros em caráter subjetivo. Isto é, no sentido de verificar se no caso concreto há questões de abuso ou fraude.⁶¹ Na década de 1990, em especial na sua segunda metade, pesquisa de jurisprudência nos tribunais estatuais e no Superior Tribunal de Justiça demonstra que as decisões passam

60 Para ver discussão na jurisprudência sobre a amplitude na aplicação desse artigo, ver: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 279.273. Rel. Ministro Ary Pargendler, 4/12/2003. Relatora do acórdão: Ministra Nancy Andrighi. E ainda: Recurso Especial nº 63.981. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Aldir Passarinho Jr., 11/4/2000.

61 STJ, RE nº 1.259.018. Rel. Ministra Nancy Andrighi, 9/8/2011. Na hipótese de fraude para desvio de patrimônio de sociedade falida, em prejuízo da massa de credores, perpetrada mediante a utilização de complexas formas societárias, é possível utilizar a técnica da desconsideração da personalidade jurídica com nova roupagem, de modo a atingir o patrimônio de todos os envolvidos. TJRG, Ag. I. nº 70044517563, Rel. Tasso Caubi Soares Delabary, julgado em 17/8/2011. A pretensão de desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), medida excepcional ao princípio da personificação societária, deve ser aplicada quando concretamente demonstrados os pressupostos autorizadores, quais sejam, desvio de finalidade, dissolução irregular da sociedade ou confusão patrimonial. Hipótese dos autos em que restaram preenchidos os referidos pressupostos, vindo a pretensão provida de suporte probatório acerca da existência de fraude, cuja circunstância, aliada à inexistência de bens, autoriza a concessão da medida extrema. TJRJ, Ag.I. nº 0010410-45.2005.8.19.0000 (2005.002.20744), 17ª Câmara Cível, Rel. Desembargador Edson Vasconcelos, julgado em 28/9/2005. Por possuir personalidade jurídica distinta da dos seus sócios, e conseqüentemente inexistir confusão patrimonial entre eles, por diversas vezes, a pessoa jurídica é utilizada como escudo para a prática de atos tendentes a prejudicar direitos de terceiros. O ato fraudulento ensejador da aplicação da teoria da desconsideração fica demonstrado quando a agravada, ciente da execução, encerra suas atividades menos de um mês após ser citada, havendo, portanto, indícios de fraude.

a discutir diretamente a possibilidade de descon sideração da pessoa jurídica, a partir da análise dos fatos, sempre tentando evidenciar fraude e abusos,⁶² ou então analisar a situação nos grupos econômicos.⁶³ O STJ tem consistentemente adotado posição no sentido de que em matéria civil adota-se a chamada teoria maior da descon sideração da personalidade jurídica, segundo a qual não se pode responsabilizar terceiro pela mera constatação da não existência de patrimônio social para fazer frente a obrigações da empresa. É preciso ficar configurado necessariamente o abuso, a fraude ou a confusão patrimonial.⁶⁴

Em matéria tributária e trabalhista, no entanto, o período pós-Constituição de 1988 tem aceitado em muitos casos a objetivação da responsabilidade de terceiros, especialmente sócios e administradores. No Direito Tributário, a discussão em torno de matéria previdenciária ilustra bem o ponto. Em 1993, a Lei nº 8.620 passou a determinar que os sócios de empresas por quotas de

62 STJ, Resp nº 86.502-SP, Rel. Ruy Rosado, julgado em 16/4/1996 (Fala-se em abuso e fraude, cita-se a doutrina de Rubens Requião, Lamartine Correa de Oliveira e Fábio Konder Comparato, entre outros). TTRJ, Ag.In. nº 0021611-78.1998.8.19.0000 (1998.002.07472), Rel. Denise Levy Tredler, julgado em 7/12/1998 (Nesse caso, entende-se que o magistrado deve aplicar a teoria da descon sideração da personalidade jurídica quando a pessoa jurídica estiver sendo usada abusivamente pela pessoa dos sócios. A empresa é ré de inúmeras ações e sempre se omite pela inexistência de fundos.). TJRJ, Ap. nº 0008652-22.1991.8.19.0000 (1991.001.03911), 2ª Câmara Cível, Rel. Murilo Fabregas, julgado em 17/12/1991 (Nesse caso, entendeu-se que na prática não se percebiam personalidades jurídicas distintas pela confusão de controladores e estabelecimentos. Aplicou-se, então, a descon sideração da personalidade jurídica.). TJRJ20ª. Câmara Cível. Ag.I. nº 598126522, Rel. Ilton Carlos Dellandrea, julgado em 13/10/1998 (Havendo indícios sérios de atos suspeitos praticados por ex-sócio de sociedade irregularmente dissolvida visando fugir à responsabilidade de pagar dívida de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, é conveniente determinar a constrição sobre seus bens em processo de execução, oportunizando-se a elucidação satisfatória da matéria.). TJSP Ap. nº 221.514-2/5, Rel. Nigro Conceição, julgado em 2/9/1997 (A prática de atos sobre os mesmos bens, ora aparecendo as pessoas físicas, ora a pessoas jurídicas, como titulares do domínio, autoriza a descon sideração da pessoa jurídica e permite sejam responsabilizados os sócios pelos prejuízos acarretados a terceiros de boa-fé.).

63 STJ, Resp. nº 67.237-6/MS, Rel. Fontes de Alencar, julgado em 10/3/1997 (Caso no qual se decidiu pela manutenção de empresa do mesmo grupo financeiro no polo passivo, invocando a teoria da aparência e descon sideração da pessoa jurídica.). TARG, 4ª Câmara Cível. Ap. nº 196083018, Rel. Márcio Oliveira Puggina, julgado em 27/6/1996 (Caso de venda ficta entre pessoas jurídicas em que a adquirente não assumiu o passivo e a alienante.). TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 070.727-4/0-00, Rel. Ruy Camilo, julgado em 23/12/1997 (No caso, houve aplicação da teoria da descon sideração da personalidade jurídica para se atingirem bens de sociedade que compunham determinado grupo [sobre o qual foi decretada falência]. As empresas executadas entenderam não poderem ser executadas por não fazerem parte do processo de falência. Contudo, para que se evitasse falta de pagamento a terceiros, foi considerada adequada a aplicação da teoria da descon sideração da pessoa jurídica.).

64 STJ, REsp nº 1200850, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 4/11/2010 (A responsabilização dos administradores e sócios pelas obrigações imputáveis à pessoa jurídica, em regra, não encontra amparo tão-somente na mera demonstração de insolvência para o cumprimento de suas obrigações [Teoria menor da descon sideração da personalidade jurídica]. Faz-se necessário para tanto, ainda, ou a demonstração do desvio de finalidade [este compreendido como o ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica], ou a demonstração da confusão patrimonial [esta subentendida como a inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial do patrimônio da pessoa jurídica ou de seus sócios, ou, ainda, do haveres de diversas pessoas jurídicas.]. No mesmo sentido: STJ, Recurso Especial nº 1267232/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 1º/9/2011; STJ, Recurso Especial nº 279273, Rel. Min. Ary Pargendler, julgado em 4/12/2003, Relatora do acórdão: Min. Nancy Andrighi (Nesse julgado, entendeu-se a acolhida da teoria menor da descon sideração em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental. A descon sideração, então, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.).

responsabilidade limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, por débitos das empresas com dívidas perante a seguridade social.⁶⁵ Ora, essas disposições na prática eliminavam a responsabilidade limitada do sócio. Por conta disso, questão surgiu nos tribunais sobre se uma lei ordinária poderia alterar a dinâmica de responsabilização de sócios prevista no CTN. No STJ, já no começo da década de 2000, entendeu-se que o inadimplemento do tributo não constitui infração à lei capaz de ensejar a responsabilidade solidária dos sócios.⁶⁶ Surgiram também precedentes do STJ entendendo ser

inteiramente desprovidas de validade [...] as disposições da Lei nº 8620/93, ou de qualquer outra lei ordinária, que indevidamente pretenderam alargar a responsabilidade dos sócios e dirigentes das pessoas jurídicas [...] o artigo 1.016 do Código Civil é extensivo à sociedade limitadas por força do prescrito no art. 1.053, expressando hipótese em que os administradores respondem solidariamente por culpa quando no desempenho de suas funções, o que reforça o consignado no art. 135, III, do CTN.⁶⁷

Em 2006, em resposta, o Executivo decidiu promover a regulamentação do dispositivo constitucional que tratava de tratamento tributário diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte.⁶⁸ Fê-lo por meio de lei complementar, a saber, a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.⁶⁹ O uso de uma lei complementar serviria para

65 O mesmo dispositivo legal passou a determinar, ainda, que os acionistas controladores, administradores, gerentes e diretores responderiam solidária e subsidiariamente, com seus bens pessoais, por dívidas da empresa com a Seguridade Social, desde que tivessem agido com culpa ou dolo. Confira-se: Lei nº 8.620, de 1993, art. 13: “O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social. Parágrafo único. Os acionistas controladores, os administradores, os gerentes e os diretores respondem solidariamente e subsidiariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das obrigações para com a Seguridade Social, por dolo ou culpa.”

66 No STJ, AGA nº 463.511/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 3/2/2003; AGREsp nº 346.109/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 4/8/2003; AGREsp nº 389.110/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 2/6/2003.

67 STJ, REsp nº 717.717/SP, Rel. Min. José Delgado, julgado em 28/9/2005. O fundamento encontrado foi o art. 146, III, b, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “Art. 146. Cabe à lei complementar: [...] III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.” O precedente também indicou que a Lei nº 8620, de 1993, não pode se aplicar a atos ocorridos antes da sua vigência.

68 Constituição Federal, art. 146, III, d: “Cabe à lei complementar: [...] III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.” Essa alínea d foi inserida no texto constitucional através da Emenda Constitucional nº 42, de 19/12/2003.

69 Um tratamento diferenciado para as microempresas já fora previsto ao final do período militar por meio da Lei nº 7.256, de 27 de novembro de 1984. O art. 170, IX, da Constituição Federal determinou que “[a] ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames

contornar a alegação de vício formal de que tratara o STJ ao examinar a Lei nº 8620, de 1993. O uso de lei complementar se justificava, em particular, porque o art. 78 do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, então editado, previa a responsabilidade solidária de sócios e administradores por impostos e contribuições devidos por micro e pequenas empresas que se encontravam sem movimento havia mais de três anos.⁷⁰ Nesse particular, portanto, a Lei Complementar nº 123, de 2006, chocava-se com a interpretação do CTN até então dada pelo STJ, de acordo com a qual a responsabilização de sócios e administradores dar-se-ia em caráter subjetivo (isto é, tendo o requisito de dolo ou culpa). Além disso, ao determinar a responsabilidade solidária de administradores e sócios de microempresas e empresas de pequeno porte, a Lei Complementar 123, de 2006, na prática criava para essas sociedades um regime de responsabilidade tributária mais gravoso do que aquele aplicável aos demais tipos de sociedades. Havia, portanto, um seriíssimo problema de isonomia.⁷¹

O tema só se resolveu definitivamente em 2008, quando uma nova lei complementar revogou o art. 78 da Lei Complementar 123, de 2006.⁷² Quase ao mesmo tempo, o Executivo editou uma medida provisória que revogava os dispositivos da Lei nº 8.620, de 1993, em que se estabelecia a responsabilidade pessoal de sócios de empresas limitadas por dívidas perante o Instituto Nacional

da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] X – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.” Essa redação foi dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995. Também o art. 179 da Constituição de 1988 determinou que “[a] União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.” O tema foi tratado inicialmente em leis ordinárias – primeiro, a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro 1996 (a chamada “Lei do Simples”), e a seguir, a Lei nº 9.841, de 5 de outubro 1999. Ambas foram revogadas pela Lei Complementar nº 123, de 2006.

70 Lei Complementar 123, de 2006, art. 78: “As microempresas e as empresas de pequeno porte que se encontrem sem movimento há mais de 3 (três) anos poderão dar baixa nos registros dos órgãos públicos federais, estaduais e municipais, independente do pagamento de débitos tributários, taxas ou multas devidas pelo atraso na entrega das respectivas declarações nesses períodos. [...] § 3º – A baixa, na hipótese prevista neste artigo ou nos demais casos em que venha a ser efetivada, inclusive naquele a que se refere o art. 9º desta Lei Complementar, não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados impostos, contribuições e respectivas penalidades, decorrentes da simples falta de recolhimento ou da prática, comprovada e apurada em processo administrativo ou judicial, de outras irregularidades praticadas pelos empresários, pelas microempresas, pelas empresas de pequeno porte ou por seus sócios ou administradores, reputando-se como solidariamente responsáveis, em qualquer das hipóteses referidas neste artigo, os titulares, os sócios e os administradores do período de ocorrência dos respectivos fatos geradores ou em períodos posteriores. § 4º – Os titulares ou sócios também são solidariamente responsáveis pelos tributos ou contribuições que não tenham sido pagos ou recolhidos, inclusive multa de mora ou de ofício, conforme o caso, e juros de mora.”

71 Houve inclusive decisões judiciais entendendo que se há responsabilidade solidária dos sócios de uma micro ou pequena empresa, com muito mais razão deveria haver responsabilidade solidariedade para os sócios de outras sociedades.

72 Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, art. 13, I, b.

do Seguro Social (INSS).⁷³ Logo a seguir, esse mesmo dispositivo da Lei nº 8.620, de 1993, foi apreciado pelo STF, que o considerou inconstitucional. Em seu voto, a Relatora, Min. Ellen Gracie, reconheceu não apenas o problema formal de hierarquia legal já apontado pelo STJ, mas também um vício material,

porquanto não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor descon sideração *ex lege* e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedade limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os arts. 5, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição.⁷⁴

Em paralelo às discussões sobre tributos devidos à previdência social, os tribunais superiores se depararam com inúmeros outros problemas relacionados à interpretação dos dispositivos legais atinentes à responsabilidade de sócios e administradores de empresas em dívida com o fisco. Durante os anos 1990, houve momentos em que se aceitou a tese de que o não pagamento de tributo constituiria *per se* um ato ilícito capaz de ensejar a responsabilidade do sócio-gerente, tendo havido, inclusive, acórdãos que qualificavam a responsabilidade do sócio-gerente como “objetiva”.⁷⁵ Ao longo da última década, contudo, essa tendência se reverteu, e atualmente a jurisprudência do STJ de um modo geral acolhe a tese de que o sócio-gerente não é garante da dívida da empresa. No mesmo sentido, acolhe também a tese de que os sócios sem poderes de gestão não respondem por dívida tributária da empresa.⁷⁶

Assim, foi-se afirmando no STJ em particular a distinção entre sociedade irregularmente extinta e sociedade existente e inadimplente: as primeiras

73 Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, art. 79, VII.

74 STF, RE nº 562.276/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 3/11/2010.

75 STJ, REsp nº 33.731/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, julgado em 6/2/1995 (“O sócio responsável pela administração e gerência da sociedade limitada, por substituição, é objetivamente responsável pela dívida fiscal, contemporânea ao seu gerenciamento ou administração, constituindo violação à lei o não recolhimento da dívida fiscal regularmente constituída e inscrita. Não exclui a sua responsabilidade o fato de seu nome não constar na certidão de dívida ativa”). Ressalte-se que o tema não era unânime. *Vide* STJ, REsp nº 141.516/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 30/11/1998; EREsp nº 100.739/SP, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, julgado em 6/12/1999. (sócio-gerente tem que ser citado e sua responsabilidade pela dívida há que ser demonstrada pelo fisco.).

76 STJ, REsp nº 238.668/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julgado em 12/3/2002, EREsp nº 591.954/SP, 1ª Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 8/6/2005. O STJ tem também entendido que o sócio sem poder de gestão não responde tributariamente mesmo na hipótese de dissolução irregular da sociedade. *Vide* REsp nº 40.435/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 7/11/1996; REsp. nº 109.163/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julgado em 6/5/1999.

ocasionando a responsabilização do sócio-gerente, mas não as segundas.⁷⁷ A dissolução irregular da sociedade gera, na visão de diversos julgados do STJ,⁷⁸ responsabilidade tributária do sócio-gerente porque é considerada uma **infração à lei** para os fins do artigo 135 do CTN. A definição do que seja a dissolução irregular é, inclusive, matéria sumulada: “[p]resume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.”⁷⁹ Como se vê, nesse particular a atual jurisprudência do STJ afastou-se da concepção original do CTN (pois, como vimos acima, para o legislador de 1965 a **infração à lei** que ensejaria a responsabilidade do sócio seria aquela de caráter societário, em linha com a inspiração dada pelo decreto que regia as sociedades limitadas à época). Ainda assim, é preciso notar que há decisões do STJ no sentido de que o sócio-gerente pode se livrar da responsabilização caso prove que não agiu com dolo, fraude ou excesso de poder.⁸⁰

A afirmação do princípio da responsabilidade tributária subjetiva tem tido duas consequências na jurisprudência do STJ. Primeiro, a de que na execução fiscal ajuizada contra sociedade limitada, dissolvida irregularmente, o **ex-sócio** que detinha o gerenciamento no período pertinente aos débitos responde pelas dívidas fiscais da empresa.⁸¹ Segundo, a de que o **ex-sócio** não será responsável tributário pelas dívidas da sociedade que transferiu regularmente a terceiros, continuando, com estes, a empresa;⁸² exceção feita, evidentemente, ao caso em que o **ex-sócio** tenha comprovada sua responsabilidade à época do fato gerador do débito exequendo decorrente de excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto.⁸³

77 Conforme Acórdão do REsp nº 420.663/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 9/9/2002; REsp nº 260.524, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, unânime, 1º/10/2001.

78 REsp nº 8.838-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 6/5/2001; REsp nº 7.745, 2ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 10/4/1991; REsp nº 121.021/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15/8/2000.

79 Súmula STJ nº 435/2011.

80 Conforme STJ, AgRg no REsp nº 420.663/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 13/8/2002.

81 Nesse sentido, REsp, nº 78.581-MG, DJ de 19/5/1997, Rel. Min. Demócrito Reinaldo.

82 REsp nº 260.524, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, unânime, 1º/10/2001). No mesmo acórdão: “V – Executar, com fundamento em não demonstrada responsabilidade solidária as filhas do suposto devedor, já falecido é abuso processual, que tangencia os limites do disparate.”

83 EREsp nº 100.739/SP, Rel. Ministro José Delgado, 1ª Seção, DJ de 28/2/2000 (“A presunção de dissolução irregular da sociedade empresária, conquanto fato autorizador do redirecionamento da execução fiscal à luz do que preceitua a Súmula nº 435 do STJ, não serve para alcançar ex-sócios, que não mais compunham o quadro social à época da dissolução irregular e que não constam como corresponsáveis da certidão de dívida ativa, salvo se comprovada sua responsabilidade, à época do fato gerador do débito exequendo, decorrente de excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, conforme dispõe o art. 135 do CTN.”); EAg nº 1.105.993/RJ, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, 1ª Seção, DJe de 1º/2/2011; REsp nº 1.217.467/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe de 3/2/2011; REsp nº 824.503/RS, Rel. Min.

A descrição acima da jurisprudência do STJ pode sugerir um quadro de relativa rigidez no tocante à possibilidade de responsabilização de sócios e administradores em matéria tributária. Mas na realidade a questão é mais complexa. Nossos tribunais superiores – STJ e STF⁸⁴ – hoje reconhecem amplamente a legalidade do chamado **redirecionamento fiscal**.⁸⁵ Em meio a uma execução fiscal contra a empresa, o redirecionamento ocorre quando há efetivação de citação e penhora de bens de sócios-gerentes ou administradores que não constavam originalmente na Certidão de Dívida Ativa (CDA).⁸⁶ O redirecionamento tem o efeito prático de tornar a responsabilização de sócios e administradores de empresas mais flexível principalmente porque vem, frequentemente, acompanhada de uma inversão do ônus da prova da culpabilidade do sócio ou administrador. Isto é, a ele incumbe o ônus de provar que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, que não houve a prática de atos “com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”.⁸⁷ Essa inversão de ônus probatório é relevante – não só porque

Eliana Calmon, 2ª Turma, DJe de 13/8/2008; REsp nº 728.461/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJ de 19/12/2005.

84 STF, RE nº 100.920-SP, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 115/786 (“Podem [os responsáveis por substituição] ser citados – e ter seus bens penhorados – independentemente de processo judicial prévio para a verificação inequívoca das circunstâncias de fato aludidas no art. 135, *caput*, do CTN, matéria essa que, no entanto, poderá ser discutida, amplamente, em embargos do executado.”). É bem verdade que existem precedentes um pouco mais antigos em sentido oposto. *Vide* (AgRg no AgRg no REsp nº 1153333/SC [“O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias. Precedentes da Corte: ERESP nº 174.532/PR, DJ de 20/8/2001; REsp nº 513.555/PR, DJ de 6/10/2003; AgRg no Ag nº 613.619/MG, DJ de 20/6/2005; REsp nº 228.030/PR, DJ de 13/6/2005.”]).

85 Os contribuintes têm questionado (geralmente sem sucesso) o redirecionamento sob diversos argumentos, principalmente os seguintes: *i*) o art. 2º, § 5º, I, da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 (Lei de Execuções Fiscais), estabelece que o Termo de Inscrição de Dívida Ativa deva conter o nome dos corresponsáveis, e o art. 202, I, do CTN determina a nulidade da inscrição em que faltam requisitos do termo; e *ii*) o redirecionamento cerceia o exercício do direito constitucional de ampla defesa.

86 A Lei Execuções Fiscais (Lei nº 6.830, 1980), em seu art. 2º, § 3º, determina que cabe ao órgão competente apurar a liquidez e a certeza dos créditos, qualificando a inscrição como ato de controle administrativo da legalidade. No caso da União, o art. 131, § 3º, da Constituição Federal atribui a representação da dívida ativa de natureza tributária da União à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN). O art. 12 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, atribui à PGFN competência para apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União de natureza tributária e inscrevê-la para fins de cobrança amigável ou judicial, além da representação privativa na execução da dívida ativa de caráter tributário da União.

87 Nesse sentido, REsp nº 1104900/ES, Min. Denise Arruda. *Vide* também: REsp nº 947063/RS 2007/0098508-9 (“A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos ‘com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.’”). Há diversos outros precedentes no mesmo sentido, por exemplo: Min. Castro Meira (“Diante da presunção de certeza e liquidez da Certidão de Dívida Ativa, não se pode inverter o ônus probatório a fim de excluir os sócios da execução fiscal. Por possuir a CDA presunção *juris tantum* de liquidez e certeza, seria gravame incabível a exigência de que o Fisco fizesse prova das hipóteses previstas no art. 135 do CTN.”). Mas veja REsp nº 1.101.728/SP, rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, DJe de 23/3/2009; AgRg no Ag nº 1.265.124/SP,

provar um fato negativo é sabidamente muito difícil, mas também porque as medidas práticas de constrição patrimonial postas em prática pelo fisco e por outros órgãos estatais tipicamente se iniciam antes do trânsito em julgado das longuíssimas execuções fiscais. Isso na prática tem permitido à fazenda pública incluir todos os sócios e administradores indistintamente no polo passivo das execuções, mesmo que se trate apenas de ausência de pagamento por falta de recursos da empresa.

Em paralelo, no Direito do Trabalho, consolidou-se uma visão que coloca em segundo plano qualquer consideração sobre as características daquele que se aproveita do trabalho alheio. Assim ganhava força o chamado “princípio da alteridade”, que passava a ser visto como inerente ao contrato de trabalho. De acordo com tal princípio, não se pode transferir ao trabalhador os riscos do negócio (DELGADO, 2010, p. 383). Seu efeito prático é o de tornar sócios objetivamente responsáveis pelas dívidas trabalhistas da empresa. A mudança da jurisprudência é emblemática na influente doutrina de Maurício Godinho Delgado. Confirmam-se suas ponderações sobre a responsabilidade de ex-sócio após alienação da empresa (2010, p. 407):

Na 1ª edição da nossa obra [...] em 1995 ainda considerávamos que a prova da fraude era exigência para a responsabilização subsidiária do antigo empregador. Contudo, o avanço jurisprudencial percebido nesses últimos anos fez-nos rever nosso anterior entendimento restritivo. Tal revisão já passou a constar da 2ª edição da mencionada obra, de 1999.

Assim, na jurisprudência, cristalizou-se visão que afirma a responsabilidade ilimitada dos sócios diante das dívidas trabalhistas, numa interpretação bastante radical da ideia de que auferir ganho com o trabalho alheio implica responsabilidade pelos créditos trabalhistas. Essa posição, que deixa de lado todas mediações pelas quais o sócio vem a receber dividendos por sua participação na empresa, tornou-se praticamente hegemônica na jurisprudência e na doutrina trabalhista. É importante afirmar que tal argumentação tem

rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, DJe de 25/5/2010 (“É pacífico no âmbito da Primeira Seção do STJ o entendimento de que o redirecionamento de execução fiscal a sócios que não constam da certidão de dívida ativa como corresponsáveis tributários está vinculada à comprovação, por parte da exequente, dos requisitos do art. 135 do CTN [excesso de poderes ou infração à lei.]”).

servido de justificativa para decisões muito questionáveis, por exemplo, aquelas que responsabilizam o advogado do sócio pelos créditos trabalhistas não pagos (SALAMA, 2012).

Mas, a despeito disso, e a despeito da aparente irrelevância da personalidade jurídica para fins de responsabilização trabalhista, pode ser produtivo refletir, também sob a forma de hipótese, sobre a racionalidade dessa posição dogmática tão radical. Como mostram List e Pettit e em um artigo sobre a racionalidade dos entes coletivos, nem sempre tais entes possuem, de fato, uma racionalidade distinta de seus membros individuais (LIST; PETTIT, 2002, p. 89-110; PETTIT, 2007). Os autores discutem no texto quais são os pressupostos para a formação de centro de decisões autônomas efetivamente funcione: seria interessante investigar empiricamente em que empresas isso de fato ocorre, ainda mais em empresas pequenas e de caráter familiar. Apesar de os juízes não apresentarem justificativas desse teor em suas decisões, seria interessante investigar as hipóteses de responsabilização dos sócios no que diz respeito ao perfil da empresa cuja personalidade jurídica foi posta em segundo plano. Tal, no entanto, está além do escopo da presente obra.

5 Conclusão

Pouca gente rejeitaria a ideia de que o Direito é produto da história, e, no entanto, estudos que busquem reconstruir a história são relativamente incomuns. A reconstrução aqui delineada sugere que os sistemas de responsabilização societária, tanto na área societária/cível quanto em áreas afins, como o Direito Trabalhista e o Tributário, estão intimamente relacionados com o modelo político do país. A sugestão aqui é a de que a cada um dos três grandes modelos políticos brasileiros – oligarquia liberal, Estado social, e Estado social democrático – tem correspondido um modelo de responsabilização societária. Em certo sentido, o que se está dizendo, então, é que, embora cada ramo do Direito siga um percurso argumentativo, doutrinário, legislativo e jurisprudencial parcialmente independente, há uma lógica unificadora comum que se subsume ao modelo político.

Essa discussão nos leva a questionar sobre até que ponto o sistema econômico brasileiro hoje se assenta sobre uma diferenciação entre patrimônio dos sócios e da sociedade, ou seja, se a personificação é, de fato, essencial para a reprodução de nossa economia. Essa é a principal questão subjacente a este texto. É certo, no mínimo, que a ausência de diferenciação de patrimônios afeta determinados setores, como a indústria de *private equity*; e como se vê, estamos, então, diante de temas complicados que relacionam o arcabouço institucional com a capacidade de mobilização de crédito para a produção e o desenvolvimento socioeconômico. Essa discussão, no entanto, não é objeto do presente trabalho.

De todo modo, não há como descartar por completo a ideia de que talvez a modernização de nossa economia esteja colocando a questão em outro patamar: é provável que nosso sistema produtivo encontre, daqui em diante, um obstáculo em seu desenvolvimento com a responsabilização pessoal do sócio da maneira como se encontra hoje em nosso Direito. Será necessário pensar sobre até que ponto a flexibilização da responsabilidade efetivamente dificulta a combinação eficiente das forças de capital e trabalho.

Referências

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- COMPARATO Fábio Konder; FILHO, Calixto Salomão. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CORDEIRO, Antonio Menezes. **O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial**. Coimbra: Almedina, 2000.
- COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário**. Constituição e Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

FERREIRA, Benedito. **A História da Tributação no Brasil: Causas e Efeitos**. Brasília: Senado Federal, 1986.

FILHO, Marçal Justen. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO FINANCEIRO. **Codificação do direito tributário**. Rio de Janeiro: IBDF, 1955.

LIST, Christian; PETTIT, Philip. Aggregating Sets of Judgments: An Impossibility Result. **Economics and Philosophy**, 18, 2002.

MARCONDES, Sylvio. **Questões de direito mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MARTINS, Fran. **Sociedades por Quotas no Direito Brasileiro e Estrangeiro**. Forense: Rio de Janeiro, 1960. v. 2.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. O objeto e o fato gerador do imposto de renda. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Imposto de Renda**. São Paulo: Atlas, 1996.

OLIVEIRA, J. Lamartine Correa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

PETTIT, Philip. **Teoria da Liberdade**, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de Direito e fraude através da personalidade jurídica (“disregard doctrine”). In: **Aspectos Modernos de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 1.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Vetores da Jurisprudência na Interpretação dos Contratos Bancários no Brasil. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, n. 57, jul. 2012.

_____. Menos do que o Dono, Mais do que o Parceiro de Truco: Contra a Desconsideração da PJ para Responsabilização de Procurador de sócio. **Revista Direito GV**, n. 15, jun. 2012.

_____. Regulação Cambial entre a Ilegalidade e a Arbitrariedade: O Caso da Compensação Privada de Créditos Internacionais. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, n. 50, dez. 2010.

SOUZA, Rubens Gomes de. Notas ao projeto de reforma do impôsto de renda (1947). In: _____. **Estudos de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1950.

_____. **Compêndio de legislação tributária**. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1952.

VARSANO, Ricardo. Os incentivos fiscais do imposto de renda das empresas. **Revista brasileira de economia**, v. 36, n. 2, 1982.

_____. **A Evolução do Sistema Tributário Brasileiro ao Longo do Século: Anotações e Reflexões para Futuras Reformas**, IPEA, 1996. (Texto para Discussão n. 405).

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Declerc. **Curso de direito comercial** – Teoria geral do direito comercial e das atividades empresariais mercantis. São Paulo: Malheiros, 2004. v. I (Introdução à teoria geral da concorrência e dos bens imateriais).

VILLELA, Annibal Villanova; SUZIGAN, Wilson. **Política do governo e crescimento da economia brasileira 1889-1945**. 3. ed. Brasília: Ipea, 2001.

A Responsabilidade do Gestor Público e o Nível de Prudência na Prevenção à Lavagem de Dinheiro e no Combate ao Financiamento do Terrorismo

Mauro Salvo*

1 Introdução. 2 Base teórica: economia do crime e modelo Agente-Principal. 3 A prevenção à lavagem de dinheiro. 4 Mensurando a prudência-leniência do Estado. 5 Considerações finais.

Resumo

Objetiva apresentar um modelo capaz de avaliar a eficiência dos gastos públicos na prevenção à lavagem de dinheiro e no combate ao financiamento do terrorismo. O modelo está baseado na análise de custo-benefício e busca criar uma ferramenta que auxilie as políticas públicas na direção da otimização dos gastos. Paralelamente apresenta-se um índice com intuito de medir o nível de prudência das políticas adotadas. Esse índice foi elaborado a partir dos conceitos atribuídos pelo *Financial Action Task Force/Groupe d'Action Financière* (FATF/GAFI) quando das avaliações das políticas antilavagem de dinheiro adotadas por cada jurisdição. Trata-se de uma abordagem preliminar, porém inovadora e que contribui na tentativa de mensurar parte do problema da lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo.

* Doutor em economia.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro. Prudência. Gastos públicos. Eficiência.

Abstract

The aim of this paper is to present a model capable of evaluating the efficiency of public spending on prevention of money laundering and combating financing of terrorism. The model is based on cost-benefit and seeks to create a tool that helps public policies toward the optimization of expenses. At the same time presents an index designed to measure the level of prudence of the taked policies. This index was developed from the concepts assigned by the FATF/GAFI (Financial Action Task Force/Groupe d'Action Financière) when assessments of anti-money laundering policies adopted by each jurisdiction. This is a preliminary approach, however innovative and contributes in an attempt to measure part of the problem of the fighting against money laundering and financing of terrorism.

Keywords: Money laundering. Prudence. Public expenditure. Efficiency.

1 Introdução

O objetivo deste artigo é desenvolver uma análise de custo-benefício de combater a lavagem de dinheiro. Trata-se de uma tentativa embrionária de elaborar um modelo formal cuja finalidade é obter um instrumento capaz de sinalizar diretrizes para a elaboração de políticas públicas de prevenção à lavagem de dinheiro e de combate ao financiamento do terrorismo (PLD/CFT). Neste artigo, chega-se a um modelo simplificado que contribui de forma inovadora para avaliação da gestão pública tanto nos âmbitos administrativo, financeiro e normativo. Os resultados alcançados ajudam a preencher parte de uma lacuna fundamental na prevenção e combate à lavagem de dinheiro referente aos órgãos reguladores e fiscalizadores: garantia de segurança sobre se estão implementando boas políticas.

A motivação para a realização deste trabalho foi responder se as autoridades brasileiras têm sido suficientemente prudentes na prevenção à lavagem de dinheiro. Da mesma forma que as autoridades cobram da iniciativa privada

medidas de controle sobre as atividades de seus clientes e sobre os procedimentos de seus funcionários, cabe perguntar se o setor público tem feito a sua parte. A preocupação deriva do temor de que, talvez, o crescente volume de recursos que têm ingressado na economia brasileira fosse oriundo de atividades ilícitas. Também o crescimento econômico que tem dinamizado alguns setores pode facilitar a colocação e ocultação de recursos obtidos ilegalmente. Os detentores desses recursos poderiam estar tendo a percepção de que há baixo nível de prudência nos controles prudenciais brasileiros. Essa preocupação encontra respaldo em alguns estudos, como o de Brada *et al.* (2009), no qual os autores defendem que outros fatores não tradicionais determinam os fluxos de capitais e, portanto, deveriam ser integrados nas teorias de investimento estrangeiro, incluindo lavagem de dinheiro e fuga de capitais.

A atividade de administração é considerada – regra geral – como sendo uma obrigação de meio. As obrigações de meio são assim denominadas em contraposição com as obrigações de resultado. A nomenclatura é bastante intuitiva, mas cumpre tecer algumas considerações. Nas obrigações de resultado, discutir-se-á se o fim prometido pelo devedor da obrigação foi efetivamente cumprido, de tal sorte que o resultado vai implicar satisfação ou não da obrigação assumida, ou seja, para aferição do adimplemento é necessário verificar se o sujeito alcançou o resultado prometido. Ainda que o devedor tenha utilizado toda sua técnica de diligência, o inadimplemento ocorrerá diante da ausência do resultado esperado.

Nas obrigações de meio, o que se vai averiguar é a conduta do devedor da obrigação, visto que o sujeito assume apenas a obrigação de empenhar seus melhores esforços no cumprimento da obrigação, sempre almejando o melhor resultado. Mas sua consecução, ou não, não implicará adimplemento ou inadimplemento da obrigação, respectivamente. Assim, considerando-se que a obrigação de administrar uma sociedade é tida como de meio, usualmente se considera na análise da responsabilidade civil o **nível de precaução/prudência** do indivíduo no exercício de suas funções. A ocorrência do dano é um acidente, cuja probabilidade seria determinada pelas precauções tomadas pelos indivíduos (PEREIRA, 1993, p. 214). O cálculo do nível ótimo de precaução também segue a regra do custo marginal, ou seja, para cada incremento deve existir um benefício igual ou superior na prevenção do acidente ou na redução

de seu montante (COOTER, 2010, p. 332-333). Neste artigo, busca-se aplicar o conceito de responsabilidade aos administradores públicos incumbidos de gerir o monitoramento e a aplicação de punições no que diz respeito às instituições obrigadas por lei a implantar controles internos para prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao financiamento do terrorismo.

Em termos genéricos, os lavadores de dinheiro procuram setores com falhas nas áreas de regulação-monitoramento/fiscalização-punição. Nesse sentido, os setores que oferecem melhores condições para que criminosos reciclem os ativos obtidos ilegalmente apresentam características como: *i*) algum grau de informalidade; *ii*) possibilidade de forte oscilação dos preços (como característica inerente ao setor ou devido a qualidade não padronizada do ativo); *iii*) regulamentação inexistente ou frágil; *iv*) fiscalização inexistente ou frágil; *v*) difícil avaliação quanto ao preço e qualidade dos bens negociados (parâmetros subjetivos); *vi*) raras punições. Todavia, isso não exclui nenhum setor da possibilidade de ser utilizado para tal propósito.

Algumas teorias econômicas são especialmente úteis para tratar desse assunto, embora ainda não exista uma teoria específica. Os trabalhos mais recentes têm utilizado a teoria econômica do crime e a abordagem agente-principal. Todavia, a preocupação, principalmente desses trabalhos, tem sido estimar a lavagem de dinheiro em nível global. Os principais autores tem tido avanços tímidos e reconhecem as limitações quando se trata de variáveis da economia subterrânea. Nesse estágio do conhecimento, o mais importante é ter uma questão de pesquisa pertinente e a base teórica mais adequada e encontrar os melhores dados quantitativos disponíveis. Mesmo que não se chegue a uma conclusão definitiva, avança-se marginalmente ou, no mínimo, gera-se o debate.

A ideia principal do artigo é apresentar um índice bastante simples que pode servir como importante ferramenta de avaliação da eficiência dos gastos públicos. O intuito é tornar os conceitos subjetivos atribuídos durante as avaliações mútuas do *Financial Action Task Force/Group d'Action Financière* (FATF/GAFI), para cada jurisdição em um único número um pouco mais objetivo. Utilizaram-se os gastos públicos e as comunicações¹ efetuadas à unidade de inteligência financeira

1 A legislação determina que alguns setores considerados como mais vulneráveis à ocorrência de lavagem de dinheiro, tanto do setor financeiro como do não financeiro, comuniquem transações realizadas com seus clientes que sejam classificadas como suspeitas ou atípicas.

(no Brasil, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras [Coaf]) para complementar a análise. Na próxima seção, apresentar-se-á a base teórica que sustenta a análise; em seguida, será feita uma breve resenha de como a lavagem de dinheiro costuma ocorrer e quais são suas motivações; a seção 4 detalhará a construção do modelo.

2 Base teórica: economia do crime e modelo Agente-Principal

As pessoas respondem por incentivos, ou seja, tomam decisões comparando custos e benefícios, assim seu comportamento pode mudar quando essa relação se altera. Esse pensamento pode ser utilizado para qualquer ação humana, inclusive para ações criminosas, visto tratar-se de atividades humanas. Gary Becker (1968), com o artigo seminal *Crime and punishment: an economic approach* impôs um marco à abordagem sobre os determinantes da criminalidade ao desenvolver um modelo formal em que o ato criminoso decorreria de uma avaliação racional em torno dos benefícios e custos esperados nele envolvidos, comparados aos resultados da alocação do seu tempo no mercado de trabalho legal. Basicamente, a decisão de cometer ou não o crime resultaria de um processo de maximização de utilidade esperada, em que o indivíduo confrontaria, de um lado, os potenciais ganhos resultantes da ação criminosa, o valor da punição e as probabilidades de detenção e aprisionamento associadas e, de outro, o custo de oportunidade de cometer o crime, traduzido pelo salário alternativo no mercado de trabalho.

A partir de Gary Becker, os economistas vêm ficando cada vez mais convencidos de que incentivos de ordem econômica podem ser fatores determinantes no envolvimento dos indivíduos com o crime (ao menos no que diz respeito aos delitos contra a propriedade). Burdett (1999), na tradição de pesquisa de Gary Becker, traz à baila o conceito de “custo-benefício do crime”, fazendo-o central em suas formulações. A ideia central é a de que as ações ilícitas dos criminosos de carreira subentenda uma avaliação individual, da parte deles, da relação custo-benefício em delinquir. Segundo a teoria em exame, o cometimento da ação criminosa, na avaliação do potencial delinquente, dependeria de três fatores: o tamanho da recompensa proporcionada pelo cometimento do crime (na suposição de que a ação criminosa fosse bem sucedida); a probabilidade de

ser preso e condenado; e o rigor da pena a cumprir (na suposição de que a ação criminosa fosse malograda). Ou seja, quanto maior o tamanho da recompensa potencial em delinquir, maiores serão os índices de criminalidade, enquanto que, ao contrário, quanto maiores as probabilidades de prisão e de apenamento rigoroso, menores serão os índices de criminalidade.

Na perspectiva da teoria econômica do crime, em sua esmagadora maioria, o criminoso é uma pessoa normal que pondera e decide dentro de uma determinada estrutura de incentivos ou condicionantes. Portanto, o evento crime é visto como uma decisão na qual são ponderados os benefícios e os custos e, também, como uma troca intertemporal, entre o benefício imediato e um custo provável no futuro (punição). Os benefícios consistem nos ganhos monetários e psicológicos proporcionados pelo crime. Por sua vez, os custos englobam a probabilidade de o indivíduo que comete o crime ser preso, as perdas de renda futura decorrentes do tempo em que estiver detido, os custos diretos do ato criminoso (tempo de planejamento, instrumentos, etc.) e os custos associados à reprovação moral do grupo e da comunidade em que vive. Uma notação possível dessa equação seria: Crime = $b - p \cdot c$, em que b é o benefício do crime, p é a probabilidade de prisão e c os custos medidos pela perda de renda durante o tempo de prisão mais os custos diretos e morais.

Dessa forma, quanto maior for a percepção sobre a probabilidade de o indivíduo ser preso e condenado, mais elevado será o custo do crime. O fundamento é a dissuasão dos crimes por meio do efeito incapacitante e simbólico exercido pela certeza, celeridade e severidade na aplicação das penas. O efeito dissuasão ocorre quando a punição sinaliza para os demais indivíduos que, caso cometam crimes, serão também punidos. A proposição é que maior percepção do risco aumenta a variável p da equação, elevando o lado dos custos. Em suma, devem-se implementar políticas de redução dos benefícios dos crimes e aumentos dos seus custos.

A abordagem do modelo Agente-Principal tem se mostrado muito produtiva no entendimento dos resultados obtidos por meio de uma interação de relacionamentos entre grupos. Um grupo, o principal, coloca um conjunto de incentivos, e o outro, o agente, responde a esses incentivos. Na teoria econômica da criminalidade, o governo faz o papel de principal, ao colocar os incentivos para o agente, via P (probabilidade de ser pego e punido), S (severidade da pena), etc., enquanto o agente é o criminoso, que responde praticando crimes que são uma

resposta lógica aos incentivos existentes na sociedade. O governo determina a severidade das penas e a intensidade dos esforços de combater o crime. O nível desse último será fator determinante da probabilidade de identificar e punir criminosos (BRENNER, 2009, p. 50). No modelo Agente-Principal, o governo busca alcançar dois objetivos: *i*) manter a criminalidade em nível baixo; e *ii*) minimizar as despesas dos órgãos de combate ao crime. Pode parecer estranho considerar a responsabilidade civil como incentivo, contudo vale lembrar que para a teoria da agência os incentivos podem ser tanto “positivos” quanto “negativos”, ou seja, tanto a expectativa de remuneração quanto a de punição servem para incentivar o comportamento esperado.

De acordo com John Rawls (2002, p. 15), não se deve dizer que os indivíduos objetivam prejudicar os interesses alheios; na verdade, os interesses de terceiros, na maioria das vezes, sequer são considerados, ou seja, trata-se tão somente de decisões tomadas pelos indivíduos com base em interesses deles próprios, que agem para maximizar o seu bem-estar, sem se interessar pelo dos demais.

A teoria da agência serve, portanto, para identificar a questão e apontar soluções para que os interesses converjam ao máximo possível, evitando que os agentes ajam de forma oportunista, sobretudo quando possuírem informações melhores – quantidade e qualidade – que as dos principais. É importante notar que quanto maior for a discricionariedade permitida ao agente, maior será o risco enfrentado pelo principal.

Com efeito, sempre que observamos a substituição dos agentes ou produtos ótimos pelos de menor qualidade em razão de uma falha no mercado (é o que ocorre com o problema da lavagem de dinheiro), estamos diante da seleção adversa, usualmente causada pela assimetria de informações (AKERLOF, 1970).

O acesso à informação no processo produtivo do lado do agente é incrementado, e o do principal diminui progressivamente em relação ao primeiro. Dessa feita, no caso de o agente combinar informação privada (ou específica) com novas tecnologias, cujo resultado é desconhecido ou não mensurável pelo principal, a custos de oportunidade recém-identificados pelo agente com sua habilidade específica de lidar com essa tecnologia e o conjunto de informações resultantes do processo, ocorre um típico problema de assimetria de informação, que encontra na literatura do Agente-Principal respaldo teórico para a formulação das propostas contidas neste estudo. Para evitar, ou diminuir, a probabilidade

de o agente se apropriar do excedente que ele cria em nome do principal, uma estrutura de incentivos é requerida no processo.

Espera-se que, com a introdução de incentivos positivos e punitivos, os indivíduos sejam motivados a permanecer comprometidos com os objetivos institucionais e a não romper com as regras estabelecidas dentro e fora das instituições. Sendo assim, podemos afirmar que é por meio da instituição (NORTH, 1990) que os contratos são regulados, as regras são acordadas e as incertezas são reduzidas, provendo estrutura e ordem ao cotidiano das sociedades, desenhando novas formas de atuação e coibindo comportamentos antiéticos das partes e – por que não? – diminuindo os custos de transação econômicos e sociais.

A regulação contratual ou econômica visa coibir, por exemplo, o não cumprimento de uma obrigação por qualquer das partes, a não entrega do produto ou prestação do serviço (inadimplência), o benefício adquirido sem a devida contrapartida (*free rider*) ou a incorporação de benefícios não constantes no acordo (*rent seeking*), ou, ainda, as distorções causadas pelo descasamento entre a conduta do gestor e do acionista decorrente da assimetria de informação existente entre ambos (*principal-agent problem*). A teoria dos incentivos procura conformar um arcabouço que considere basicamente três problemas gerados pela informação assimétrica: a seleção adversa, o *moral hazard* e a impossibilidade de verificação.

Um problema de *moral hazard* existe quando a ação do agente não é verificável ou quando o agente recebe uma informação privada depois de a relação ter se iniciado. Arrow (1985) classificou os problemas de *moral hazard* como do tipo *hidden action* (ação oculta) – que são ações que não podem ser completamente observadas ou inferidas por outros, sendo, portanto, impossível estabelecermos ou condicionarmos contratos completos sobre tais ações.

A regulamentação pode e deve ter também o intuito de aumentar a informação. Nela deve estar prevista a obrigatoriedade de prestar informações periodicamente. Uma vez que o governo tem um incentivo para tentar reduzir o problema de *moral hazard* criado pela informação assimétrica, deve estabelecer leis para forçar as firmas a aderirem a princípios e manterem controles internos que ajudem a verificação de sua conduta.

O monitoramento é uma das maneiras de o principal reduzir o problema de agência engajando-se na produção de informação por meio de um maior

monitoramento das atividades dos agentes, como mediante auditorias frequentes para constatar a robustez das informações. O problema com esse método é que o processo de monitoramento pode ser dispendioso em termos de recursos financeiros e tempo, isto é, os custos de verificação são elevados.

Resolver o problema de falha informacional ajudaria a melhorar os resultados, conhecendo melhor (leia-se, mensurando) a atividade criminosa, ou atípica/suspeita, seus custos e benefícios. Ato contínuo seria adequar a regulamentação e o monitoramento, além de elevar o custo de transação dos criminosos e sua percepção da probabilidade de ser punido.

Ferwerda (2008) demonstra num modelo teórico que a probabilidade de ser pego, a sentença por lavagem de dinheiro, a probabilidade de ser condenado pelo crime precedente e os custos de transação da lavagem de dinheiro são negativamente relacionados com o valor do crime.

O objetivo do governo – no modelo – seria maximizar a “prudência”, representada pela legislação, regulamentação, monitoramento, fiscalização e punição, conformando o que será chamado de “índice de prudência”, o qual será mais bem explicado em seção posterior. O rendimento seria representado pelas comunicações que resultam do nível de prudência, e o custo de produção seria representado por gastos do governo na produção de prudência. A maximização do resultado final – lucro, na teoria microeconômica – viria quando o rendimento marginal se iguala com o custo marginal ($RMg = CMg$). Em outras palavras, para este artigo, dir-se-ia que a maximização ocorreria quando o gasto adicional na produção de prudência fosse igual variação das comunicações.

3 A prevenção à lavagem de dinheiro

A lavagem de dinheiro pode ir da simplicidade absoluta à maior das complexidades. Qualquer um pode lavar dinheiro (JORDÃO, 2000, p. 23). A lavagem de dinheiro envolve dissimular os ativos de modo que possam ser usados sem que se possa identificar a atividade criminosa que os produziu. A necessidade de “lavar” o dinheiro deriva de sua origem ilícita. Quando falamos em lavagem de dinheiro, está implícita a ideia de crime precedente.

Basicamente a lavagem de dinheiro envolve três etapas. São elas:

- a) Colocação – Nessa etapa, utilizam-se as atividades comerciais e as instituições financeiras, tanto bancárias como não bancárias, para introduzir montantes em espécie, geralmente divididos em pequenas somas, no circuito financeiro legal. O objetivo é incorporar os recursos à economia formal de modo que não suscitem suspeitas, minimizando o risco de detecção.
- b) Ocultação – Após a colocação, faz-se necessário efetuar diversas operações, cujo objetivo é cortar a cadeia de evidências, ante a possibilidade de eventuais investigações/rastreamento sobre a origem do dinheiro.
- c) Integração – Nessa última etapa, o dinheiro é incorporado formalmente aos setores regulares da economia. Podem ser utilizadas para esse fim: empresas de fachada, faturas falsas, empréstimos fictícios, etc.

No procedimento de lavagem de dinheiro, podem-se observar alguns indicadores que não implicam necessariamente ilícito, porém devem chamar a atenção dos responsáveis pela prevenção; são eles: *i*) grandes movimentações em espécie; *ii*) movimentação atípica para o exterior; *iii*) transação ou atividade comercial estranha; *iv*) movimentações grandes e/ou rápidas; *v*) riqueza incompatível com o perfil do cliente; *vi*) atitude defensiva em relação a perguntas, quando questionados pelos agentes intermediários ou pelos órgãos supervisores sobre a origem dos recursos ou sobre a motivação econômica da transação.

Os métodos normalmente empregados para calcular os efeitos da lavagem de dinheiro sobre o Produto Interno Bruto (PIB) incluem a verificação das seguintes discrepâncias: *i*) as medidas de rendas e os gastos do PIB reportadas nas contas nacionais; *ii*) a força de trabalho oficial e a real; *iii*) a demanda real ou excessiva de dinheiro e a demanda de dinheiro que possa ser explicada por fatores normais ou convencionais; *iv*) o PIB oficial e o real; *v*) o PIB oficial e o PIB nominal total (BID, 2005, p. 254).

O FATF/GAFI – grupo de ação financeira criado pelo G-7 (grupo que reúne os sete países mais industrializados do mundo) em 1989 – elaborou 49 recomendações (nove delas referem-se ao combate ao financiamento do terrorismo) para auxiliar aos países definirem as normas mínimas para a prevenção e o combate à lavagem de dinheiro. Basicamente, essas recomendações

podem ser resumidas da seguinte maneira: *i)* definir lavagem de dinheiro como crime; *ii)* determinar que as instituições financeiras identifiquem seus clientes; *iii)* determinar que as instituições financeiras dediquem maior atenção a transações atípicas; *iv)* fiscalizar controles internos das instituições financeiras.

Além disso, recomenda-se que cada país institua Unidades de Inteligência Financeira (FIU – *Financial Intelligence Units*) que sejam as responsáveis nacionais por receber, requerer, analisar e distribuir às autoridades competentes as denúncias sobre as informações financeiras com respeito a procedimentos criminosos para impedir a lavagem de dinheiro, que, no caso do Brasil, é o Coaf.

Apesar de a lavagem de dinheiro poder se dar em qualquer setor, há aqueles que são mais vulneráveis, tais como bancos de qualquer espécie, distribuidoras de valores, corretoras de câmbio e valores, sociedades de créditos, administradoras de cartões de crédito, cooperativas de crédito, bolsas (valores, mercadorias e futuros), seguradoras, administradoras de consórcios, previdência complementar, empresas do mercado imobiliário, *factoring* de arte, de joias e jogos.

Os casos de lavagem de dinheiro podem ser classificados em cinco tipologias:

- a) Ocultação dentro de estruturas empresariais – É caracterizada por esquemas de lavagem que procuram ocultar os recursos de origem criminosa dentro das atividades normais de empresas controladas pela organização criminosa. Refere-se à tentativa de transferir recursos dentro do sistema financeiro, misturando-os com as transações de uma empresa controlada.
- b) Utilização indevida de empresas legítimas – Caracteriza-se pela tentativa de usar uma empresa existente sem que esta esteja ciente da origem criminosa dos recursos. A principal vantagem de se usar uma empresa, sem que ela o saiba, é que os recursos ilegais serão vistos por outras organizações como tendo sua origem naquela empresa, e não no proprietário criminoso.
- c) Uso de documentos falsos e “laranjas” – Tem como característica a tentativa de ocultar a origem criminosa do dinheiro e/ou seu proprietário.
- d) Exploração de questões jurisdicionais internacionais – O lavador tenta dificultar a tarefa do investigador impondo-lhes barreiras de idioma, legislação, obtenção de informações e de custos elevados.

- e) Uso de ativos ao portador – Alguns ativos são impossíveis de ter determinada sua propriedade, titularidade ou fonte, a menos que as autoridades apanhem o criminoso interagindo com o ativo.

O FATF/GAFI sustenta que, por meio da implementação de suas recomendações, os países podem efetivamente proceder da seguinte forma:

- a) Salvar a integridade do setor público – A corrupção floresce num ambiente no qual as autoridades e os servidores públicos se aproveitam de suas posições para obter ganhos privados. O FATF/GAFI recomenda que os principais agentes estatais sejam providos de adequado orçamento a fim de desempenhar suas funções de forma completa e efetiva. Adicionalmente, faz-se necessário que seus servidores tenham capacitação apropriada, recebam treinamento adequado e mantenham alto padrão profissional.
- b) Proteger de abusos instituições do setor privado – Instituições do setor privado são locais atrativos para lavar os ganhos obtidos por meio da corrupção, particularmente quando são propriedades de pessoas corruptas ou estão infiltradas por elas e adotam medidas frágeis de prevenção. Por esse motivo, as instituições designadas do setor privado devem implantar sistemas de controles internos e de auditoria para assegurar que as medidas antilavagem de dinheiro estejam sendo aplicadas. Além disso, as autoridades supervisoras devem manter robusta supervisão e o monitoramento das instituições privadas.
- c) Aumentar a transparência do setor financeiro – Os provedores de serviços financeiros devem adotar sistemas de gerenciamento de riscos apropriados para determinar se um (potencial) cliente ou o indivíduo que possui ascendência sobre ele ou o controla é uma pessoa politicamente exposta. Essas precauções aumentam a transparência por dificultar aos corruptos conduzir negócios anonimamente ou esconder seus negócios e relacionamentos por trás de outras pessoas, estruturas corporativas ou arranjos legais complexos. Essas medidas fazem parte da política Conheça Seu Cliente (KYC – *know your client*).
- d) Detectar, investigar, acusar, recuperar ativos roubados – O crime de corrupção pode ser analisado à luz da teoria econômica do crime. Dessa maneira, os países podem reduzir o incentivo para o engajamento na

corrupção diminuindo os benefícios de tais crimes. Para isso, os países devem legislar e proceder no sentido de congelar, bloquear e confiscar os ativos roubados, protegendo os direitos de terceiros de boa-fé.

Apesar dos progressos, resta ainda uma série de desafios a serem superados para a minimização desse tipo de crime. Num âmbito mais geral, o desafio seria aperfeiçoar a regulamentação/legislação sem prejudicar as operações lícitas e a eficiência econômica como um todo, tanto nacional como internacionalmente. Outro desafio seria conseguir um nível de cooperação global que envolvesse órgãos estatais de todos os países, assim como os dirigentes das instituições financeiras e seus funcionários e demais setores da economia.

No âmbito microeconômico, também há diversos desafios. Inicialmente é preciso aumentar o nível de conhecimento das pessoas (empresários, dirigentes e funcionários) quanto às várias possibilidades de lavagem de dinheiro. Pode-se lavar dinheiro em praticamente todos os setores econômicos, e, como a fiscalização não é uniforme, os criminosos migram para setores menos fiscalizados. Esse desconhecimento deixa a sensação de imunidade, ou seja, muitos acreditam não ser possível que suas instituições estejam sendo usadas para lavagem de dinheiro.

Outra dificuldade é desenvolver controles internos baratos, porém capazes de detectar, de forma eficiente, operações suspeitas em meio a milhões de transações diárias, para que sejam analisadas mais detalhadamente. Esse problema decorre de fatores como a falta de preparo técnico e a dificuldade de se estabelecerem critérios objetivos para a detecção de operações atípicas, tornando imprescindível a intervenção humana qualificada na análise. Também se faz necessário atentar para ativos cujos preços são naturalmente voláteis, que facilitam a ação delituosa, como gado, imóveis, ações, obras de arte, passes de atletas, etc. Disso decorre que as instituições se detêm muito nos limites monetários legais, objetivamente estabelecidos, porém os criminosos também conhecem as normas, que são públicas, e conseguem ludibriar facilmente tais parâmetros. A participação das pessoas é fundamental, porque, quando se conseguir um sistema ótimo – se isso acontecer –, os criminosos acharão novos meios de lavar dinheiro e conseqüentemente os sistemas de controles deverão ser readequados.

Há ainda o conflito entre o interesse comercial e a detecção de operações atípicas. Os controles, para serem eficientes, necessitam de informações precisas sobre os clientes, o que pressupõe a exigência de que estes prestem

vários esclarecimentos e apresentem documentos comprobatórios. Quando o cliente está solicitando crédito, é fácil obter tais informações, porém não é nada simpático exigí-las quando se trata de credores. Por isso é importantíssimo que todas as instituições procedam no sentido de obter tais informações, caso contrário aquelas que o fizerem podem perder clientes para as que não o fizerem. Há também o obstáculo da dificuldade de se detectarem operações suspeitas de pessoas físicas e jurídicas que atuam tanto de forma lícita como ilícita.

Por tudo isso é que o foco da prevenção e do combate ao crime de lavagem de dinheiro deve ser as políticas KYC e Conheça Seu Funcionário (KYE – *know your employee*). Em outras palavras, conhecer a conduta deles, se eles agem de forma lícita ou não.

Alguns autores defendem que há uma relação direta entre a economia informal e a necessidade de lavar dinheiro, todavia essa relação não é paritária. Embora seja aceitável que parte do dinheiro que circula na economia informal necessita em algum momento ser “legalizado”, também se deve aceitar que parte não necessitará. Esse fato dificulta a estimativa da magnitude dos recursos lavados. Além disso, parte dos recursos é lavada sem que se saiba que sua origem foi criminosa, devido à difícil detecção do ato criminoso, como são os casos de corrupção e sub/superfaturamento.²

Quanto mais sofisticada for a economia subterrânea, no sentido de complexidade, ou seja, se o sistema de trocas for eficiente na informalidade, menor a necessidade de se recorrer ao mercado formal, e portanto menor a necessidade de lavar o dinheiro. Sendo assim, além da importância de se estimar a economia informal, faz-se necessário estabelecer uma medida de sua complexidade e um fator de redução da necessidade de lavar dinheiro.

Seguindo o raciocínio de Masciandaro (2008) acerca do valor da lavagem de dinheiro para as organizações criminosas, o consenso é que a única solução disponível seria o correto desenho da regulação antilavagem de dinheiro, a fim de prover o correto alinhamento dos incentivos para os atores relevantes, tanto em nível nacional como internacional. Apesar de defender esse ponto, Masciandaro adianta que de fato a literatura ainda não nos provê de estudos empíricos robustos sobre as atividades de lavagem de dinheiro, além disso não existem estimativas

2 Para uma análise mais detalhada, veja Bartlett (2002).

sobre a análise de custo-benefício do atual arranjo da regulação para combater a lavagem de dinheiro. Nesse sentido, este trabalho busca contribuir como um pequeno avanço nessa direção.

4 Mensurando a prudência-leniência do Estado

O objetivo desta seção é apresentar um modelo capaz de aferir o nível de prudência-leniência do Estado no que concerne às suas políticas de PLD/CFT. O problema maior é encontrar dados para a mensuração exata da variável que se quer medir. Por isso, optou-se por um modelo simplificado que, em vez de tentar estimar valores monetários respondendo à pergunta “quanto?”, buscou com os dados, variáveis e *proxies* disponíveis indicar a direção mais adequada.

Neste artigo, optou-se por um modelo simplificado, porém com a virtude de ter aplicação imediata e possibilidade de aprimoramento futuro, assim que mais dados forem sendo disponibilizados, e servir como base para um modelo ampliado quando os dados estatísticos necessários forem coletados, o que não ocorre no momento.

Tendo em mente as considerações apontadas acima, alguns pressupostos serão assumidos para o prosseguimento da análise. Primeiramente, parte-se do pressuposto de que, se uma jurisdição for totalmente aderente às recomendações, não haverá lavagem de dinheiro em sua economia. O segundo pressuposto é que parte das comunicações feitas às unidades de inteligência financeira (no Brasil, é o Coaf) realmente se refere à lavagem de dinheiro, e essas comunicações são de boa qualidade (ou seja, são reportadas transações atípicas com real possibilidade de ser movimentação oriunda de atividade criminosa, mesmo que não seja). O terceiro pressuposto é que, se o nível de precaução cresce, aumentam as comunicações e conseqüentemente aumenta a probabilidade de detecção de ilícitudes, punição dos criminosos e redução do crime, nos moldes do que é apregoado por BECKER (1968).

Desta forma temos o seguinte modelo:

$R : f(G; P)$

Sendo:

G: gastos executados pelo Coaf;

P: nível de precaução/leniência;

R: quantidade de comunicações recebidas pelo Coaf.

O propósito do modelo é apontar para a adequação do nível de gastos *vis-à-vis* o nível de precaução no momento e seus resultados em termos de comunicações de transações atípicas.

Os gastos do Coaf (G) foram escolhidos como *proxy* de gastos de prevenção, tendo em vista que o referido órgão trabalha exclusivamente com o tema PLD/CFT, enquanto outros órgãos têm essa atividade como uma de suas atribuições, e os dados sobre gastos não estão discriminados, pelo menos publicamente.

O nível de precaução (P) seria obtido por meio dos conceitos atribuídos durante as avaliações mútuas do FATF/GAFI. Embora qualitativas, são a única variável disponível para aferir e comparar as políticas de PLD/CFT para todos os países.

Na ausência de boas estimativas de quanto dinheiro é lavado na economia brasileira, considerou-se como *proxy* as comunicações de operações atípicas para o Coaf (R)³ – ponderando-se que nem todas devem ser consideradas como lavagem de dinheiro, mas com certeza parte delas o são. Dessa forma, mesmo não sendo possível encontrar um valor monetário para a lavagem de dinheiro, essa *proxy* pode indicar se há aumento ou diminuição desse tipo de atividade criminosa.

Deve-se esclarecer mais detalhadamente como se chegou à variável nível de precaução (P). Inicialmente vale informar que o FATF/GAFI realiza de tempos em tempos uma avaliação a respeito do nível de aderência de cada país referente à implementação das recomendações que elaborou para a PDL/CFT. Uma equipe de especialistas composta por membros de vários países, incluindo do próprio país, avalia se as autoridades do país puseram em prática medidas para detectar, punir e dissuadir a lavagem de dinheiro. Ao final, a equipe do FATF/GAFI atribui conceitos a cada uma das recomendações (são quarenta recomendações de PLD e nove de CFT). São quatro conceitos possíveis, quais sejam, aderente (*compliant* [C]), quase aderente (*largely compliant* [LC]), parcialmente aderente (*partially compliant* [PC]) e não aderente (*non compliant* [NC]). Há ainda o conceito de “não aplicável”, todavia

3 Os agentes que operam em determinados setores devem reportar ao Coaf as operações que considerarem atípicas e eventualmente poderiam estar vinculadas à lavagem de dinheiro. Os setores obrigados a realizar tais comunicações estão listados em lei.

ele não foi considerado para a elaboração (ponderação) do índice de aderência proposto neste artigo.

Com base em trabalho de Verdugo (2011), o Fundo Monetário Internacional (FMI) publicou relatório que compara todos os países submetidos à avaliação mútua concernente à adequação às recomendações de PLD/CFT. O estudo permite ter uma ideia dos países que estão mais aderentes às recomendações. Essa informação tem sua importância, porém não é suficiente (FMI, 2011). A sua relevância reside na possibilidade de se compartilharem experiências.

Todavia, cabe destacar algumas limitações nesses indicadores. Primeiramente, os conceitos $C = 1$, $LC = 0,66$, $PC = 0,33$ e $NC = 0$. Porém, ponderando-se os conceitos de maneira diversa, obtêm-se resultados diferentes. Por exemplo, considerando-se $C = 10$, $LC = 5$, $PC = 2$ e $NC = 0$, mudar-se-ia a posição relativa dos países num *ranking* de prudência-leniência.

Outra questão importante a ser destacada é que o estudo considera que cada recomendação do FATF/GAFI tem o mesmo impacto na PLD/CFT, o que não necessariamente é verdade. Além disso, muitas das recomendações somente serão efetivas quando combinadas com outras; em outras palavras, caso uma jurisdição tenha conceito C numa recomendação e conceito NC numa recomendação altamente correlacionada com a primeira, a efetividade de ambas estaria comprometida.

Ainda vale comentar que as avaliações foram efetuadas por equipes diferentes, em momentos diferentes, e, portanto, os conceitos carregam algum nível de subjetividade que não pode ser eliminado com a tentativa de objetivização do método empregado pelo FMI e que está sendo utilizado neste artigo.

Possíveis resultados e suas interpretações:

- a) Gasto aumenta → precaução aumenta → comunicações aumentam = gasto eficiente. Isso deve ocorrer no estágio inicial do processo, quando a estrutural legal e institucional ainda está em processo de aprimoramento.
- b) Gasto aumenta → precaução aumenta → comunicações diminuem = possível índice de alto nível de precaução. Isso pode ocorrer quando a jurisdição já atingiu o patamar de dissuasão da lavagem de dinheiro.
- c) Gasto aumenta → precaução diminui → comunicações aumentam = avaliação de possíveis falhas na aderência às recomendações. Essa seria uma situação decorrente do fato de que as recomendações mesmo se

totalmente aplicadas não teriam o mesmo impacto ou efetividade sobre a dissuasão.

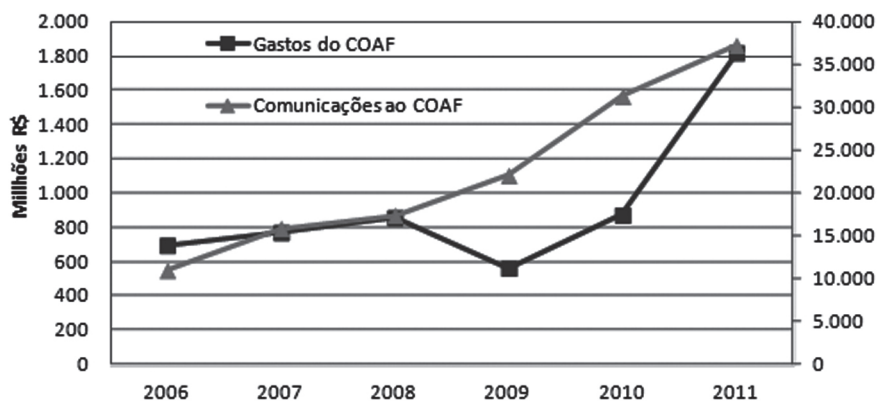
- d) Gasto aumenta → precaução diminui → comunicações diminuem = gasto ineficiente. Nesse caso, ou se estaria gastando mais do que se deveria, ou se estaria gastando em atividades sem efetividade. Outra possibilidade seria que, por algum motivo, os lavadores de dinheiro tivessem migrado para outras jurisdições ou teria havido uma redução na necessidade de lavar dinheiro.
- e) Gasto diminui → precaução aumenta → comunicações aumentam = possível índice de alto nível de precaução. Poderia ser o caso em que as estruturas legais e institucionais estariam num nível de maturidade que não demandasse gastos adicionais.
- f) Gasto diminui → precaução aumenta → comunicações diminuem = possível índice de alto nível de precaução. Semelhante ao caso acima, porém com uma estrutura já madura e capaz de dissuadir a lavagem de dinheiro.
- g) Gasto diminui → precaução diminui → comunicações aumentam = avaliação de possíveis falhas na aderência a recomendações específicas. Talvez haja a percepção por parte dos criminosos de que a precaução é elevada, mesmo que não seja.
- h) Gasto diminui → precaução diminui → comunicações diminuem = gasto ineficiente. Nesse caso, os gastos são ineficientes e a leniência é elevada, ou estaria ocorrendo algo parecido com o descrito na situação *d*.

Os resultados intermediários podem ocorrer devido ao fato, já mencionado, de que uma jurisdição pode estar completamente aderente em muitas recomendações com baixo impacto na efetividade do combate/prevenção. Ou, alternativamente, estar completamente aderente em poucas, mas efetivas recomendações. Isso ocorre porque os conceitos consideram igualmente todas as recomendações, ou o *modus operandi* dos lavadores de dinheiro em determinada jurisdição é mais sensível a recomendações nas quais há plena aderência. Tenha-se em mente que a lavagem de dinheiro pode ocorrer de diversas formas, extensão, complexidade e intensidade. Portanto, esses resultados indicariam a necessidade avaliação mais detalhada.

O gráfico 1 mostra o caso brasileiro. Nele, pode-se observar que a quantidade de comunicações aumentou continuamente apesar de os gastos terem se mantido

praticamente estáveis nas primeiras observações, inclusive apresentando redução em 2009. O ano de 2011 mostra acentuada elevação dos gastos do Coaf. Levando-se em conta alguma defasagem de tempo entre os gastos e seu impacto nas comunicações, é de se esperar que estas aumentem nas próximas observações que forem sendo disponibilizadas. Caso contrário, dever-se-á considerar as outras situações possíveis.

Gráfico 1 – Relação entre gastos com prevenção e comunicações



Fontes: FATF/GAFI e Coaf

Obs.: Os valores dos gastos foram atualizados pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo.

Quanto ao nível de precaução-leniência, baseando-se na última avaliação mútua à qual o Brasil foi submetido, o país obteve um conceito geral intermediário. Convertendo em números, o Brasil obteve, das 49 recomendações, 3 conceitos totalmente aderente, 21 altamente aderente, 16 parcialmente aderente, 7 não aderente e 2 recomendações não aplicáveis. Aplicando a ponderação sugerida no relatório do FMI (2011), a média foi de 1,42 de um grau máximo de três. Transformando essa nota em um índice que varia entre 0 e 1, no qual 0 representa total leniência e 1 máxima prudência, o índice do Brasil seria 0,471. Esse resultado demonstra que os órgãos públicos brasileiros envolvidos têm muito por fazer, tendo em vista a comparação com a Colômbia, por exemplo, que obteve um índice de 0,733.

Utilizando-se o critério do FMI, o Brasil situou-se na 60ª posição do *ranking*, com o *score* de 24,33 de um máximo possível de 49, empatado com outros quatro países (três economias avançadas e uma em desenvolvimento). Dos 59 países à sua frente, 32 são economias avançadas e 27 em desenvolvimento. Por outro lado, outros 96 países obtiveram *score* abaixo do brasileiro, entre eles doze são economias avançadas e 84 em desenvolvimento.

Neste artigo, não foi apresentado um modelo completo devido às dificuldades de se obterem dados estatísticos para as variáveis que poderiam responder de forma mais efetiva à questão proposta. O modelo ampliado incluiria como variável gastos todos os dispêndios efetuados no combate e prevenção à lavagem de dinheiro. Nessa variável estariam incluído os gastos de todos os órgãos que direta ou indiretamente têm entre suas atribuições atividades ligadas à PLD/CFT. No Brasil, os principais órgãos seriam o Coaf, o Banco Central (Bacen), a Controladoria-Geral da União (CGU), a Secretaria da Receita Federal, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a Superintendência de Seguros Privados (Susepe), o Departamento de Polícia Federal, o Serviço de Proteção ao Crédito (SPC), as justiças Federal e estaduais, entre outros. As outras variáveis deveriam incluir, quando possível, boas estimativas da probabilidade de ocorrer a lavagem de dinheiro que implicaria boas estimativas de quanto dinheiro é efetivamente lavado na economia brasileira.

Algumas considerações sobre as virtudes e limitações do modelo simplificado apresentado são necessárias. As principais virtudes são primeiramente a sua fácil compreensão, seguida da facilidade de aplicação e sua utilidade para traçar diretrizes de políticas públicas, pois possibilitam avaliar as políticas adotadas e indica a direção que deve ser tomada para o seu aprimoramento.

Entre as limitações estão a não inclusão de todas as variáveis e sua incapacidade de estimação. O problema reside na indisponibilidade de dados estatísticos suficientes para uma formalização mais sofisticada do modelo. Algumas variáveis não são medidas e não há *proxies* razoáveis para substituí-las, enquanto as variáveis que estão sendo medidas ainda são incipientes, dado que a legislação ainda é muito recente (1998). O modelo ideal incluiria mais variáveis, principalmente aquelas ligadas ao custo de prevenção e combate e estimativas confiáveis de quanto dinheiro é lavado na economia brasileira.

5 Considerações finais

Sinteticamente, a primeira ideia a fixar é a importância da prevenção à lavagem de dinheiro no auxílio ao combate à criminalidade e à economia subterrânea. Como decorrência disso, há a necessidade de se estabelecer um aparato legal, infralegal e institucional que sustente a legislação, a fiscalização e a punição, bem como de se atentar para a importância de que haja ações coordenadas entre os diversos órgãos nacionais, tais como Bacen, CGU, Ministério Público, Receita Federal do Brasil, Polícia Federal, Tribunal de Contas da União, CVM, superintendências de Previdência Complementar e de Previdência Privada, Poder Judiciário, Tribunal Superior Eleitoral, órgãos estaduais e municipais e Coaf. Se o grande problema para a tomada de decisões é a insuficiência ou inexistência de estatísticas para embasá-las, então cabe ao regulador e ao fiscalizador obrigar os agentes a produzirem as informações quantitativas e/ou qualitativas necessárias para solucionar o problema de assimetria de informação.

Um segundo grupo de conceitos fundamentais abrange a implementação de controles internos, tanto no setor privado como no público, como forma de identificar e rastrear as operações atípicas e suspeitas em geral. Não se pode negligenciar o aumento dos custos concernentes à implementação da estrutura de controles internos, treinamento e ações exigidas na prevenção e combate à lavagem de dinheiro, tanto para o principal (Estado) quanto para os agentes (instituições autorizadas). Melhores controles possibilitariam detectar mais casos e puni-los de forma a aumentar a percepção dos criminosos da probabilidade de ser pegos e punidos, elevando conseqüentemente a dissuasão do ato criminoso. Em algum momento, seria pertinente avaliar se a aderência completa às recomendações resultaria em máxima eficácia e conseqüente dissuasão da prática da lavagem de dinheiro e redução do crime que origina tais recursos.

Finalmente, destaca-se a necessidade da coleta de dados estatísticos padronizados entre as instituições envolvidas, a fim de se constituírem séries temporais e de *cross section* que possibilitem a construção e a utilização de modelos econométricos que alimentem e possibilitem aperfeiçoar o esboço de modelo proposto neste artigo, com o intuito de guiar a formulação de políticas públicas e até mesmo ajustar os diplomas legais para o combate à criminalidade em geral e à lavagem de dinheiro em específico, levando-se em conta seus custos

e benefícios à sociedade. A própria falta de estatísticas para mensuração do problema pode ser considerada um indício de leniência. A legislação brasileira sobre lavagem de dinheiro data de 1998, e mais de uma década depois ainda não se iniciou a formação de séries estatísticas consistentes.

Afinal, há ou não leniência por parte dos órgãos estatais incumbidos da regulação/supervisão? O Estado está ou não está sendo prudente no combate à lavagem de dinheiro? Sem a produção das informações adequadas e suficientes, não se pode responder nem afirmativa nem negativamente. Todavia, os dados apresentados neste trabalho mostram que algo mais tem de ser feito nesse sentido. Em suma, as políticas nessa área e sua execução devem ser melhoradas.

Referências

AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, 1970.

ARROW, K. The Economics of Agency. In: PRATT, J. W.; ZECKHAUSER, R. (Eds.). **Principals and Agents: The Structure of Business**. Cambridge, Harvard University Press.

BARTLETT, B. The Negative Effects of Money Laundering on Economic Development. The Asian Development Bank. Disponível em: <<http://www.apgml.org>>. Acesso em: mai. 2002.

BECKER, G. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**. v. 76, 1968, p. 175-209.

BRADA, J. *et al.* **Illicit Money Flows as Motives for FDI**. Forum for Research on Empirical International Trade. December, 2009. Disponível em: <<http://www.freit.org/WorkingPaper>>. (Working Paper n. 130). Acesso em: mai. 2012.

BRENNER, G. **Entendendo o Comportamento Criminoso**. Porto Alegre: AGE Editora, 2009.

- BURDETT, K.; Lagos, R.; Wright, R. **Crime, Inequality and Unemployment**. London School of Economics, university of Essex, and University of Pennsylvania, 1999. (mimeo).
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- FATF-GAFI. **40+9 Recommendations**. 2009. Disponível em: <<http://fatf-gafi.org>>. Acesso em: mai. de 2012.
- _____. **Mutual Evaluation Report: Federative Republic of Brazil**. 25 June 2010. Disponível em: <<http://fatf-gafi.org>>. Acesso em: mai. 2012.
- FERWERDA, J. **Does Anti-Money Laundering Policy Reduce Crime?** Utrecht School of Economics. Discussion Paper Series 08-35, November 2008.
- FMI. **Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (AML/CFT) – Report on the review of the effectiveness of the program**. May 2011. (Working Paper).
- JORDÃO, Rogério P. **Crime quase Perfeito: corrupção e lavagem de dinheiro no Brasil**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2000.
- MASCIANDARO, D.; BARONE, R. **Worldwide Anti-Money Laundering Regulation: Estimating Costs and Benefits**. Paolo Baffi Centre. May 2008. (Research Paper Series n. 2008-12).
- NORTH, D. C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge University Press. 1990.
- PEREIRA, Caio Mário da. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- VERDUGO, C. **Compliance with the AML/CFT International Standard: Lessons from a Cross-Country Analysis**. International Monetary Fund. July 2011. (Working Paper 11/177).

Incidente de Recursos Repetitivos sobre Direito do Consumidor no Âmbito do Superior Tribunal de Justiça

Fernanda Tatari Frazão de Vasconcelos Bressane*

1 Introdução. 2 A garantia constitucional da razoável duração do processo. 3 Da evolução da lei processual com vistas a atenuar a inflação recursal: 3.1 Do abuso do direito de recorrer. 4 Do dano marginal. 5 Do procedimento para julgamento dos recursos repetitivos: 5.1 Justificativa. 6. Dos recursos representativos julgados relativos às relações de consumo: 6.1 Da validade da comissão de permanência nos contratos bancários; 6.2 Da não incidência do prazo decadencial do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor nas ações de prestação de contas, visando esclarecer a cobrança de tarifas em contrato bancário, reputadas como indevidas pelo consumidor; 6.3 Responsabilidade civil de fornecedores de serviços ou produtos por inclusão indevida do nome de consumidores em cadastros de proteção ao crédito em decorrência de fraude praticada por terceiros; 6.4 Juros remuneratórios e contrato de mútuo bancário; 6.5 Desistência e restituição das parcelas pagas de consórcio; 6.6 Cadastro de proteção ao crédito e comprovante de notificação; 6.7 Detalhamento gratuito das chamadas de telefone fixo; 6.8 Ilegalidade da tarifa mínima, multiplicada pelo número de economias, em hidrômetro único. 7 Do incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do Código de Processo Civil. 8 Conclusão.

* Defensora Pública do Estado de São Paulo e mestranda em Direitos Difusos e Coletivos na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. E-mail: fernandatfv@uol.com.br.

Resumo

Dado os desafios enfrentados atualmente pelo Poder Judiciário, decorrentes da multiplicidade de recursos em trâmite, tanto nos colegiados de segundo grau quanto nos tribunais superiores, o presente trabalho objetiva identificar os fatores que ensejaram o congestionamento dos órgãos julgadores, que não conseguem dar cabo dos processos pendentes de forma célere e eficiente, em prejuízo visível ao jurisdicionado, bem como avaliar a aplicação prática da inovação legislativa no ordenamento processual, com a inserção recente do art. 543C no Código de Processo Civil, que prevê o incidente para julgamento de recursos que versam sobre matérias repetitivas, ou sobre as quais já exista jurisprudência dominante. Pretende-se, também, sopesar os prejuízos causados pela suspensão dos recursos especiais que disponham sobre o mesmo assunto da controvérsia representativa. Ao final, com o escopo de restringir a matéria para análise dos julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, com a adoção do novo procedimento, focou-se primordialmente no que tange às questões relativas a relações de consumo.

Palavras-chave: Demandas repetitivas. Recurso especial. Direito do Consumidor. Dano marginal.

Incidence of Repetitive Appeals about Consumer's Affairs in the Superior Court of Justice

Abstract

Due to the challenges currently faced by the Judiciary, deriving from the multiplicity of appeals waiting to be processed, both in the States Courts of Justice as in the Superior Courts, this paper aims to identify the factors that gave cause to this congestion, as well as point the reasons why the jurisdiction's authorities can not

give appropriate answers swiftly and efficiently to the pending cases, significantly jeopardizing their jurisdiction. Still, this work tries to evaluate the practical application of an innovation in legislative procedural law, with the recent inclusion of Article 543C in the Code of Civil Procedure, which provides the incident to trial appeals that deal with repetitive matters, or on which there is already dominant precedent. It is intended to also balance the loss caused by the suspension of the special appeals that are provided on the same subject of the representative's controversy. Finally, in order to limit the subject of analysis, about the results already given by the Superior Court with the adoption of the new procedure, it is focused primarily in appeals regarding consumerism issues.

Keywords: Repetitive demands. Special resource. Consumer law. Marginal damage.

1 Introdução

O presente artigo aborda o procedimento para julgamento de recursos repetitivos sob a ótica do Direito Constitucional, especialmente no que concerne à garantia de razoável duração do processo.

Pretendeu-se diagnosticar as causas e reflexos da morosidade dos julgamentos, dando especial realce ao abuso do direito de recorrer e ao dano marginal, promovendo-se breve cronologia das recentes alterações processuais efetuadas para minimizar as perdas experimentadas pelos jurisdicionados, bem como avaliação das estatísticas provenientes dos tribunais superiores.

Foram relatados, com breves comentários, os principais julgados do Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos repetitivos, na seara de Direito do Consumidor.

Finalmente, destacaram-se as novidades existentes no anteprojeto do Código de Processo Civil, atualmente em trâmite no Senado Federal, no ponto que concernem ao julgamento de demandas repetitivas.

2 A garantia constitucional da razoável duração do processo

A Constituição Federal preconiza, no art. 5º, XXXV, a inafastabilidade do controle jurisdicional, cabendo ao Estado assegurar o exercício do direito de ação pelos cidadãos. O mero acesso ao Judiciário, todavia, não basta para cumprir o comando constitucional, sendo indispensável que a prestação jurisdicional seja efetiva, em observância aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, sem descuidar da celeridade, a fim de evitar o perecimento do direito.

A obra de Marcos Destefenni (2002, p. 34) bem delinea essa função estatal e suas características inerentes:

Nestes termos, o cidadão não é dotado apenas de um direito de acesso ao Judiciário. É dotado do poder de exigir a prestação jurisdicional. E mais do que isso, do poder de exigir e cobrar eficiência do órgão jurisdicional competente. Por isso, a função jurisdicional, além de um poder, é um dever do Estado, ao qual corresponde o direito público subjetivo do cidadão de exigir que essa atividade seja efetiva, tempestiva e adequada.

A discussão acerca dos riscos decorrentes da demora dos desfechos dos processos judiciais não é novidade na realidade processual, constituindo uma dificuldade vivida não só no Brasil, pelo que a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, datada de 22 de novembro de 1969, preceitua em seu artigo 25, 1:

toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízos ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

A par do entendimento de que a celeridade processual seria desdobramento do devido processo legal, sobreveio a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que explicitou como garantia fundamental a razoável duração do processo, nas searas administrativa e judicial, por meio da inserção do inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal.

Considerando-se que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, por força do § 1º do art. 5º do texto constitucional, verifica-se que o novo ditame é instantaneamente exigível.

Gilmar Ferreira Mendes (2002, p. 545-546) define a garantia constitucional e seus reflexos:

A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais. [...]

O reconhecimento de um direito subjetivo a um processo célere – ou com duração razoável – impõe ao Poder Público em geral e ao Poder Judiciário, em particular, a adoção de medidas destinadas a realizar esse objetivo. Nesse cenário, abre-se um campo institucional destinado ao planejamento, controle e fiscalização de políticas públicas de prestação jurisdicional que dizem respeito à própria legitimidade de intervenções estatais que importem, ao menos potencialmente, lesão ou ameaça a direitos fundamentais.

A chamada reforma do Judiciário passou a prever, ainda, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, atendida uma série de formalidades, emanar súmulas com efeito vinculante para determinar a interpretação constitucional sobre controvérsias geradoras de graves inseguranças jurídicas, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal.

Nesse espírito, objetivando a desburocratização da atividade jurisdicional, foram inseridos continuamente dispositivos ao Código de Processo Civil, para conferir maior rapidez e efetividade aos processos judiciais e dar cumprimento à garantia constitucional citada.

3 Da evolução da lei processual com vistas a atenuar a inflação recursal

A preocupação com a proliferação cada vez maior de recursos é anterior à reforma do Judiciário. A figura do prequestionamento como exigência para a

admissibilidade do recurso especial reflete essa postura, culminando na Súmula nº 211 do Superior Tribunal de Justiça.

Luiz Fux (*in FERES; CARVALHO, 2006, p. 223-229*) assinala como forma de minimizar a sobrecarga dos tribunais a inovação havida pela alteração do art. 557 do Código de Processo Civil, com a redação inserida pela Lei federal nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, permitindo ao Relator julgar por decisão monocrática recursos cuja matéria já tenha sido objeto de reiteradas decisões, ou da qual já haja súmula a respeito.

A repressão ao “abuso do direito de recorrer” decorre do poder de que é dotado o relator, e *a fortiori* o colegiado, para negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário ao entendimento predominante dos tribunais, máxime se consubstanciado em súmulas.

Sob essa ótica, por via oblíqua o legislador propicia uma rápida solução judicial, obstando que uma parte fique à mercê da outra, privilegiando o princípio isonômico-processual e a conduta *coram iudicem* no atuar jurisdicionalmente.

A fusão desses dois novos instrumentos viabilizou algo que outrora se observava com mais frequência na instância *a quo*, qual seja, a concessão de liminares pelo *ad quem*. Deveras, com o mesmo escopo de efetividade a recente reforma, no art. 558 do CPC, passou a admitir a concessão de suspensividade *ope iudicis* a recursos dotados de dupla eficácia toda vez que se vislumbre “risco de dano irreparável”.

Sob esse ângulo, num primeiro momento a praxe revelou a aplicação literal do novo dispositivo, por isso que os órgãos fracionários dos tribunais limitaram-se a “sustar” decisões “passíveis de revisão”. Posteriormente, através do papel criativo da jurisprudência consagrou-se o efeito ativo “dos provimentos de segundo grau diante da irrisignação quanto aos atos omissivos da primeira instância”.

Hodiernamente, nossos tribunais praticam os novéis institutos com largueza, ora sustentando efeitos das decisões recorríveis, ora concedendo efeito ativo aos recursos.

As leis federais nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, e nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, ao alterarem a forma de julgamento dos recursos, primeiramente permitindo o conhecimento ou a negativa de seguimento por decisão monocrática do Relator, quando já existente entendimento

jurisprudencial consolidado a respeito do tema, e, em um segundo momento, ao restringir as hipóteses de interposição do agravo por instrumento, viabilizando a apresentação de agravo de forma oral na audiência, por meio da consignação no termo, de forma a priorizar ao máximo a maneira retida, evitando interrupções à marcha processual na primeira instância, são exemplos categóricos da intenção do legislador de reduzir a interposição desenfreada de recursos.

Por seu turno, a Lei federal nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, estabelece a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento, em vez de ajuizamento de nova demanda executória, inaugurando, assim, o chamado processo sincrético, em que as fases de conhecimento e execução são resolvidas nos mesmos autos.

A Lei federal nº 11.672, de 8 de maio de 2008, integra a Terceira Fase da Reforma Processual Civil, direcionada a viabilizar a celeridade processual.

O anteprojeto do Código de Processo Civil que tramita no Senado Federal altera de forma substancial a sistemática recursal, determinando em apertada síntese: *i*) o efeito devolutivo como regra, conferindo-se o efeito suspensivo apenas na hipótese de verificação de alta probabilidade de futuro provimento (art. 908, §1º); *ii*) a supressão dos recursos de embargos infringentes, hoje admissíveis para os casos de julgamentos por maioria proferidos por órgão colegiado, de agravo retido, prevendo-se, contudo, a inocorrência da preclusão quanto às decisões interlocutórias (art. 929, parágrafo único); *iii*) a permissão da sustentação oral em sede de agravo de instrumento; *iv*) a não previsão do recebimento de recurso especial na forma retida; *v*) certa fungibilidade entre os recursos especial e extraordinário, cabendo ao Supremo Tribunal Federal a remessa do expediente ao Superior Tribunal de Justiça quando constatar tratar-se de questão legal federal – a mesma regra se aplica de maneira inversa em caso de verificação de existência de matéria constitucional.

3.1 Do abuso do direito de recorrer

O direito de recorrer não é absoluto e comporta algumas limitações, tanto pela norma legal processual, que delimita as hipóteses de cabimento de recurso, quanto pela ética e lealdade que devem reger todas as relações processuais.

Destaque-se que uma das hipóteses em que a lei autoriza a concessão de tutela antecipada é a do art. 273, II, do Código de Processo Civil, ou seja, quando “ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.”

O Supremo Tribunal Federal vem emanando sucessivas decisões justamente reconhecendo o abuso no manejo recursal como conduta antijurídica, passível de imposição de multa. Confira-se:

EMENTA: QUARTO RECURSO DE AGRAVO – RECURSO MANIFESTAMENTE INFUNDADO – ABUSO DO DIREITO DE RECORRER – IMPOSIÇÃO DE MULTA À PARTE RECORRENTE (CPC, ART. 557, § 2º) – DEVOLUÇÃO IMEDIATA DOS AUTOS, INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO DO RESPECTIVO ACÓRDÃO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – A possibilidade de imposição de multa, quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, encontra fundamento em razões de caráter ético-jurídico, pois, além de privilegiar o postulado da lealdade processual, busca imprimir maior celeridade ao processo de administração da justiça, atribuindo-lhe um coeficiente de maior racionalidade, em ordem a conferir efetividade à resposta jurisdicional do Estado. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC, possui inquestionável função inibitória, eis que visa a impedir, nas hipóteses referidas nesse preceito legal, o exercício irresponsável do direito de recorrer, neutralizando, dessa maneira, a atuação processual do *improbus litigator*. – O ordenamento jurídico brasileiro repele práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. O processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa é uma ideia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé – trate-se de parte pública ou de parte privada – deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo. – A norma inscrita no art. 557, § 2º, do CPC, na redação dada pela Lei nº 9.756/98, especialmente quando analisada na perspectiva dos recursos manifestados perante o Supremo Tribunal Federal, não importa em frustração do direito de acesso ao Poder Judiciário, mesmo porque tem por única finalidade coibir os excessos, os abusos e os desvios de caráter ético-jurídico nos quais incidiu o *improbus litigator*. Precedentes.

(AI 801247 AgR-AgR-AgR-AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/10/2011, DJe-209 DIVULG 28-10-2011 PUBLIC 03-11-2011 EMENT VOL-02618-01 PP-00158. <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+801247%2ENUME%2E%29+OU+%28AI%2EACMS%2E+ADJ2+801247%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em 27/11/11.)

De fato, a norma contida nos incisos do art. 14 da Lei federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, pontua como deveres das partes a lealdade processual, a boa-fé, a necessidade de expor os fatos conforme a verdade e não produzir ou praticar atos inúteis, cumprir as ordens judiciais, definitivas ou não, entre outros.

Ao final, o parágrafo único do referido comando estabelece a possibilidade de imposição de multa acaso os deveres previstos no inciso V forem descumpridos.

Adiante, o art. 17 do Código de Processo Civil reputa como litigante de má-fé a parte que obstaculiza desmotivadamente o regular andamento do feito, ou mesmo apresenta recurso com caráter manifestamente protelatório.

Ao comentarem o artigo sobredito, Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior (2010, p. 227-228) estabelecem a definição de recurso infundado:

O direito de recorrer é constitucionalmente garantido (CF 5º LV). No entanto, o abuso desse direito não pode ser tolerado pelo sistema. Esta é a razão pela qual é correta e constitucional a previsão do CPC 17 VII. Entendíamos que a interposição de recurso manifestamente infundado já se encontrava prevista no CPC 17 VI, conforme comentário a este dispositivo, acima. O recurso é manifestamente infundado quando o recorrente tiver a intenção deliberada de retardar o trânsito em julgado da decisão, por espírito procrastinatório. É também manifestamente infundado quando destituído de fundamentação razoável ou apresentado sem as imprescindíveis razões do inconformismo. O recurso é, ainda, manifestamente infundado quando interposto sob fundamento contrário a texto expresso de lei ou a princípio sedimentado pela doutrina e jurisprudência.

No ponto, insta salientar o conteúdo de trecho do voto emanado em julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que reconhece a

existência de dano marginal na litigância de má-fé e lhe impõe sanção de forma irrefragável. Confira-se a transcrição abaixo:

Registre-se que é direito fundamental da autora, de acordo com o artigo 5º, LXXVIII, CF/88, confirmado pelo Pacto de São José da Costa Rica (artigo 8º), do qual o Brasil é signatário, “a razoável duração do processo”, o que não alcançou por culpa do réu, que procrastinou o feito (a ação foi proposta e sentenciada em 2005), com o único objetivo de retardar o pagamento, já que ele mesmo admite o dever de pagar.

O processo deve servir como instrumento para incentivar cumprimento espontâneo das obrigações e não o contrário, atitude tomada explicitamente pelo réu. Pois é certo que o simples aguardar do provimento jurisdicional, causou à autora o chamado, pela doutrina, de “dano marginal”.

E que não se culpe, no caso fluente, o Poder Judiciário do Estado de São Paulo: o processo aguardava o seu julgamento na fila respectiva e na ordem própria. Como afirmava Carnelutti “o tempo é o inimigo contra o qual o juiz luta sem descanso.”

Ainda, conforme Marinoni, “a defesa é direito nos limites em que é exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor.”

Nesse sentido também já se manifestou Dinamarco: “Há demoras razoáveis, ditadas pelo caráter formal inerente ao processo (não formalista) e há demoras acrescidas pelo comportamento desleal do demandado. As condutas aqui conducentes à antecipação, consideram-se litigância de má-fé.”

A defesa exercida com o palpável intuito de retardar o direito da autora deve ser coibida pelo Poder Judiciário, em face do comando do art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal.

Assim, o réu é condenado ao pagamento de multa por litigância de má-fé arbitrada em um por cento do valor causa (art. 18 do CPC) e a indenizar a autora pelos danos marginais sofridos pela demora injustificada do processo, arbitrada essa indenização em dez por cento do valor da causa (§ 2º do art. 18 do CPC).

Diante do exposto, nego provimento ao apelo e condeno o réu ao pagamento das penas por litigância de má-fé, segundo o acima estabelecido.

(TJSP, Apelação Cível nº 0094692-21.2005.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Antônio Vilenilson, j. 12/7/2011, v.u., publicado em 13/7/2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=C7E7D8824975226B5F01A68A2910D3E1>>. Acesso em: 9 jan. 2013.)

O art. 83, VII, do Projeto de Código de Processo Civil, atualmente em análise pelo Senado Federal, repete a redação do art. 17, VII, mantendo a hipótese de litigância de má-fé, elevando textualmente no art. 84, contudo, o patamar mínimo da multa para 2% do valor da causa, ressaltando a possibilidade de arbitramento de multa até dez salários mínimos quando o valor da causa for irrisório.

Reforçando a afirmativa de que o direito de recorrer não é absoluto, o Supremo Tribunal Federal já proferiu decisões contínuas no sentido de que o duplo grau de jurisdição não constitui garantia constitucional.¹

Destaca-se que uma das hipóteses em que a lei autoriza a concessão de tutela antecipada é a do art. 273, II, do Código de Processo Civil, ou seja, quando “ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.”

4 Do dano marginal

O jurista italiano Ugo Rocco (1966, p. 46) define o dano da seguinte forma:

a) che il danno consiste nella sottrazione o diminuzione di un bene, ovvero nella abolizione o restrizione di un interesse, b) che tale perdita o privazione o sacrificio consiste nella modificazione del mondo esterno e può essere prodotta tanto da un fatto naturale, o di un essere non umano (animale), quanto dal fatto d'uomo; c) che quando debba attribuirsi a fatto dell'uomo può consistere tanto nella volontaria produzione (azione positiva), quanto nel volontario non impedimento (azione negativa, omissão) di un risultato, che si concreta in una modificazione del mondo esterno; d) che, Nei diversi casi, Il risultato appare come effetto dannoso di una causa, derivante da un evento naturale, o da un fatto non umano, ovvero da un fatto volontario (azione od omissão), che producono la perdita o la diminuzione di un bene o il sacrificio o la restrizione di un interesse.²

1 AI 513044 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 22/2/2005, DJ 8-4-2005 PP-00031 EMENTA VOL-02186-08 PP-01496 <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP= AC&docID =363730>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

2 Em tradução livre, “a) o dano consiste na subtração ou diminuição de um bem, ou na abolição ou restrição de um interesse; b) a perda, privação ou sacrifício é a modificação do mundo exterior e pode ser produzido tanto por uma pessoa singular ou um ser não humano (animal) e pelo ato de um homem, c) a atribuição do dano a um fato humano pode existir quer na produção voluntária (ação positiva), como involuntária (ação negativa, omissão) de um resultado, que assume a forma de uma modificação do mundo exterior; d) em muitos casos, o resultado que aparece como efeito prejudicial é normalmente

A morosidade para conferir ao jurisdicionado julgamento definitivo configura modalidade de dano denominado pela doutrina como dano marginal. O conceito de dano marginal pode ser extraído da lição do autor italiano Italo Andolina (1983, p. 20), como:

*Questo peculiare tipo di danno può essere indicato come “danno marginale in senso stretto”, oppure come danno marginale di induzione processuale, appunto in quanto esso è specificamente causato, e non soltanto genericamente occasionato dalla distensione temporale del processo.*³

Luiz Guilherme Marinoni (1999, p. 182-183) destaca as mazelas do Poder Judiciário brasileiro, ao descrever o dano marginal:

O processo, como já foi dito, ainda que atribua ao autor o bem da vida perseguido, acarreta-lhe sempre um dano marginal, provocado, principalmente, pela indisponibilidade do bem ou do capital durante o curso do processo, ou durante o tempo em que o bem não esteve disponível para o autor por estar nas mãos do réu.

O dano que é imposto àquele que reivindica o bem e o benefício que é gerado à parte que o mantém indevidamente em seu patrimônio são proporcionais à demora da justiça. É exatamente por isso que o atual processo civil brasileiro é um ótimo negócio, ou um excelente investimento econômico, para o réu que não tem razão.

Logo, a inserção pelo legislador do art. 543-C no Código de Processo Civil, com inspiração na doutrina alemã, busca justamente evitar ao máximo a verificação de dano marginal, promovendo não só o julgamento conjunto de recursos sobre matérias idênticas, como também a uniformização de forma definitiva do entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria.

esperado de uma ação resultante de um evento natural, ou um fato não humano, ou pela ausência de um (ação ou ou omissão) voluntário, que produzem a perda ou redução de um ativo ou o sacrifício, ou a restrição de um interesse.”

3 Em tradução livre, “Esse tipo peculiar de dano pode ser referido como “dano marginal” em sentido estrito, ou como dano marginal de indução processual do caso, precisamente porque é especificamente causado, não só ocasionado por um tempo de distensão geral do processo.”

5 Do procedimento para julgamento dos recursos repetitivos

A Lei federal nº 11.672, de 2008, criou novo incidente dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, por meio da inserção no Código de Processo Civil do art. 543-C. Esse dispositivo foi regulamentado por meio da Resolução nº 8, de 7 de agosto de 2008, emanada pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça à altura, Ministro César Asfor Rocha.

No segundo grau, o próprio tribunal de origem, por intermédio de seu Presidente ou Vice-Presidente, ao identificar a interposição de recursos especiais veiculando a mesma questão de direito, poderá valer-se do art. 541 do Código de Processo Civil, para admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, remetendo-os ao Superior Tribunal de Justiça, restando suspensos os demais recursos, no aguardo do desfecho daqueles feitos encaminhados.

O sobrestamento indevido do recurso especial pelo Presidente ou Vice-Presidente do tribunal *a quo* enseja a interposição de agravo de instrumento, com base no art. 544 do Código de Processo Civil, cabendo ao agravante demonstrar que as razões recursais não se subsumem à controvérsia representativa.

O Relator poderá solicitar informações ao tribunal de origem, bem como se faculta sua iniciativa para a instauração direta do incidente, a depender da matéria veiculada na minuta recursal representativa.

No que concerne à coesão das teses relativas à controvérsia representativa, Teresa Arruda Alvim Wambier (2008, p. 308) adverte que

Os recursos devem ser relacionados a um determinado problema jurídico, não se exigindo que tenham sido todos interpostos para que se acolha uma mesma tese. É importante, no entanto, que, havendo recursos em sentido favorável e contrário a uma dada orientação, sejam selecionados recursos que exponham, por inteiro, ambos os pontos de vista.

Após o recebimento, pelo Relator, do recurso especial representativo, poderá haver o encaminhamento para julgamento à Seção ou à Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, a depender se a matéria transcender ou não a competência da Seção da qual o Ministro é integrante, em consonância com o art. 2º da Resolução nº 8, de 2008.

Caso o Ministro Relator, que recebeu o recurso representativo da controvérsia, entenda que estão ausentes os requisitos de admissibilidade extrínsecos ou intrínsecos, sobrevirá o não conhecimento do feito.

Salienta-se que o recurso especial representativo, assim que admitido, passará a ter preferência para julgamento em relação aos demais feitos *sub judice*, à exceção dos *habeas corpus* impetrados e daqueles expedientes que abarquem réu preso.

A afetação do recurso especial como “caso-piloto” acarreta a impossibilidade de homologação pelo órgão julgador do pedido de desistência da parte recorrente.

Os doutrinadores Marco Aurélio Serau Junior e Silas Mendes dos Reis (2009, p. 55), em sua obra publicada que versa especificamente sobre os recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça, alertam quanto ao rito:

Anote-se que não há direito subjetivo da parte à escolha de seu recurso especial como representativo da controvérsia, tampouco recurso cabível contra o ato de escolha do recurso especial como recurso paradigma (MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 572).

A suspensão dos demais recursos especiais que versem sobre a questão de direito tratada no recurso representativo abrange também os recursos interpostos adesivamente aos recursos que fiquem suspensos. De acordo com a regra contida no art. 500 do Código de Processo Civil, ao recurso adesivo se aplicam as mesmas regras previstas para o recurso independentemente interposto, quanto às condições de admissibilidade, preparo e julgamento.

No âmbito do recurso especial, quando existentes recursos repetitivos sobre a mesma matéria, também se vislumbra a possibilidade de intervenção do *amicus curiae*, por inteligência do art. 543-C, § 4º, do Código de Processo Civil (CPC). O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ) é omissivo quanto à recorribilidade da decisão que determina ou denega a participação do terceiro, pelo que se conclui pelo cabimento do agravo interno, enquanto não houver disciplina específica.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu que os processos julgados pela Lei dos Recursos Repetitivos deverão ser reapreciados pelos tribunais de origem, sendo necessária nova fundamentação para aquelas decisões

que contrariem o posicionamento do tribunal superior exarado no acórdão, em atenção ao art. 543-C, § 7º, do Código de Processo Civil.⁴

5.1 Justificativa

A sociedade de massa origina questões que transcendem o cunho individual, passando a ser comuns a uma coletividade. Uma malfadada ação governamental, um dano cujas consequências afetem uma gama de pessoas ou mesmo cláusulas abusivas presentes em um sem número de contratos de consumo, resultam no ajuizamento de demandas idênticas ou muito similares.

Ademais, vivemos um tempo de intensa criação legislativa, fato que não raro ocasiona o ajuizamento de ações judiciais desafiando as novas leis.

Mauro Cappelletti (2008, p. 388-389) pontua a existência de uma “orgia legiferante” ou “poluição legislativa”, ao mencionar o crescimento do número de leis e o “gigantismo jurisdicional”, culminando na crescente atividade judiciária:

Temos feito referência ao fenômeno do “gigantismo jurisdicional”. Este mesmo é consequência direta dos renovados e ampliados deveres “sociais”, recentemente descritos, da função judicial, mas e também, derivação indireta do dilatado “acesso” aos órgãos jurisdicionais pretendidos e, mais ou menos, cumpridamente realizados pelas duas “ondas” do movimento em prol do acesso à justiça. E descritas no parágrafo precedente.

Tal fenômeno, por outra parte, tornou-se particularmente preocupante, não tanto ou não somente por razões numérico-quantitativas – a sobrecarga dos órgãos judiciais que pode até levá-los a uma paralisação – senão também e sobretudo, por razões qualitativas. A carga excessiva de trabalho pode, amiúde, traduzir-se, de fato, num declínio da qualidade dos procedimentos e das decisões judiciais. Ademais, quando a questão levada a juízo concerne não já a relações jurídicas tradicionais inter-individuais, senão a mais vastos problemas sociais – como é o caso de certos pleitos que, frequentemente, envolvem inteiros grupos e categorias, em matéria de trabalho, assistência e previdência social, direitos civis, a tutela dos

⁴ <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.estilo=0&tmp.area=448&tmp.texto=95193> Acesso em: 29 nov. 2011.

consumidores e meio ambiente – então, também, a figura tradicional (por mais ilusória que seja) do juiz como mero, passivo, neutro “técnico do direito” fica completamente alterada. A administração surge, assim, ela mesma, como outro ramo de *government* e uma certa politização do juiz desse modo politizado.

O acúmulo de trabalho existente nos tribunais superiores é desafio dos operadores do Direito. Com vistas a maximizar o resultado em menor tempo, houve a inserção do dispositivo em comento, com o julgamento em bloco dos feitos semelhantes.

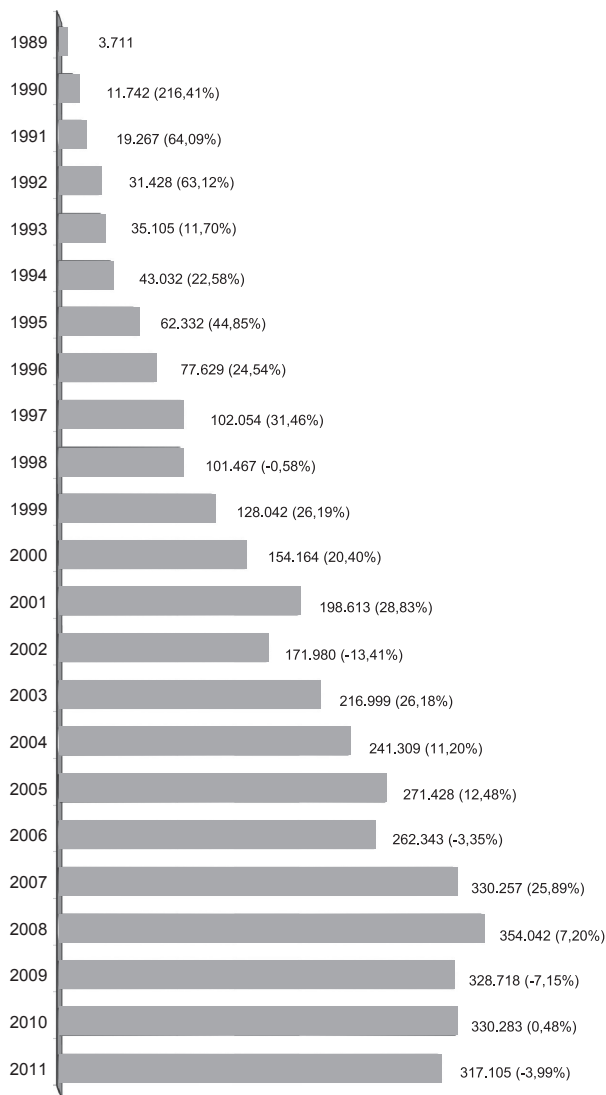
Vejamos no gráfico 1 e na tabela 1, referentes respectivamente ao número de feitos distribuídos e julgados e a evolução anual do número de julgamentos por ano desde 1989, extraídos do **Boletim Estatístico** do exercício de 2011, publicado no portal eletrônico do Superior Tribunal de Justiça,⁵ que o tribunal está visivelmente sobejado de processos em trâmite, em razão numérica muito superior à sua capacidade de trabalho:

Das estatísticas trazidas na tabela, verifica-se que houve em 2009, 2010 e 2011 redução e estabilização da quantidade de julgamentos, realidade que certamente deriva da inovação legal em comento.

A quantidade de feitos julgados é sempre superior aos distribuídos em virtude dos incidentes como agravos internos, embargos de declaração entre outros. Os recursos dirigidos aos tribunais superiores, em regra, não são caracterizados pelo efeito suspensivo, muito embora não exista na prática a cultura de promoção da execução provisória.

5 <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Boletim/sumario.asp>>. Acesso em: 9 jan. 2013.

Gráfico 1 – Estatística de processos julgados na última década, em relação ao ano precedente
 Processos julgados no período de 7/4/1989 a 31/12/2011, com percentual em relação ao ano anterior



Fontes: Nupre; coordenadorias: Corte Especial, seções e turmas; gabinetes de ministros; Sistema Justiça
 Notas: Nos processos julgados, estão incluídos os 423.464 agravos regimentais e os 210.504 embargos de declaração, totalizando 633.968 feitos.
 Processos julgados: 3.793.050.

Tabela 1 – Relação entre processos recebidos pelo Superior Tribunal de Justiça e processos julgados
Dados apurados pelo Núcleo de Procedimentos Especiais da Presidência e demais
órgãos – De 7/4/1989 a 31/12/2011

Ano	1989		1990		1991		1992		1993		1994		1995		1996	
	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.
Janeiro	817		1.325		2.415	90	1.715		2.393	77	2.775	22	4.714	146
Fevereiro	587	764	1.506	1.480	3.635	2.865	2.432	3.201	2.982	3.390	3.849	3.657	5.825	6.696
Março	926	974	1.736	1.549	1.529	2.621	4.037	5.096	4.140	4.851	8.308	5.159	6.234	7.723
Abril	1.256	974	2.426	2.155	2.270	2.035	2.858	2.938	4.668	4.521	4.778	5.826	4.396	6.274
Maio	1.209	1.185	2.549	2.273	3.265	2.668	1.738	3.488	4.021	4.934	7.375	7.442	7.262	7.081
Junho	(1)1515	(1)258	1.045	995	2.057	2.130	4.203	3.835	2.072	2.992	3.415	4.525	5.570	4.786	5.922	7.650
Julho	283	...	1.059	...	1.350	...	2.715	200	3.394	210	3.210	189	6.521	661	5.123	235
Agosto	757	710	1.412	1.598	2.179	2.360	2.478	3.993	3.083	3.868	3.064	5.549	5.796	9.084	7.053	9.717
Setembro	1.246	661	1.497	1.205	1.947	1.892	3.135	3.693	3.191	3.987	3.080	4.162	6.045	6.770	7.464	9.097
Outubro	941	768	1.765	1.555	2.235	1.995	2.867	3.495	2.809	3.263	2.974	3.718	6.282	6.906	8.814	8.045
Novembro	808	713	1.487	1.282	1.993	1.765	3.196	3.622	3.286	3.183	3.446	4.576	6.709	7.044	8.766	8.709
Dezembro	553	601	1.027	1.210	2.065	1.868	2.164	2.311	2.721	2.879	1.277	2.540	4.568	4.975	5.459	6.256
Total	6.103	3.711	14.087	11.742	23.368	19.267	33.872	31.428	33.336	35.105	38.670	43.032	68.576	62.332	77.032	77.629

(Continua)

(Continuação)

Ano	1997		1998		1999		2000		2001		2002		2003		2004	
	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.
Janeiro	3.226	70	5.315	175	4.937	359	9.751	295	11.376	570	7.590	788	9.583	239	6.792	813
Fevereiro	7.602	6.771	5.060	8.856	9.883	11.083	9.528	17.578	13.474	18.495	13.836	16.161	15.038	18.103	14.856	23.060
Março	8.483	7.534	7.758	10.775	10.607	13.035	7.292	12.982	15.745	21.722	13.834	18.055	16.146	15.027	21.519	24.670
Abril	11.177	11.649	6.533	6.501	9.124	10.794	6.066	9.754	11.278	13.483	16.850	18.113	18.400	13.253	14.810	20.032
Maio	11.977	9.686	7.044	9.612	11.336	12.738	12.991	14.357	13.979	20.803	11.931	15.318	21.925	21.300	15.041	22.794
Junho	11.117	13.408	6.435	8.953	13.092	11.252	13.862	15.705	11.290	15.709	10.239	15.599	19.996	21.746	17.627	22.428
Julho	6.313	454	7.808	107	8.772	978	9.933	1.901	6.784	478	10.982	792	20.900	4.438	14.655	1.318
Agosto	6.101	13.196	8.866	10.989	11.164	13.103	14.496	17.007	13.787	17.174	15.725	17.311	29.745	29.239	21.359	31.731
Setembro	7.921	10.413	10.515	11.575	12.441	13.170	15.710	12.792	18.724	17.547	17.837	17.213	28.147	25.016	23.596	26.636
Outubro	7.715	10.707	10.460	11.843	11.384	13.862	21.352	17.411	31.060	28.821	14.529	21.596	22.046	26.712	27.760	27.313
Novembro	8.545	10.252	9.470	12.753	9.555	15.382	18.319	21.320	24.535	29.237	12.378	19.393	15.527	26.245	26.527	25.286
Dezembro	6.199	7.914	7.043	9.328	6.682	12.286	11.438	13.062	12.446	14.574	10.228	11.641	8.987	15.681	10.869	15.228
Total	96.376	102.054	92.107	101.467	118.977	128.042	150.738	154.164	184.478	198.613	155.959	171.980	226.440	216.999	215.411	241.309

(Continua)

(Continuação)

Ano	2005		2006		2007		2008		2009		2010		2011	
	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.	Distrib.	Julg.
Janeiro	13.666	219	17.384	203	29.591	429	38.815	1.703	11.767	189	17.110	279	14.044	266
Fevereiro	14.392	28.917	19.762	30.771	24.247	35.346	31.096	42.068	15.724	35.191	17.657	39.440	22.993	35.263
Março	18.608	26.933	13.751	25.508	30.596	32.317	14.781	33.929	23.218	34.567	21.706	36.508	19.964	27.725
Abril	19.743	26.560	17.049	20.290	25.139	30.479	31.909	35.125	18.500	28.913	22.603	32.883	15.465	25.681
Maio	18.983	26.986	21.440	24.979	32.530	32.452	25.687	38.382	10.481	29.721	18.653	34.243	24.466	30.641
Junho	18.588	29.702	19.537	21.307	24.012	32.966	24.963	36.686	19.597	29.301	18.067	32.347	24.922	31.291
Julho	15.977	194	19.774	320	26.986	2.947	15.936	3.576	19.982	1.983	16.359	575	20.019	2.104
Agosto	18.835	37.932	26.874	39.646	25.824	49.058	19.398	44.612	32.877	42.177	23.526	47.235	32.866	41.521
Setembro	19.277	29.288	23.879	28.887	22.325	30.649	14.916	34.482	38.057	34.234	19.010	30.841	32.211	34.613
Outubro	19.127	25.412	35.205	28.224	26.632	33.141	13.128	31.967	45.767	36.070	18.528	29.696	34.005	33.105
Novembro	22.613	23.760	19.820	27.239	22.029	28.867	22.028	30.990	41.515	34.418	20.189	28.614	30.330	34.733
Dezembro	11.319	15.525	16.745	14.969	23.453	21.606	18.864	20.522	14.618	21.954	17.573	17.622	19.616	20.162
Total	211.128	271.428	251.020	262.343	313.364	330.257	271.521	354.042	292.103	328.718	228.981	330.283	290.901	317.105

Fontes: Secretaria Judiciária; Nupre; Coordenadorias; Corte Especial, seções e turmas; gabinetes de ministros; Sistema Justiça.

Notas: Total de distribuídos no período: 3.394.548. Total de julgados no período: 3.793.050. No total de julgados estão incluídos os agravos regimentais e os embargos de declaração, em número de 633.968.

Sinais convencionais utilizados:

... Não de aplica dado numérico.

... Dado numérico não disponível.

(1) Processos referentes ao período de abril a junho/89.

6 Dos recursos representativos julgados relativos às relações de consumo

6.1 Da validade da comissão de permanência nos contratos bancários

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, por maioria, julgou a validade de cláusula de comissão de permanência nos contratos bancários, assentando a tese nos princípios da boa-fé objetiva e da preservação dos contratos, vencida a Ministra Relatora Nancy Andrighi, conforme se conclui da ementa colacionada:

DIREITO COMERCIAL E BANCÁRIO. CONTRATOS BANCÁRIOS SUJEITOS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. VALIDADE DA CLÁUSULA. VERBAS INTEGRANTES. DECOTE DOS EXCESSOS. PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS. ARTIGOS 139 E 140 DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO. ARTIGO 170 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.

1. O princípio da boa-fé objetiva se aplica a todos os partícipes da relação obrigacional, inclusive daquela originada de relação de consumo. No que diz respeito ao devedor, a expectativa é a de que cumpra, no vencimento, a sua prestação.
2. Nos contratos bancários sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, é válida a cláusula que institui comissão de permanência para vigor após o vencimento da dívida.
3. A importância cobrada a título de comissão de permanência não poderá ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja: a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e c) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação, nos termos do art. 52, § 1º, do CDC.
4. Constatada abusividade dos encargos pactuados na cláusula de comissão de permanência, deverá o juiz decotá-los, preservando, tanto quanto possível, a vontade das partes manifestada na celebração do contrato, em homenagem ao princípio da conservação dos negócios jurídicos

consagrado nos arts. 139 e 140 do Código Civil alemão e reproduzido no art. 170 do Código Civil brasileiro.

5. A decretação de nulidade de cláusula contratual é medida excepcional, somente adotada se impossível o seu aproveitamento.

6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 1058114/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/8/2009, DJe 16/11/2010. <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1058114&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7#](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1058114&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7#>)>. Acesso em 27/11/11.)

A Ministra Relatora designada originalmente considerava nula de pleno direito a cláusula impositiva da comissão de permanência, ressalvando a possibilidade de atribuição de multa moratória de 2% e de correção monetária, com arrimo no art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor.

Com relação à comissão de permanência, foram editadas três súmulas pelo Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte teor:

Súmula nº 30: A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis.

Súmula nº 294: Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato.

Súmula nº 296: Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado.

Justamente porque a matéria já era objeto de entendimento jurisprudencial pelo Superior Tribunal de Justiça, houve a afetação para julgamento como recurso repetitivo.

6.2 Da não incidência do prazo decadencial do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor nas ações de prestação de contas, visando esclarecer a cobrança de tarifas em contrato bancário, reputadas como indevidas pelo consumidor

Julgado em agosto do ano passado, cuida-se de hipótese de não incidência do prazo decadencial de noventa dias, previsto no Código de Defesa do Consumidor. Destaque-se que o julgamento é bastante benéfico ao consumidor, uma vez que vigora, por conseguinte, o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, que assinala o prazo prescricional de três anos para a pretensão de ressarcimento do enriquecimento sem causa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS.

PRAZO DECADENCIAL. ART. 26 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NÃO INCIDÊNCIA. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

1. O art. 26 do Código de Defesa do Consumidor dispõe sobre o prazo decadencial para a reclamação por vícios em produtos ou serviços prestados ao consumidor, não sendo aplicável à ação de prestação de contas ajuizada pelo correntista com o escopo de obter esclarecimentos acerca da cobrança de taxas, tarifas e/ou encargos bancários.

2. Julgamento afetado à Segunda Seção, com base no procedimento estabelecido pela Lei nº 11.672/2008 (Lei dos Recursos Repetitivos) e pela Resolução/STJ nº 8/2008.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1117614/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/08/2011, DJe 10/10/2011. <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=1117614>. Acesso em 30/11/2011.)

6.3 Responsabilidade civil de fornecedores de serviços ou produtos por inclusão indevida do nome de consumidores em cadastros de proteção ao crédito em decorrência de fraude praticada por terceiros

O acórdão também confere interpretação favorável ao consumidor, na medida em que estabelece a responsabilidade objetiva das instituições financeiras pela inclusão indevida do nome do correntista no Serviço de Proteção ao Crédito (SPC), arbitrando danos morais no valor de R\$ 15 mil. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros – como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos –, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno.

2. Recurso especial provido.

(REsp 1199782/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/8/2011, DJe 12/9/2011. <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1199782&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1199782&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#>)>. Acesso em 30/11/2011.)

6.4 Juros remuneratórios e contrato de mútuo bancário

O acórdão definiu a impossibilidade de cobrança de juros remuneratórios na ausência de previsão contratual expressa:

BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONTRATO

QUE NÃO PREVÊ O PERCENTUAL DE JUROS REMUNERATÓRIOS A SER OBSERVADO.

I – JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE. ORIENTAÇÃO – JUROS REMUNERATÓRIOS.

1 – Nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, o montante dos juros remuneratórios praticados deve ser consignado no respectivo instrumento. Ausente a fixação da taxa no contrato, o juiz deve limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente.

2 – Em qualquer hipótese, é possível a correção para a taxa média se for verificada abusividade nos juros remuneratórios praticados.

II – JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO – Consignada, no acórdão recorrido, a abusividade na cobrança da taxa de juros, impõe-se a adoção da taxa média de mercado, nos termos do entendimento consolidado neste julgamento.

– Nos contratos de mútuo bancário, celebrados após a edição da MP nº 1.963-17/00 (reeditada sob o nº 2.170-36/01), admite-se a capitalização mensal de juros, desde que expressamente pactuada.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

Ônus sucumbenciais redistribuídos.

(REsp 1112879/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/5/2010, DJe 19/5/2010. <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1112879&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>> Acesso em 30/11/2011.)

6.5 Desistência e restituição das parcelas pagas de consórcio

O colegiado componente da 2ª Seção, por maioria, acatou a tese de possibilidade de restituição das parcelas pagas, vencido o voto do Ministro Aldir Passarinho Júnior, que considerava a Lei Federal nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, inaplicável aos contratos de consórcio pactuados antes de sua vigência. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. JULGAMENTO NOS MOLDES DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONSÓRCIO. DESISTÊNCIA. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS PELO CONSORCIADO. PRAZO. TRINTA DIAS APÓS O ENCERRAMENTO DO GRUPO.

1. Para efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil: é devida a restituição de valores vertidos por consorciado desistente ao grupo de consórcio, mas não de imediato, e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do plano.

2. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 1119300/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/4/2010, DJe 27/8/2010. <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1119300&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8#](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1119300&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8#>)> Acesso em 30/11/2011.)

6.6 Cadastro de proteção ao crédito e comprovante de notificação

O precedente colacionado preconiza a exigência de notificação do consumidor, anterior à inscrição em cadastro de proteção ao crédito, determinando:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO SEM PRÉVIA NOTIFICAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ÓRGÃO MANTENEDOR DO CADASTRO RESTRITIVO. DANO MORAL RECONHECIDO, SALVO QUANDO JÁ EXISTENTE INSCRIÇÃO DESABONADORA REGULARMENTE REALIZADA, TAL COMO OCORRE NA HIPÓTESE DOS AUTOS.

I – Julgamento com efeitos do art. 543-C, § 7º, do CPC.

– Orientação 1: Os órgãos mantenedores de cadastros possuem legitimidade passiva para as ações que buscam a reparação dos danos morais e materiais decorrentes da inscrição, sem prévia notificação, do nome de devedor em seus cadastros restritivos, inclusive quando os dados utilizados para a negativação são oriundos do CCF do Banco Central ou de outros cadastros mantidos por entidades diversas.

– Orientação 2: A ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, § 2º, do CDC, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexistia inscrição desabonadora regularmente realizada. Vencida a Min. Relatora quanto ao ponto.

II – Julgamento do recurso representativo.

– É ilegal e sempre deve ser cancelada a inscrição do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito realizada sem a prévia notificação exigida pelo art. 43, § 2º, do CDC.

– Não se conhece do recurso especial quando o entendimento firmado no acórdão recorrido se ajusta ao posicionamento do STJ quanto ao tema. Súmula nº 83/STJ.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para determinar o cancelamento da inscrição do nome do recorrente realizada sem prévia notificação.

Ônus sucumbenciais redistribuídos.

(REsp 1061134/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2008, DJe 1/4/2009. <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1061134&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=16#>> Acesso em 30/11/2011.)

A Súmula nº 404 do Superior Tribunal de Justiça versa sobre o mesmo assunto, ao dispor que “é dispensável o aviso de recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros.”

6.7 Detalhamento gratuito das chamadas de telefone fixo

O julgamento do recurso representativo acarretou o cancelamento da Súmula nº 357 do Superior Tribunal de Justiça, que estabelecia que “a pedido do assinante, que responderá pelos custos, é obrigatória, a partir de 1º de janeiro de 2006, a discriminação dos pulsos excedentes e ligações de telefone fixo para celular.”

Do julgado adiante, verifica-se a determinação de fornecimento dos extratos de consumo pormenorizados de forma gratuita:

TELEFONIA FIXA. DETALHAMENTO DAS CHAMADAS. OBRIGATORIEDADE. TERMO INICIAL. SOLICITAÇÃO DO USUÁRIO. GRATUIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO TIDOS COMO PROTRELATÓRIOS. MULTA. AFASTAMENTO. SÚMULA 98/STJ.

I – O Estado, com a edição do Decreto nº 4.733/2003, entre outras medidas necessárias para a alteração do sistema de tarifação de pulsos para tempo

de utilização, determinou o detalhamento de todas as ligações locais e de longa distância.

II – O prazo para a conversão do sistema, inicialmente previsto para 31 de julho de 2006 pela Resolução 423/2005, foi ampliado em doze meses pela Resolução 432/2006, para não prejudicar os usuários da internet discada, os quais, neste prazo, foram atendidos com plano alternativo apresentado na Resolução 450/2006.

III – Assim, a partir de 1 de Agosto de 2007, data da implementação total do sistema, passou a ser exigido das concessionárias o detalhamento de todas as ligações na modalidade local, independentemente de ser dentro ou fora da franquia contratada, por inexistir qualquer restrição a respeito, conforme se observa do constante do artigo 83 do anexo à Resolução 426/2005, que regulamentou o sistema de telefonia fixa.

IV – Também no artigo 83 do anexo à Resolução 426/2005, restou reafirmada a determinação para que a concessionária forneça, mediante solicitação do assinante, documento de cobrança contendo o detalhamento das chamadas locais, entretanto ficou consignado que o fornecimento do detalhamento seria gratuito para o assinante, modificando, neste ponto, o constante do artigo 7º, X, do Decreto nº 4.733/2003.

V – A solicitação do fornecimento das faturas discriminadas, sem ônus para o assinante, basta ser feita uma única vez, marcando para a concessionária o momento a partir do qual o consumidor pretende obter suas faturas com detalhamento.

VI – Revogação da súmula 357/STJ que se impõe.

VII – Recurso especial parcialmente provido (Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08).

(REsp 1074799/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/5/2009, DJe 8/6/2009. <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1074799&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=23>>. Acesso em 30/11/2011)

6.8 Ilegalidade da tarifa mínima, multiplicada pelo número de economias, em hidrômetro único

Busca-se, nesse recurso especial, compelir as concessionárias de serviços públicos a deixar de praticar a cobrança pelo consumo estimado em faixas e a fazê-la apenas pelo efetivamente utilizado:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. FORNECIMENTO DE ÁGUA. TARIFA MÍNIMA MULTIPLICADA PELO NÚMERO DE UNIDADES AUTÔNOMAS (ECONOMIAS). EXISTÊNCIA DE ÚNICO HIDRÔMETRO NO CONDOMÍNIO.

1. A cobrança pelo fornecimento de água aos condomínios em que o consumo total de água é medido por único hidrômetro deve se dar pelo consumo real aferido.

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou já entendimento de não ser lícita a cobrança de tarifa de água no valor do consumo mínimo multiplicado pelo número de economias existentes no imóvel, quando houver único hidrômetro no local.

3. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao procedimento do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

(REsp 1166561/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/8/2010, DJe 5/10/2010. <[## 7 Do incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do Código de Processo Civil](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((‘RESP’.clas.)+e+@num=’1166561’)+ou+(‘RESP’+adj+’1166561’.suce.)>”. Acesso em 30/11/2011.)</p></div><div data-bbox=)

O Presidente da Comissão de Juristas, que se desincumbiu da tarefa árdua de redigir o anteprojeto de um novo Código de Processo Civil, Ministro Luiz Fux, descreveu na exposição de motivos respectiva o instituto em comento, da seguinte maneira:

Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes.

É instaurado perante o Tribunal local, por iniciativa do juiz, do MP, das partes, da Defensoria Pública ou pelo próprio Relator. O juízo de

admissibilidade e de mérito caberão (sic) ao tribunal pleno ou ao órgão especial, onde houver, e a extensão da eficácia da decisão acerca da tese jurídica limita-se à área de competência territorial do tribunal, salvo decisão em contrário do STF ou dos Tribunais superiores, pleiteada pelas partes, interessados, MP ou Defensoria Pública. Há a possibilidade de intervenção de *amici curiae*.

O incidente deve ser julgado no prazo de seis meses, tendo preferência sobre os demais feitos, salvo os que envolvam réu preso ou pedido de *habeas corpus*.

O recurso especial e o recurso extraordinário, eventualmente interpostos da decisão do incidente, têm efeito suspensivo e se considera presumida a repercussão geral, de questão constitucional eventualmente discutida.

Enfim, não observada a tese firmada, caberá reclamação ao tribunal competente.

As hipóteses de cabimento dos embargos de divergência agora se baseiam exclusivamente na existência de teses contrapostas, não importando o veículo que as tenha levado ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. Assim, são possíveis de confronto teses contidas em recursos e ações, sejam as decisões de mérito ou relativas ao juízo de admissibilidade.

Está-se, aqui, diante de poderoso instrumento, agora tornado ainda mais eficiente, cuja finalidade é a de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais superiores, *interna corporis*.⁶

Deveras, o art. 930 e seguintes do anteprojeto do Código de Processo Civil que tramita atualmente no Senado Federal estabelece a possibilidade de ajuizamento de incidente de demandas coletivas diretamente no tribunal de segundo grau, suspendendo, a partir de sua admissão, os processos pendentes acerca da mesma matéria, nos primeiro e segundo graus de jurisdição.

Apesar da suspensão dos processos repetitivos na origem, o Juízo poderá conceder medidas de urgência, nos termos do art. 934, parágrafo único, do projeto, em obediência à inafastabilidade da jurisdição e à tutela adequada.

É prevista a figura da intervenção de terceiros interessados, na qualidade de *amicus curiae*. Vê-se, portanto, que o projeto ampliou a premissa que rege os

6 <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> Acesso em: 27 nov. 2011.

atuais recursos repetitivos, a fim de já solucionar as questões de direito reiteradas antes mesmo de o jurisdicionado se valer dos recursos aos tribunais superiores.

Segundo o art. 938 do projeto, “julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito.”

Na mesma esteira, o art. 483, § 3º, III, do projeto determina que a sentença que tiver como fundamento entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas produzirá efeitos imediatos, bem como que a caução será dispensada na execução provisória de sentença fundamentada em entendimento fixado em incidente de resolução de demandas repetitivas, consoante o art. 507.

Por fim, o art. 941 do projeto prevê que, no caso de não ser observada a tese jurídica fixada no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente; ademais, a repercussão geral será presumida nos recursos extraordinários que questionem caso resolvido em sede de incidente de demandas repetitivas.

8 Conclusão

O crescente número de demandas semelhantes e a falta de uniformidade das decisões judiciais levaram à criação do incidente de recursos repetitivos. Por se tratar de modificação legal bastante recente, ainda não é possível avaliar concretamente seus frutos de forma completa, porém, a introdução já foi objeto de julgamentos em seus moldes pelo Superior Tribunal de Justiça, especialmente nos casos objeto de jurisprudência dominante.

Fato é que existe forte tendência, também verificada pela introdução do intituto da súmula vinculante em nosso ordenamento jurídico, de fortalecimento dos precedentes jurisprudenciais.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal caminha na mesma direção, ao propugnar a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

O Projeto do Código de Processo Civil é permeado por essa necessidade de uniformização dos julgamentos, criando o incidente de demandas repetitivas no tribunal de segundo grau.

Referências

- ANDOLINA, Ítalo. **Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale**. Milano: Giuffrè, 1983.
- _____. Il tempo e il processo. **Revista de Processo** v. 176, p. 258-274, 2009.
- ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 5.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos o fundamento e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas – Limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. tomo 5.
- CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil III**. Tradução de Luiz Abezia, Sandra Drina Fernandez Barbery e Sandra Drina Fernandez. Campinas: Bookseller, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**. Tradução e notas do Prof. Dr. Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- DESTEFENNI, Marcos. **Natureza Constitucional da Tutela de Urgência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- FUX, Luiz. A Tutela Antecipada nos Tribunais Superiores. In: FERES, Marcelo Andrade; CARVALHO, Paulo Gustavo M. (Coords.). **Processos nos tribunais superiores: de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004**. Belo Horizonte: Saraiva, 2006.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros; FERREIRA FILHO, Roberval Rocha. **Principais Julgamentos – STF – Repercussão Geral e STJ – Recursos Repetitivos**. 2. ed., 2011.

- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. **Recursos no processo civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: RT, 2010.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: RT, 2010.
- ROCCO, Ugo. **Trattato di Diritto Processuale Civile**. 2ª ed. Napoli: Editrice Torinese, 1966. tomo v.
- SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio; REIS, Silas Mendes dos. **Recursos Repetitivos no STJ**. São Paulo: Método, 2009.
- SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e Processo – Regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

Parecer PGBC-76/2012

Parecer que analisa o interesse do Banco Central do Brasil em atuar na qualidade de *amicus curiae* em recurso especial no qual se discute a adequação da ação de prestação de contas para veicular pretensão relacionada com contrato de financiamento de automóvel com cláusula de alienação fiduciária.

Fernando José Sakayo de Oliveira
Procurador

Erasto Villa-Verde Filho
Procurador-Chefe

Luiz Ribeiro de Andrade
Subprocurador-Geral

Isaac Sidney Menezes Ferreira
Procurador-Geral

Parecer PGBC-76/2012

Brasília, 15 de março de 2012.

Ementa: Superior Tribunal de Justiça – Recursos Especiais Repetitivos – Rito previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil e na Resolução nº 8, de 7 de agosto de 2008, do STJ – Recurso Especial nº 1.293.689/PR – Rel. Min. Luiz Felipe Salomão – Afetação da questão relativa à adequação da ação de prestação de contas originada de financiamento de veículo com cláusula de alienação fiduciária – Amicus Curiae – Interesse Institucional – Representatividade Adequada – Análise da questão na perspectiva dos normativos editados pelo Conselho Monetário Nacional – O dever das instituições financeiras de informar os custos do contrato – Possibilidade da utilização da ação de prestação de contas – Minuta de ofício em resposta ao mandado de intimação.

Senhor Procurador-Chefe,

ASSUNTO

O Ministro Luiz Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, relator do Recurso Especial nº 1.293.689/PR, por meio do Mandado de Intimação nº 44-2012-CORD2S, datado de 27.2.2012, intima o Banco Central de decisão proferida no bojo do referido processo, a qual faculta a esta autarquia a manifestação nos mencionados autos, na qualidade de *amicus curiae*, nos termos do § 4º do art. 543-C, do Código de Processo Civil,¹ c/c art. 3º, I, da Resolução STJ nº 8/2008.²

1 “Art. 543-C [...] § 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.”

2 “Art. 3º Antes do julgamento do recurso, o Relator: I – poderá solicitar informações aos tribunais estaduais ou federais a respeito da controvérsia e autorizar, ante a relevância da matéria, a manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, a serem prestadas no prazo de quinze dias.

2. O referido mandado de intimação veio acompanhado de cópia da decisão de afetação ao procedimento de julgamento de recursos repetitivos. No recurso especial, discute-se a adequação da ação de prestação de contas para veicular pretensão relacionada com contrato de financiamento de automóvel com cláusula de alienação fiduciária. Trecho da decisão de afetação está vazado nos seguintes termos, *verbis*:

1. José Eudes Cordeiro ajuizou ação de prestação de contas em face de Aymoré Crédito Financiamento e Investimento S/A, objetivando buscar informações acerca da evolução do débito em contrato de financiamento de veículo com cláusula de alienação fiduciária.

A sentença julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, ao fundamento de ausência de interesse de agir.

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná negou-lhe provimento e manteve a sentença, consignando que não há qualquer alegação quanto a inadimplemento, busca e apreensão ou venda extrajudicial do bem, não havendo falar-se em administração de bens, créditos ou débitos por parte da instituição financeira.

Ressaltou que somente na hipótese de apreensão do veículo e leilão extrajudicial, cabe a ação de prestação de contas, pois caracterizada a administração de créditos do consumidor, o que não ocorre na hipótese.

Concluiu não ser a ação de prestação de contas adequada ao intento do autor, falecendo-lhe o interesse de agir, em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. FINANCIAMENTO GARANTIDO POR CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. CONSTATAÇÃO. CARÊNCIA DE AÇÃO. ATOS DE GESTÃO. INEXISTÊNCIA. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

Irresignando-se, o consumidor alega, nas razões do recurso especial, dissídio jurisprudencial com precedente desta Corte (REsp 828.350/RS). Sustenta que há entendimento majoritário acerca do dever das instituições financeiras em prestar contas, no caso de dúvidas existentes em contratos de mútuo bancário ou financiamento, revelando-se nítido o seu interesse de agir.

É o relatório.

2. Verifico que há multiplicidade de recursos que ascendem a esta Corte a versar sobre: existência de interesse de agir do consumidor para propor ação de prestação de contas, a fim de obter esclarecimentos a respeito da evolução do débito, assim também quanto a certificação tocante à correção dos valores lançados e ainda apuração de eventual crédito a seu favor.

Dessa forma, afeto o julgamento do presente recurso especial à e. Segunda Seção, nos termos do art. 543-C do CPC, bem como nada Resolução nº 08/2008.

APRECIÇÃO

O *amicus curiae*: interesse institucional e representatividade adequada

3. Com a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, nova era foi inaugurada na função jurisdicional do Estado, com a finalidade de se buscar a eficiência e a celeridade na atividade judicante.

4. A partir da referida modificação do texto constitucional, deflagrou-se processo de adequação da legislação processual, no sentido de se concretizar as diretrizes fixadas no Texto Maior. Novos institutos e procedimentos foram criados a fim de que o Poder Judiciário possa atuar de forma eficiente e célere. A súmula vinculante, a repercussão geral no recurso extraordinário e o procedimento de julgamento de recursos repetitivos no recurso especial são três paradigmas dessa nova era, todos com o objetivo comum de se racionalizar a atividade jurisdicional.

5. No âmbito desses novos institutos e procedimentos, ganhou destaque a figura do *amicus curiae*, expressão do latim que significa “amigo da Corte” ou “colaborador da Corte”. Note-se que a participação do *amicus curiae* foi prevista no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante,³ na análise da existência da repercussão

3 Lei nº 11.417, de 2006, art. 3º, § 2º: “No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.”

geral⁴ e no julgamento do recurso especial representativo da controvérsia.⁵ Portanto, inegável a relevância do *amicus curiae* nesse novo ambiente constitucional e processual.

6. O *amicus curiae* é um auxiliar do juízo, cujo objetivo é o de aprimorar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, sendo a participação deste terceiro consubstanciada em apoio técnico ao magistrado.⁶

7. Nesse contexto, o que enseja a participação deste terceiro no processo é a circunstância de ser ele legítimo portador de “interesse institucional”, assim entendido aquele interesse que ultrapassa a esfera jurídica de um indivíduo, sendo um interesse metaindividual, típico de uma sociedade pluralista e democrática.⁷ Ademais, a atuação do *amicus curiae* pressupõe sua representatividade adequada, consubstanciada na pertinência temática entre as finalidades institucionais do interveniente e a matéria contida no processo em que se faculta o auxílio do “colaborador da Corte”.⁸

8. No caso em tela, em que se discute a adequação da ação de prestação de contas decorrente de controvérsia originada em contrato bancário (mútuo), verifica-se que esta autarquia possui interesse institucional e goza de representatividade adequada, especialmente, conforme será visto, em razão da existência de normas relacionadas ao caso editadas pelo Conselho Monetário Nacional e divulgadas pelo Banco Central,⁹ nos termos da Lei nº 4.595, de 1964.

4 Art. 543-A, § 6º, do Código de Processo Civil: “O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.” (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

5 Art. 543-C, § 4º, do Código de Processo Civil: “O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.”

6 Nesse sentido: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN e da ADC. In **Ações Constitucionais**. DIDIER JR, Fredie (org.). Salvador, Juspodivm, 2006, p. 393-401.

7 Nesse sentido: CASSIO SCARPINELLA BUENO. *Amicus Curiae*: Uma Homenagem a Athos Gusmão Carneiro. In **O Terceiro no Processo Civil Brasileiro e Assuntos Correlatos**. Estudos em Homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro/coordenação Fredie Didier Jr. [et al.]. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 160.

8 Ensina NELSON RODRIGUES NETTO que “no processo coletivo, entre outras exigências para que o legitimado seja um representante adequado para o interesse ou direito coletivo, pode-se apontar: um bom conhecimento dos fatos envolvendo a demanda; possua credibilidade em virtude de demonstrar ter um bom caráter e ser honesto;” NELSON RODRIGUES NETTO. A Intervenção de Terceiros nos Julgamentos da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial Paradigmático. In **O Terceiro no Processo Civil Brasileiro e Assuntos Correlatos**. Estudos em Homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro/coordenação Fredie Didier Jr. [et al.]. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 160.

9 As resoluções editadas pelo Conselho Monetário Nacional podem ser acessadas na íntegra no sítio eletrônico do Banco Central: <<http://www.bcb.gov.br/?legislacao>>.

O dever das instituições financeiras de fornecer informações contratuais – determinações constantes das resoluções editadas pelo Conselho Monetário Nacional – dever de clareza na pactuação – a necessidade de prevenção de riscos na contratação pelas instituições financeiras

9. 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.

10. Esta Coordenação-Geral de Processo Judiciais Relevantes (Cojud), para subsidiar a presente manifestação, ouviu antes a área técnica do Banco Central, que, a propósito, consignou “que o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central têm adotado, nos últimos anos, diversas medidas visando ao aumento da transparência das informações na relação entre instituições financeiras e seus clientes”.¹⁰

11. Em decorrência desse dever de informação, é obrigação das instituições fornecer cópia do contrato, conforme bem lançado no Parecer PGBC-307/2009.¹¹ E esse dever não é estabelecido apenas em favor do tomador, mas da própria instituição financeira de modo a prevenir os riscos da contratação. O Conselho Monetário Nacional, 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 com a finalidade de evitar justamente questionamentos sobre a validade desses ativos, os 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:

10 Nota 00112/2012-DENOR/DINIC, de 6 de março de 2012, com a ementa: “Direitos do Consumidor – Prestação de informações aos clientes por parte das instituições financeiras – Superior Tribunal de Justiça – PE 2321”.

11 Parecer da lavra do Procurador Flávio José Roman, aprovado pelo Subprocurador-Geral Luiz Ribeiro de Andrade, encaminhado ao egrégio Superior Tribunal de Justiça a título de informações nos autos do recurso especial representativo de controvérsia (REsp nº 1.112.879/PR e REsp nº 1.112.880/PR), em que o Banco Central funcionou como *amicus curiae*.

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.)

12. 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)

Art. 1º Alterar os dispositivos abaixo especificados da Resolução 2.878, de 26 de julho de 2001, que passam a vigorar com a seguinte redação:

I – o art. 1º, inciso IV:

“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;

.....” (NR).
 (Trecho da Resolução CMN nº 2.892, de 2001.)

13. No que tange especificamente aos contratos de concessão de crédito, a Circular 2.905, de 30 de junho de 1999, em seu art. 8º, estabelece 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 14/10/1999.)

14. Não cabe, pois, qualquer dúvida sobre a imprescindibilidade de as instituições financeiras fornecerem ao cliente informações contratuais, 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 infringência, de forma indireta, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, art. 4º, inciso VIII, segundo o qual compete ao Conselho Monetário Nacional regular o funcionamento das instituições cujas atividades estão subordinadas a esta Lei.

15. 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. Estabelece, ademais, que 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 30/9/2010)

§ 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 30/9/2010.)

I – o prazo de trinta dias; (Redação dada pela Resolução nº 3.909, de 30/9/2010.)

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 30/9/2010.)

§ 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. (Grifou-se)

16. 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. Além disso, este deve ser, a qualquer tempo, calculado pelas instituições financeiras, a pedido do cliente.

17. 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, para além de autorizar a capitalização de juros, 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.

18. Em face do exposto, analisada a questão à luz dos normativos editados pelo Conselho Monetário Nacional 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, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais.

A ação de prestação de contas – contrato de mútuo – adequação – precedentes do Superior Tribunal de Justiça

19. A ação de prestação de contas é procedimento especial previsto nos artigos 914 a 919 do Código de Processo Civil. Esse rito especial será adequado

sempre que houver necessidade de se solucionar controvérsia referente à prestação de contas originada de relação jurídica em que um determinado sujeito confia a outrem a administração de bens, interesses, valores ou negócios.¹²

20. Ao tratar da ação de prestação de contas, Adroaldo Furtado Fabrício¹³ ensina que “prestar contas significa fazer alguém a outrem, pormenorizadamente, parcela por parcela, a exposição dos componentes do débito e crédito resultantes de determinada relação jurídica concluindo pela apuração aritmética do saldo credor ou devedor ou de sua inexistência.”

21. No caso em tela, verifica-se que a presente ação foi ajuizada em decorrência de controvérsia originada em contrato de financiamento de veículo com cláusula de alienação fiduciária, na qual é afirmado que “a dúvida acerca da validade, ou invalidade, das cobranças se faz presente porque as faturas não traduzem de forma eficiente os valores cobrados da autora, só fazem mostrar os valores nominais dos encargos, sem explicitar as respectivas formas de cálculo das taxas, impostos, percentuais de juros e tarifa.”

22. Conforme consignado na decisão de afetação do presente recurso especial ao procedimento dos recursos repetitivos, a sentença julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, ao fundamento de ausência de interesse de agir. Interposta apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná negou-lhe provimento e manteve a sentença, consignando que não há qualquer alegação quanto a inadimplemento, busca e apreensão ou venda extrajudicial do bem, não havendo falar-se em administração de bens, créditos ou débitos por parte da instituição financeira.

23. Nesse contexto, impende ressaltar que, para a constatação da adequação da ação de prestação de contas, imprescindível a análise do interesse de agir sob a perspectiva do binômio necessidade-adequação, com necessária visita ao direito substancial, a fim de que seja verificada se tutela jurisdicional pretendida pode ser alcançada, com efetividade, por intermédio daquele procedimento.

24. No que tange ao interesse-necessidade, este entendido como a necessidade da jurisdição como última forma de solução do conflito, verifica-se

12 Nesse sentido: MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 101; ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de Direito Processual Civil*. 2 ed. São Paulo: Método, 2010, p. 1.273.

13 *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, t. III, n. 249, p. 387 e 388.

que o autor da presente ação afirmou ter buscado extrajudicialmente a prestação de contas perante a instituição financeira mutuante, contudo não obteve êxito. Assim, nesse aspecto, presente a necessidade de se buscar a jurisdição para a solução da controvérsia. Impende ressaltar que doutrina majoritária, ao tratar da ação de prestação de contas, afirma que o autor da demanda de exigir contas deverá demonstrar que houve recusa ou mora na prestação extrajudicial das contas, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito.¹⁴

25. Já para a verificação da existência do interesse-adequação, associado à ideia de compatibilidade entre a tutela jurisdicional pretendida e o procedimento adotado, necessária a visita ao direito material e ao próprio rito da ação de prestação de contas. Aliás, ao tratar de meios processuais adequados, Dinamarco¹⁵ ensina que “a instituição de procedimentos especiais tem a finalidade de adequar às peculiaridades de certas situações regidas pelo direito material o iter a ser percorrido entre a demanda inicial e a sentença que julgará a pretensão do autor”.

26. No entanto, antes de ingressar propriamente na análise da adequação, necessário fixar, conforme ensina Marinoni,¹⁶ a premissa de que “a ação, muito mais do que um simples direito de pedir a prestação jurisdicional, é um direito de agir diante da jurisdição para obter a tutela do direito”. Acrescenta o ilustre processualista, ao comentar a regra processual insculpida no art. 83 do Código de Defesa do Consumidor,¹⁷ que “a estruturação técnica da ação depende da espécie da tutela de direito desejada, já que é a tutela do direito que influi sobre a estrutura da ação. As ações são tantas quantas forem as necessidades do direito material, uma vez que devem se diferenciar na medida dos resultados que são objetivados no plano do direito material”.

27. Nesse contexto, no que tange ao direito substancial, conforme já dito anteriormente, a instituição financeira, credora no contrato de mútuo, possui dever de informação ao mutuário, devendo 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,

14 Nesse sentido: MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 103; ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de Direito Processual Civil*. 2 ed. São Paulo: Método, 2010, p. 1.275.

15 *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 1, p. 159. Ainda

16 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 290 e 295.

17 “Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”

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.

28. A partir dessas obrigações, verifica-se a caracterização de verdadeira gestão de interesses do tomador do crédito, uma vez que, além de possuir as necessárias informações, o mutuante atua unilateralmente na realização dos lançamentos e apuração do valor da obrigação ou do saldo devedor. Nesse contexto, o mutuário possui legítimo interesse na correção dos lançamentos a fim de que o valor das obrigações e do saldo devedor seja obtido em conformidade com as disposições contratuais e legais.

29. Daí, partindo-se dessa premissa, já é possível afirmar, nos termos das normas substanciais, que o mutuário possui o direito de exigir contas.

30. O art. 914 do Código de Processo Civil, que inaugura o procedimento de prestação de contas, define aqueles que poderão figurar como autores da ação de prestação de contas, *verbis*:

Art. 914. A ação de prestação de contas competirá a quem tiver:

I – o direito de exigi-las;

II – a obrigação de prestá-las.

31. Ora, no tocante à legitimidade para a propositura da ação, perceptível que o direito material encontra correspondência no procedimento especial de prestação de contas.

32. Por outro lado, no que tange à tutela jurisdicional pretendida, fica claro na petição inicial da presente ação, que a autora pretende, antes de tudo, que lhe seja apresentada a composição de seu débito e a forma de evolução deste. Somente após a apresentação das contas é que a autora, em pedido sucessivo, requer a determinação de eventual saldo.

33. Nesse contexto, impende destacar que a ação de exigir contas possui duas fases distintas e sucessivas. Na primeira, se discute tão somente o dever de prestação de contas, na qual, caso julgado procedente o pedido autoral, o juiz condenará o réu a prestar contas no prazo de 48 horas. Na segunda fase, é discutida a existência de eventual saldo devedor. Assim estabelece o art. 915 e respectivos parágrafos, os quais prescrevem a existência de duas fases e de duas sentenças, *verbis*:

Art. 915. Aquele que pretender exigir a prestação de contas requererá a citação do réu para, no prazo de 5 (cinco) dias, as apresentar ou contestar a ação.

§ 1º Prestadas as contas, terá o autor 5 (cinco) dias para dizer sobre elas; havendo necessidade de produzir provas, o juiz designará audiência de instrução e julgamento; em caso contrário, proferirá desde logo a sentença.

§ 2º Se o réu não contestar a ação ou não negar a obrigação de prestar contas, observar-se-á o disposto no art. 330; a **sentença, que julgar procedente a ação, condenará o réu a prestar as contas no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que o autor apresentar.**

§ 3º Se o réu apresentar as contas dentro do prazo estabelecido no parágrafo anterior, seguir-se-á o procedimento do § 1º deste artigo; em caso contrário, apresentá-las-á o autor dentro em 10 (dez) dias, **sendo as contas julgadas segundo o prudente arbítrio do juiz, que poderá determinar, se necessário, a realização do exame pericial contábil.**

34. No caso em tela, a primeira tutela jurisdicional pretendida pelo cliente bancário está consubstanciada, em suma, na obtenção de esclarecimento sobre os custos do contrato de mútuo e a evolução do saldo devedor. Ora, essa tutela está em total consonância com o procedimento especial ora analisado, que prevê justamente uma fase destinada à apresentação das contas.

35. Verifica-se, portanto, que as normas de direito material e a tutela jurisdicional buscada na presente ação se compatibilizam com o procedimento especial da ação de prestação de contas, o qual exige que o autor seja credor das contas e que, em um primeiro momento (1ª fase), apenas tenha como objetivo obter as contas provenientes do réu. Portanto, a ação de prestação de contas revela-se adequada para amparar, com efetividade, a tutela jurisdicional pretendida pela autora da presente ação.

36. De outro giro, se não fosse adequada a via processual da ação de prestação de contas, afigura-se desarrazoada a alternativa processual à disposição do cliente bancário, aventada no acórdão recorrido (REsp nº 1293558 – e-STJ FL. 1.670), *verbis*:

Diante de tal quadro, se a autora, ora Apelante, pretende obter informações sobre o empréstimo contratado, especialmente as taxas, tarifas, impostos,

juros e forma de cálculo, alternativa não lhe resta senão o ajuizamento de ação própria para a exibição do contrato, documento em que estão especificadas as condições do mútuo. Depois disso, se houver alguma divergência quanto às cláusulas pactuadas, por reputar as condições do negócio excessivamente onerosas, poderá ajuizar ação revisional do contrato.

37. A interpretação, *data venia*, ofende a um só tempo os princípios da razoável duração do processo, da economia e da celeridade processual, bem como o da efetividade e da instrumentalidade do processo.

38. Uma vez assentado que (i) o cliente de serviços bancários tem o direito material à informação pormenorizada sobre suas operações financeiras – com clareza e objetividade, como estabelecem os normativos do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central –, e (ii) fixada a premissa de que o direito de ação, hodiernamente, não pode ser visto simplesmente como o direito à tutela jurisdicional sob o aspecto formal, mas aponta para a efetiva tutela do direito material postulado, (iii) forçoso concluir que a via processual mais adequada na espécie é a ação de prestação de contas, sob pena de se impor ao cliente bancário desnecessária atuação para satisfazer seu direito substancial à informação sobre suas operações bancárias.

39. Impende ressaltar que no âmbito desse eg. Superior Tribunal de Justiça há sedimentado entendimento no sentido da existência de adequação da ação de prestação de contas para veicular o tipo de pretensão deduzida nos presentes autos, originada de contrato de mútuo bancário. Nesse particular, é possível citar representativos julgados, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. INTERESSE DE AGIR.

1. Apesar de no contrato de financiamento já estarem prefixados valores, taxas e demais parâmetros para cobrança de encargos, remanesce o interesse processual do mutuário para o ajuizamento da ação de prestação de contas em havendo dúvida sobre os critérios aplicados na evolução do débito.

2. Uma vez comprovado o vínculo jurídico entre o cliente e a instituição financeira, basta a especificação, na petição inicial, do período que a parte entende necessários os esclarecimentos, dispensada uma pormenorização

rigorosa dos pontos que se lhe apresentam duvidosos. (cf. REsp 1.105.747/PR, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe 20.11.2009)

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1193716/PR, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 18/04/2011 – grifou-se)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO QUE SE MANTÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. PRESTAÇÃO DE CONTAS. INTERESSE DE AGIR DO MUTUÁRIO.

1. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.

2. O STJ pacificou entendimento de que, nos contratos de empréstimo, o interesse de agir do mutuário decorre da necessidade de obter esclarecimentos a respeito da evolução do débito, da certificação quanto à correção dos valores lançados e da apuração de eventual crédito a seu favor.

3. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no REsp 1188402/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 03/05/2011 – grifou-se.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONTRATO DE MÚTUO OU FINANCIAMENTO. POSSIBILIDADE. PEDIDO GENÉRICO. INEXISTÊNCIA.

– Nos contratos de mútuo ou financiamento, é lícito ao devedor pedir contas, para obter esclarecimentos a respeito da evolução do débito.

– Não há se falar em pedido genérico de prestação de contas, quando o autor aponta o vínculo jurídico existente com o réu e especifica o período digno de esclarecimentos.

– Agravo não provido.

(AgRg no REsp 1185278/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 23/02/2011 – grifou-se.)

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INTERESSE PROCESSUAL.

– Nos contratos de mútuo ou financiamento, é lícito ao devedor pedir contas, para obter esclarecimentos a respeito da evolução do débito.

– O ajuizamento de ação de busca e apreensão e a inadimplência contratual do devedor, não retira o interesse processual de o devedor pedir contas.

– Tal interesse independe da existência de débito. Reclama apenas um vínculo jurídico capaz de obrigar uma das partes a prestar contas à outra. (REsp 828.350/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/04/2007, DJ 13/08/2007, p. 366 – grifou-se)

40. Dessa forma, diante do exposto, percebe-se a adequação da ação de prestação de contas ao caso, devendo a jurisprudência consolidada desse eg. Superior Tribunal de Justiça sobre o tema ser ratificada, no sentido da existência de interesse de agir do mutuário para o ajuizamento da mencionada ação para veicular a pretensão de obter esclarecimentos a respeito da evolução do débito, assim também no tocante a certificação quanto à correção dos valores lançados e também apuração de eventual crédito a seu favor.

CONCLUSÃO

41. Em face das razões expostas, conclui-se que:
- a) Esta autarquia possui interesse institucional e goza de representatividade adequada para atuar nos presentes autos na qualidade de *amicus curiae*;
 - b) 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, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais; e
 - c) Adequada a ação de prestação de contas para a busca da tutela jurisdicional pretendida na presente lide, cuja ação foi ajuizada por cliente bancário para obtenção de esclarecimentos a respeito da evolução do débito, assim também no tocante à certificação a respeito da correção dos valores lançados e também apuração de eventual crédito a seu favor.

Este é o parecer, que se submete à consideração de Vossa Senhoria e que, se aprovado, poderá ser remetido ao colendo Superior Tribunal de Justiça a título de subsídio para o julgamento do Recurso Especial nº 1.293.689/PR.

Fernando José Sakayo de Oliveira

Procurador

De acordo.

Ao Senhor Subprocurador-Geral titular da CC2PG.

Erasto Villa-Verde Filho

Procurador-Chefe

Aprovo.

Ao Senhor Procurador-Geral.

Luiz Ribeiro de Andrade

Subprocurador-Geral

(segue despacho)

Acolho a manifestação da lavra do Dr. Fernando José Sakayo de Oliveira, aprovada pelo Procurador-Chefe da Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes (Cojud) e pelo Subprocurador-Geral da Câmara de Contencioso Judicial e Execuções Fiscais (CC2PG), que bem equaciona a matéria em debate.

2. Remeta-se o presente parecer, por peticionamento eletrônico, anexo ao Ofício PGBC-2131/2012, que subscrevo, ao eminente relator do Recurso Especial nº 1.293.689/PR.

3. Após, transitem os autos pelo Gabinete da Presidência para conhecimento da providência adotada.

Isaac Sidney Menezes Ferreira

Procurador-Geral

Parecer PGBC-103/2012

Parecer que analisa o Projeto de Lei nº 4.152, de 2008, que propõe a revogação integral da Lei nº 11.382, de 2006, que instituiu a modalidade de penhora por meio eletrônico.

Fernando José Sakayo de Oliveira
Procurador

Erasto Villa-Verde Filho,
Procurador-Chefe

Luiz Ribeiro de Andrade
Subprocurador-Geral

Isaac Sidney Menezes Ferreira
Procurador-Geral

Parecer PGBC-103/2012

Brasília, 4 de abril de 2012.

Ementa: Projeto de Lei de nº 4.152, de 2008, de autoria do Senhor Deputado Laercio Oliveira. Propõe revogação integral da Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, que instituiu a modalidade de penhora por meio eletrônico – Remessa pela Assessoria Parlamentar (Aspar) para verificação do interesse da Procuradoria-Geral do Banco Central no assunto. Existência de Interesse. BacenJud. Sistema gerido pelo Banco Central. Legalidade e Constitucionalidade da penhora por meio eletrônico e do BacenJud. Princípio constitucional da razoável duração do processo. Princípio da celeridade e economia processual. Desconformidade da proposta legislativa com a Constituição Federal.

Senhor Procurador-Chefe,

ASSUNTO

A Assessoria Parlamentar do Banco Central (Aspar) encaminha os presentes autos à Procuradoria-Geral a fim de que esta se pronuncie sobre seu interesse na abertura de processo para acompanhamento da tramitação do Projeto de Lei nº 4.152, de 2008, de autoria do Senhor Deputado Laercio Oliveira, que propõe revogação integral da Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, que instituiu a modalidade de penhora por meio eletrônico.

2. Estes autos tramitaram pelo Gabinete da Procuradoria-Geral do Banco Central (fl. 4), no qual foi reconhecido o interesse no acompanhamento do mencionado projeto de lei, destacando-se a participação desta Procuradoria-Geral nos estudos do assunto no âmbito do Projeto de Reforma do Código de Processo Civil. Assim, foi determinado o trânsito dos autos pelo Departamento de

Prevenção a Ilícitos Financeiros e de Atendimento de Demandas de Informações do Sistema Financeiro (Decic).

3. O Decic, por sua vez, em análise técnica da justificativa da proposta legislativa, entendeu que os fundamentos ali contidos não procedem. Assim, manifestou pela manutenção da penhora de dinheiro por meio eletrônico.

4. Os autos retornaram ao Gabinete desta Procuradoria-Geral, momento em que foi determinada a remessa à Câmara do Contencioso Judicial e Execução Fiscal (CC2PG) para pronunciamento, à vista da notória especialização da referida câmara temática na matéria objeto do Projeto de Lei nº 4.152, de 2008.

5. Assim, vieram os autos a esta Coordenação-Geral de Processos Relevantes (Cojud) para elaboração de parecer relativo à matéria.

O Projeto de Lei nº 4.152, de 2008

6. O Projeto de Lei nº 4.152, de 2008, propõe a revogação integral da Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, que alterou dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos. O mencionado projeto de lei apresenta a seguinte justificativa para a revogação total do referido diploma legal, *verbis*:

O Congresso Nacional decretou e o Presidente da República sancionou, em 6 de dezembro de 2006, a Lei n.º 11.382 que alterou substancialmente o processo de execução brasileiro. Concedeu ao judiciário o instrumento conhecido como “Penhora *on-line*”, que lhe possibilita garantir a execução judicial promovida pelos credores.

Dessa forma, o magistrado, “a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade”.

Ocorre que tal instrumento vem sendo utilizado de maneira indiscriminada e com excessos. Arbitrariamente, os juízes oficiam à autoridade competente determinando o bloqueio dos valores constantes de conta e depósitos em nome dos executados, antes mesmo de garantir-lhes o direito de indicar bens à penhora. Com esse procedimento, o executado não é ouvido e o seu direito de apresentação de bens suficientes à penhora é aviltado.

Ou seja, o devido processo legal é desrespeitado aleatoriamente, caracterizando iminente violação ao direito social constante do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal. Ademais, há ainda a violação do disposto no inciso LV do referido artigo, por deixar de conceder às partes integrantes da lide o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Portanto, visando extinguir tamanha atrocidade, apresento o presente projeto de lei revogando integralmente a referida lei que permite tamanha violação às garantias fundamentais do povo brasileiro.

7. O projeto de lei foi distribuído pela Presidência da Câmara dos Deputados para análise e parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), nos termos do que dispõem os artigos 24, *caput* e inciso II, e 54 do Regimento Interno daquela Casa, onde cursa em regime de tramitação ordinária, dispensando-se apreciação pelo Plenário.

8. Nesse contexto, o projeto recebeu parecer pela aprovação na CCJC, contudo na forma do substitutivo apresentado pelo Senhor Deputado João Magalhães, relator, que propôs apenas a revogação do art. 655-A do Código de Processo Civil,¹ o qual trata da penhora por meio eletrônico. Trecho do parecer da CCJC assim estabelece, *verbis*:

É de se verificar, todavia, que a proposta legislativa sob análise não resiste a um crivo rigoroso quanto ao aspecto de juridicidade. Isto porque se busca por seu intermédio a revogação das inovações legislativas incorporadas ao Código de Processo Civil pela Lei no 11.382, de 6 de dezembro de 2006, sem que se dê tratamento alternativo à matéria nelas versada, o que acarretaria o surgimento de grave lacuna no direito processual civil em vigor, posto que não ocorreria em tal hipótese a reinstalação.

De outra parte, detecta-se óbices pertinentes à técnica legislativa empregada no projeto de lei em tela, visto que, além da ausência indevida em seu texto de um artigo inaugural que deveria enunciar o objeto da lei pretendida, a modificação legislativa desejada se volta equivocadamente para a revogação do texto de uma lei que se limitou a alterar e revogar dispositivos do Código de Processo Civil quando deveria ter como alvo

1 “Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).”

a revogação destes últimos ou ainda a alteração da nova redação que lhes fora conferida.

Quanto ao mérito, assinale-se que a medida proposta no projeto de lei sob exame (revogação integral da lei nele referida) não se afigura judiciosa pelos motivos já expostos no tocante aos aspectos de juridicidade e técnica legislativa.

Releva notar, entretanto, que a abolição da modalidade de penhora ou indisponibilidade de bens on-line prevista no ordenamento processual civil vigente se revela adequada, uma vez que tal mecanismo, contra o qual se volta o autor da proposição sob exame na justificação respectiva, já vem sendo alvo de críticas pelos operadores do direito, visto que a sua utilização, que ocorre de forma indiscriminada, avilta a possibilidade de o executado oferecer outros bens para a garantia do juízo, além de permitir que se torne frequente a situação em que o bloqueio é realizado em diversas contas bancárias do executado, independentemente de o somatório das quantias penhoradas ou tornadas indisponíveis ser superior ao valor indicado na ordem judicial, cujo limite máximo é aquele indicado na execução (art. 655-A, *caput*, do Código de Processo Civil), o que implica, em última análise, verdadeiro excesso de execução.

Assim, vale propor nesta oportunidade a revogação integral do art. 655-A do Código de Processo Civil mediante a oferta de substitutivo à matéria em tela.

Diante do exposto, vota-se pela constitucionalidade, juridicidade, adequada técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do Projeto de Lei nº 4.152, de 2008, nos termos do substitutivo ora oferecido cujo teor segue em anexo.

9. Após a apresentação do substitutivo, o Senhor Deputado Félix Mendonça Júnior apresentou voto em separado, no sentido da rejeição do projeto de lei. Com relação ao mérito projeto, assim dispôs o voto em separado, *verbis*:

Quanto ao aspecto de mérito, assinale-se que a medida proposta no projeto de lei sob exame (revogação integral da lei nele referida) não se afigura judiciosa pelos motivos já expostos no tocante aos aspectos de juridicidade e técnica legislativa.

Cabe assinalar que até mesmo a simples supressão da modalidade de penhora ou indisponibilidade de bens conhecida como “penhora *on-line*” prevista no ordenamento processual civil vigente e defendida pelo relator da matéria no âmbito deste Colegiado não se revela apropriada, visto que a medida

referida sabidamente tem oferecido larga contribuição para a celeridade e efetividade dos feitos de execução, dada a agilidade e eficácia dos meios empregados, e não há qualquer outra forma de indisponibilidade e penhora de bens e direitos que possa substituí-la com as mesmas qualidades e grau de sucesso já obtido.

Lembre-se ainda que, havendo abusos ou excessos na utilização de tal medida, o que estaria fomentando críticas formuladas por operadores do direito, tais situações poderão ser revertidas com razoável brevidade por novos provimentos judiciais.

Vale registrar, finalmente, que esta Casa por intermédio de Comissão Especial instalada e em funcionamento tem se debruçado em análise sobre projeto de novo código de processo civil (Projeto de Lei no 8.046, de 2010) e certamente se dedicará a aprofundar estudos sobre o mecanismo da penhora on-line a fim de oferecer o aperfeiçoamento de sua disciplina no diploma aludido a ser erigido para que abusos e excessos de “indisponibilidade e penhora on-line” de bens se tornem cada vez mais raros.

Diante do exposto, vota-se pela constitucionalidade, injuridicidade, inadequada técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição do Projeto de Lei no 4.152, de 2008.

10. O Projeto de Lei nº 4.152, de 2008, ainda tramita na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, onde foi encerrado, em 3.5.2011, o prazo para emendas ao substitutivo, sem apresentação de qualquer nova proposta de modificação do texto.

11. Após as breves considerações sobre o conteúdo e a tramitação do Projeto de Lei nº 4.152, de 2008, passa-se a apreciação da constitucionalidade e no mérito da proposta.

Análise da constitucionalidade e do mérito do Projeto de Lei nº 4.152/2008 – A Emenda Constitucional 45/2004 – As reformas processuais – O BacenJud

12. Com a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, conhecida como “Reforma do Judiciário”, novos paradigmas e diretrizes foram instituídos para a função jurisdicional do Estado, com a finalidade de se buscar a eficiência e a celeridade na atividade judicante. Entre esses novos

paradigmas, destaca-se a inclusão do direito do cidadão à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, nos termos do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.²

13. A partir da referida modificação do texto constitucional, deflagrou-se processo de adequação da legislação processual, no sentido de se concretizar as diretrizes fixadas no Texto Maior. Novos institutos e procedimentos foram criados a fim de que o Poder Judiciário pudesse atuar de forma eficiente e célere. Nessa nova onda de reformas processuais, foram editados os seguintes diplomas legais: Lei nº 11.187, de 2005, Lei nº 11.232, de 2005, Lei nº 11.276, de 2006, Lei nº 11.277, de 2006, Lei nº 11.280, de 2006, Lei nº 11.382, de 2006, e Lei nº 11.341, de 2006.

14. Verifica-se, portanto, que o projeto de lei em análise pretende revogar integralmente um dos citados diplomas legais, a saber, a Lei nº 11.382, de 2006.

15. No que tange à constitucionalidade formal, o Projeto de Lei nº 4.152/2008 guarda compatibilidade com a Constituição Federal. A propósito, foi apresentado por membro da Câmara dos Deputados, nos termos do art. 61, *caput*, da Constituição Federal,³ versando sobre direito processual civil, matéria de competência privativa da União, a teor do art. 22, I, do Texto Maior.⁴ Por fim, impende ressaltar que não se trata de matéria reservada à lei complementar.

16. Contudo, no mérito, o projeto de lei em exame não segue as diretrizes traçadas pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, bem como vai de encontro aos princípios da celeridade e economia processual.

17. Inicialmente, necessário esclarecer que o Projeto de Lei nº 4.152, de 2008, em que pese pretender a ab-rogação da mencionada lei, se insurge unicamente contra a realização de penhora por meio eletrônico, mais conhecida como “penhora *on-line*”. Nesse mesmo sentido também o substitutivo apresentado, que propõe tão somente a revogação do art. 655-A do Código de Processo Civil, dispositivo que trata da penhora por meio eletrônico. Dessa forma, necessário

2 “Art. 5º [...] LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

3 “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.”

4 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”

tratar minuciosamente do sistema denominado “BacenJud”, gerido por esta Autarquia, o qual possibilita a realização da penhora por meio eletrônico.

18. Conforme bem lançado em manifestação jurídica desta Procuradoria-Geral,⁵ o Poder Judiciário brasileiro, há muito tempo, tem se beneficiado da facilidade e da rapidez com que o Banco Central, ente supervisor do Sistema Financeiro Nacional, comunica-se com as instituições por ele supervisionadas. Assim, para tornar mais célere a comunicação de determinados atos judiciais dirigidos às instituições financeiras, o Judiciário tem se socorrido da infra-estrutura desta Autarquia. Em parecer da Procuradoria-Geral do Banco Central, publicado na **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, já se consignou a esse respeito o que segue:

Os juízes podem enviar suas determinações diretamente às instituições financeiras. Todavia, pela facilidade de comunicação do Banco Central do Brasil com o Sistema Financeiro Nacional (especialmente por intermédio do chamado Sisbacen⁶), o Poder Judiciário, em regra, encaminha a ordem ao Banco Central, que providencia sua transmissão aos integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Basicamente, o Banco Central “converte” os ofícios encaminhados pelo Poder Judiciário em “correios eletrônicos do Sisbacen” e os remete às instituições financeiras destinatárias. Assim, o Banco Central do Brasil, desde os anos 80, vem prestando um importante serviço à Justiça, traduzido pelo repasse, às instituições do Sistema Financeiro Nacional, das solicitações remetidas pelo Poder Judiciário, tais como comunicação e extinção de falência, bem como bloqueios e desbloqueios de aplicações e movimentações financeiras de pessoas físicas e jurídicas.⁷

19. Contudo, essas requisições do Poder Judiciário, no passado, somente podiam ser feitas ao Banco Central por meio de ofícios em papel. Sucede que, em poucos anos, o volume de ofícios enviados à Autarquia cresceu extraordinariamente. Consoante informa o *site* do Banco Central do Brasil, em

5 Petição PGBC-6805/2010, de autoria do Procurador Felipe de Vasconcelos Pedrosa, aprovada pelo então Coordenador-Geral da Cojud, Flávio José Roman, e pelo Subprocurador-Geral da Área do Contencioso, Luiz Ribeiro de Andrade. Essa petição foi acostada aos autos do Recurso Especial nº 1.184.765/PA, no qual o Superior Tribunal de Justiça convidou o Banco Central a se manifestar na qualidade de *amicus curiae*. Publicada na **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, vol. 4, n. 2, dez.2010, p. 239 e 257.

6 Sistema de Informações do Banco Central do Brasil.

7 Parecer-2003/00514/Dejur/Gabin, da lavra do Subprocurador-Geral do Banco Central Luiz Ribeiro de Andrade e despacho do então Procurador-Geral do Banco Central, Francisco José de Siqueira. Publicado na **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, vol. 1, n. 1, dez. 2007, p. 313 e 314.

dez anos (de 1998 a 2008), o volume de solicitações recebidas pela Autarquia passou de 6.384 para 3.671.735.⁸ Essa demanda do Poder Judiciário acabaria por tornar impossível o atendimento, em tempo hábil, das requisições, pois é necessário um enorme trabalho de triagem, classificação, conferência, digitação e reenvio das determinações judiciais às instituições bancárias.

20. Assim, com o crescimento dessa demanda e com o objetivo de prestar as informações ao Judiciário de forma eficaz, esta Autarquia implementou, em 2001, a primeira versão de um sistema informatizado denominado BacenJud 1.0.

21. Esse sistema permitiu que os juízes encaminhassem ao Banco Central, por meio da rede mundial de computadores, de forma segura e econômica, ordens judiciais de solicitações de informações sobre existências de contas e aplicações financeiras de clientes do Sistema Financeiro Nacional, saldos, extratos, endereços, determinações de bloqueio e desbloqueio de valores, bem como comunicação e extinção de falência.

22. O sistema informatizado BacenJud não importou na alteração das regras processuais preexistentes, mas apenas informatizou um procedimento antes utilizado pelos magistrados por meio de ofício em papel.

23. Uma inegável vantagem do sistema, bem lembrada no referido Parecer-2003/00514/Dejur/Gabin, consiste em que:

a interpretação das ordens judiciais pelos analistas do Banco Central, leigos em questões jurídicas, pode ser equivocada; outras vezes, as ordens judiciais omitem dados essenciais à sua circularização; podem, ainda, mostrar-se não muito claras para entendimento de leigos. Com o BacenJud foi possível uma padronização das determinações encaminhadas ao Banco Central, que seguem layouts predeterminados.⁹

24. Diante do contínuo processo de aperfeiçoamento do sistema e das atuais necessidades do Poder Judiciário, o Banco Central, juntamente com representantes dos tribunais superiores e entidades de classe do Sistema Financeiro Nacional, decidiram desenvolver o sistema BacenJud 2.0, com um novo aplicativo que melhorasse as funcionalidades do sistema BacenJud 1.0 e, ao mesmo tempo, criasse novas funcionalidades requeridas pelo Judiciário.

⁸ <<http://www.bcb.gov.br/?RED-BCJUDESTATISTICAS>>. Acessado em 28 de julho de 2010.

⁹ *Op. cit.*, p. 315.

25. As grandes inovações do BacenJud 2.0, implementadas a partir de 2005, foram o retorno de respostas das instituições financeiras para os magistrados pelo próprio sistema e o respectivo controle pelas autoridades judiciárias, bem como a transferência de valores bloqueados para conta de depósito judicial.¹⁰

26. Os benefícios advindos da implantação e da larga utilização do BacenJud, no que diz respeito à celeridade e à efetividade do provimento jurisdicional, tiveram o reconhecimento do legislador, quer no âmbito da execução fiscal de tributos, quer na esfera mais ampla do processo civil. Primeiro, positivaram-se as normas inscritas no art. 185-A, *caput*, § 1º e § 2º, do Código Tributário Nacional. Depois, aquelas constantes do art. 655-A, *caput*, § 1º e § 2º, do Código de Processo Civil.¹¹ Os referidos dispositivos ratificaram a possibilidade de realização de penhora por meio eletrônico, *verbis*:

Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

§ 1º A indisponibilidade de que trata o caput deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

§ 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o caput deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005). (Código Tributário Nacional).

Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do

10 Informações extraídas do site do Banco Central: <<http://www.bcb.gov.br/?BCJUDINTRO>>. Acessado em 23 de março de 2009.

11 Atos normativos *infralegais* trataram do BacenJud antes mesmo de sua positivação em nível legal. Por exemplo, os Provimentos nº 1, de 25.6.1993, e nº 3, de 23.9.2003, ambos Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho.

executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do *caput* do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006). (Código de Processo Civil).

27. É importante observar que tais regras modificaram apenas o meio utilizado pelo magistrado para a realização de penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira. Em vez de determinar a um oficial de justiça a constrição de certa quantia de numerário, o juiz determina diretamente às instituições financeiras, por meio do sistema BacenJud, que tornem indisponíveis os valores necessários à satisfação da execução.

28. Portanto, não há falar em afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa ou do contraditório, eis que apenas o meio para a realização da penhora foi modificado, passando do meio material para o meio eletrônico. Aliás, ferramentas como a penhora por meio eletrônico concretizam o **direito de todos à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação**.

29. Noutro giro, necessário destacar que, nos termos do art. 655 do Código de Processo Civil, o dinheiro, em espécie ou na forma de ativo financeiro, ocupa posição de prioridade na ordem de penhora. Embora seja relativa essa prioridade, **esta é estipulada em favor do exequente, não do executado**. Tanto é que, no art. 612 do Código de Processo Civil, enuncia-se que “realiza-se a execução no interesse do credor”. No art. 475-J, § 3º, do Código de Processo Civil, prevê-se que, frustrado o pagamento pelo executado, o **exequente** poderá, ao requerer a expedição de mandado de penhora e avaliação, “indicar desde logo os bens a serem penhorados”. No art. 655-A, § 2º, do Código de Processo Civil, preceitua-se expressamente que “**compet**e ao **executado** comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do *caput* do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade” (destaquei). No art. 656 do Código de Processo Civil,

estatuí-se que poderá haver substituição da penhora se não houver obediência à ordem legal (inciso I), ou se a penhora incidir sobre bens de baixa liquidez (inciso V).

30. Marinoni e Arenhart, porquanto lecionem que o juiz pode deixar de aplicar a ordem prevista no art. 655, do Código de Processo Civil, “mediante a devida e adequada justificativa, diante de outra realidade social e de mercado e das particularidades presentes no caso concreto”,¹² e reconheçam que a eleição dos bens penhoráveis deve atender “aos princípios do resultado da execução – pelo qual a execução deve ocorrer da forma mais proveitosa para o credor – e do menor sacrifício do executado – em razão da qual a execução não deve ir além do estritamente necessário para a satisfação do crédito”, também ensinam que:

o executado apenas pode fugir da ordem legal do art. 655 mediante a adequada justificativa, a ser analisada pelo juiz. A falta de justificativa caracteriza violação do art. 600, IV.¹³

não há qualquer racionalidade em supor que o executado pode indicar a penhora um bem que não seja idôneo à satisfação da execução, apenas por ser o que lhe traz a menor restrição. A menor restrição apenas importa quando existem dois bens igualmente idôneos à realização do direito do exequente.¹⁴

agora o exequente tem o direito de indicar bens à penhora (art. 475-J, § 3º), não existindo mais a previsão de que o executado deve ser citado para pagar ou nomear bens à penhora. O real significado desta mudança está em evidenciar que o executado tem apenas e tão somente o dever de pagar – embora possa apresentar impugnação para tentar demonstrar a inexistência deste dever – e não o direito de nomear bens à penhora – como, por exemplo, imóvel situado em outra localidade – caso não deseje pagar imediatamente.¹⁵

31. Verifica-se, portanto, que a penhora de dinheiro significa apenas o cumprimento do mandamento legal, caso o devedor não efetue o pagamento. Assim, não procede a justificativa do projeto de lei em exame, a qual afirma que

12 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. vol. 3: Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 265.

13 *Idem. Ibidem*, p. 268.

14 *Idem. Ibidem*, p. 270.

15 *Idem. Ibidem*, p. 271.

“com esse procedimento, o executado não é ouvido e o seu direito de apresentação de bens suficientes à penhora é aviltrado”.

32. Por outro lado, não se pode olvidar que o executado poderá se insurgir contra eventual incorreção da penhora, realizada por meio material ou por meio eletrônico, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos à execução. Os artigos 475-L, III, e 745, II, ambos do Código de Processo Civil, estabelecem que um dos fundamentos para a defesa do executado é justamente a incorreção da penhora, *verbis*:

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

[...]

III – penhora incorreta ou avaliação errônea; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

Art. 745. Nos embargos, poderá o executado alegar: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

[...]

II – penhora incorreta ou avaliação errônea; (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

33. Imprescindível destacar que o texto do Novo Código de Processo Civil, já aprovado pelo Senado Federal e encaminhado à Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 8.046, de 2010), contemplou e aperfeiçoou a penhora por meio eletrônico.¹⁶ O texto aprovado no Senado assim dispõe, *verbis*:

Art. 810. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.

§ 1º No prazo de vinte e quatro horas a contar da resposta, de ofício, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva, o que deverá ser cumprido pela instituição financeira em igual prazo.

16 O texto aprovado no Senado Federal adotou, em grande medida, as diretrizes traçadas no Parecer PGBC-174/2010, da lavra do Procurador Jäder Amaral Brilhante, aprovado pelo Subprocurador-Geral da Área do Contencioso, Luiz Ribeiro de Andrade, e pela então Procuradora-Geral Interina, Marusa Vasconcelos Freire.

§ 2º Tornados indisponíveis os ativos financeiros do executado, este será intimado na pessoa de seu advogado ou, não o tendo, pessoalmente.

§ 3º Incumbe ao executado, no prazo de cinco dias, comprovar que:

I – as quantias indisponibilizadas são impenhoráveis;

II – ainda remanesce indisponibilidade excessiva de ativos financeiros.

§ 4º Acolhida qualquer das arguições dos incisos I e II do § 3º, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva, o que deverá ser cumprido pela instituição financeira em vinte e quatro horas.

§ 5º Rejeitada ou não apresentada a manifestação do executado, converter-se-á a indisponibilidade em penhora, e lavrar-se-á o respectivo termo, devendo o juiz da execução determinar à instituição financeira depositária que, no prazo de vinte e quatro horas, transfira o montante indisponível para conta vinculada ao juízo da execução.

§ 6º Realizado o pagamento da dívida por outro meio, o juiz determinará, imediatamente, à autoridade supervisora, a notificação da instituição financeira para que cancele a indisponibilidade, que deverá ser realizada em até vinte e quatro horas.

§ 7º As transmissões das ordens de indisponibilidade, de seu cancelamento e de determinação de penhora, previstas neste artigo far-se-ão por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional.

§ 8º A instituição financeira será responsável pelos prejuízos causados ao executado em decorrência da indisponibilidade de ativos financeiros em valor superior ao indicado na execução ou pelo juiz, bem como na hipótese de não cancelamento da indisponibilidade no prazo de vinte e quatro horas, quando assim determinar o juiz.

§ 9º Quando se tratar de execução contra partido político, o juiz, a requerimento do exequente, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido por autoridade supervisora do sistema bancário, que torne indisponíveis ativos financeiros somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou que tenha dado causa à violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados, na forma da lei.

34. Assim, a revogação da Lei nº 11.382, de 2006, tal como postula o projeto de lei em exame, ou tão somente do art. 655-A do Código de Processo Civil, conforme proposto no substitutivo, representaria flagrante retrocesso para o processo de execução, porquanto a extinção da penhora por meio eletrônico implicaria,

necessariamente, retorno do arcaico sistema de utilização de papel, prejudicando a celeridade e aumentando o custo do processo. Nesse particular, cabe destacar trecho do parecer da lavra do então Procurador-Geral da República, Professor Claudio Fonteles, que, com precisão cirúrgica, manifestou-se pela constitucionalidade do BacenJud nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.091-4/DF, *verbis*:

15. Assim, como enfatiza o Banco Central, “da mesma forma como vinha ocorrendo nos últimos 20 anos, com a implantação do BacenJud, continuam os dados sendo transmitidos com segurança aos bancos, que cumprem as ordens judiciais e retornam as informações aos juízes. Ou seja, **o sistema apenas permite que um ofício que antes era encaminhado em papel, agora, seja encaminhado pela internet**, racionalizando os serviços no âmbito do Banco Central do Brasil, dos demais integrantes do Sistema Financeiro Nacional e do próprio Poder Judiciário” (grifo nosso).

16. Cumpre ressaltar que semelhante convênio de cooperação técnico-institucional já foi celebrado entre o Banco Central, o Superior Tribunal de Justiça e o Conselho da Justiça Federal, e, atualmente, os Tribunais Regionais Federais e os 27 Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal já firmaram adesão ao Convênio Bacen/STJ/CJF/2001. Segundo informa o Banco Central, hoje, a maioria das ordens judiciais dirigidas ao Sistema Financeiro Nacional são viabilizadas pelo BacenJud.

17. Não existe, portanto, qualquer inovação na ordem jurídica apta a gerar uma inconstitucionalidade. A criação do Sistema BacenJud apenas visou facilitar o processo de solicitação de informações pelos juízes às instituições do Sistema Financeiro Nacional, que, se antes era realizado mediante ofício em papel, agora se faz por meio eletrônico. Não há criação de norma processual ou trabalhista, que possa ser aferida em face do art. 22, I, da Carta da República. Como bem salientou o E. Presidente do TST, em suas informações, “na verdade, não se legislou sobre instituto novo de processo ou de direito do trabalho. Apenas atentou-se viabilizar a penhora sobre dinheiro, já que o art. 882 da CLT alude expressamente à ordem preferencial estabelecida no art. 655 do Código de Processo Civil, que prioriza o dinheiro como bem preferencial a ser penhorado. Recusada a nomeação de bens feita sem a obediência à ordem preferencial, pode a parte requerer ou juiz determinar de ofício a penhora sobre dinheiro, passando à sua busca mediante o Sistema BacenJud. Como já enfatizado anteriormente, o Sistema BacenJud não é outra forma de penhora. É simples busca de dinheiro em conta bancária do devedor recalcitrante.

[...]

28. O Sistema BacenJud vai ao encontro das novas tecnologias a serviço do um novo processo judicial, que tem como princípios norteadores a celeridade, a economicidade e a máxima eficácia, e que vem ganhando corpo com a implementação de sistemas de peticionamento on-line, dos interrogatórios por meio de videoconferência, dos sites dos tribunais, da pesquisa via internet da jurisprudência, da autenticação eletrônica de documentos etc. Lembre-se que esse Supremo Tribunal Federal, por meio da Resolução nº 287, de 14 de abril de 2004, instituiu o chamado e-STF, sistema que permite o uso de correio eletrônico para a prática de atos processuais no âmbito dessa Colenda Suprema Corte. (autos da ADI 3091-4/DF, fls. 185/193, grifou-se.)

35. Por fim, impende ressaltar que a alteração legislativa ora proposta dificultaria, e muito, a atividade desta Autarquia em colaborar com o Poder Judiciário no cumprimento de suas ordens, uma vez que, conforme já dito, as comunicações dirigidas às instituições financeiras aumentaram extraordinariamente ao longo do tempo.

36. Dessa forma, verifica-se que o projeto de lei em análise está em desconformidade com os parâmetros e diretrizes fixados pela Constituição Federal, que assegura a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Ademais, a proposição em exame afronta os princípios da celeridade e da economia processual.

CONCLUSÃO

37. Ante todo o exposto, é possível concluir que:

- a) a implantação do sistema informatizado BacenJud não implicou alteração das regras processuais preexistentes, mas apenas informatizou um procedimento antes utilizado pelos magistrados por meio de ofício em papel;
- b) a regra do art. 655-A do Código de Processo Civil modificou apenas o meio utilizado pelo magistrado para a realização de penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira;

- c) a revogação total da Lei nº 11.382, de 2006, ou tão somente do art. 655-A do Código de Processo Civil, representaria flagrante retrocesso para o processo de execução, com prejuízo da celeridade e aumento de custos do processo;
- d) o projeto de lei em análise está em desconformidade com os parâmetros e diretrizes fixados pela Constituição Federal, que assegura a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. A proposição afronta os princípios da celeridade e da economia processual.

À consideração de Vossa Senhoria.

Fernando José Sakayo de Oliveira

Procurador

De pleno acordo.

2. Como bem demonstrado no judicioso pronunciamento do Procurador Fernando José Sakayo de Oliveira, o sistema BacenJud em nada contraria os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ao contrário do quanto alegado na “Justificação” do projeto de lei em exame.

3. Ao contrário, a proposição legislativa ora apreciada é, *data venia*, materialmente inconstitucional, na medida em que sua aprovação iria de encontro ao princípio constitucional da razoável duração do processo.

À consideração do Senhor Subprocurador-Geral titular da CC2PG.

Erasto Villa Verde Filho

Procurador-Chefe

Acolho, nos termos do despacho do procurador-chefe da Cojud, o bem lançado parecer do procurador Fernando José Sakayo de Oliveira, forte em suas sólidas razões de fato e de direito.

2. Registro, por relevante, que, sobretudo na execução ou cumprimento de sentença por quantia certa contra devedor solvente, o mais público dos processos, cuja efetividade interessa diretamente ao Estado-Juiz, o objetivo é excutir bens do devedor, que, aliás, responde com todo o seu patrimônio para cumprimento das obrigações por ele assumidas ou que lhes tenham sido impostas pelo Poder Judiciário.

3. Decisão judicial sem efetividade redundaria em consagração de um direito puramente teórico, sem nenhum significado na realidade da vida. Assim é que a lei processual classifica o dinheiro em primeiro lugar, no rol dos bens penhoráveis (art. 655 do Código de Processo Civil).

4. E mais, o CPC dispõe que se o devedor fechar as portas de sua casa ou estabelecimento, o juiz pode determinar o arrombamento em busca de bens penhoráveis, podendo valer-se, inclusive, de força policial (artigos 660, 661, 662, 663).

5. É dizer, a efetividade da execução ou do cumprimento de sentença é um dever do Estado, faz-se em benefício do credor e as suas consequências recaem sobre o patrimônio do devedor, sendo o dinheiro, na gradação legal, o bem classificado em primeiro lugar.

6. Assim, a proposta de revogação do artigo 655-A do Código de Processo Civil, além de afrontar os princípios da celeridade e da economia processual, como sustenta o parecerista, atenta contra as regras fixadas pelo Código de Processo Civil que estruturam o processo de execução e o cumprimento de sentença.

Ao senhor Procurador-Geral, em razão da matéria.

Luiz Ribeiro de Andrade
Subprocurador-Geral

(segue Despacho PGBC-2845/2012)

Despacho PGBC-2845/2012

Brasília, 23 de maio de 2012.

Ementa: Projeto de Lei de nº 4.152, de 2008, de autoria do Senhor Deputado Laercio Oliveira. Propõe revogação integral da Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, que instituiu a modalidade de penhora por meio eletrônico – Remessa pela Assessoria Parlamentar (Aspar) para verificação do interesse da Procuradoria-Geral do Banco Central no assunto. Existência de Interesse. BacenJud. Sistema gerido pelo Banco Central. Legalidade e constitucionalidade da penhora por meio eletrônico e da comunicação realizada por meio do sistema BacenJud. Princípio constitucional da razoável duração do processo. Princípio da celeridade e economia processual. Desconformidade da proposta legislativa com a Constituição Federal. Aprovação do Parecer PGBC-103, de 4 de abril de 2012, da Câmara de Contencioso Judicial e Execução Fiscal (CC2PG).

Tenho por adequado o Parecer PGBC-103, de 4 de abril de 2012, da Câmara de Contencioso Judicial e Execução Fiscal (CC2PG), que bem demonstra o alinhamento da Lei nº 11.382, de 2006, com a Constituição, em especial após a “Reforma do Poder Judiciário”, objeto da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu novos paradigmas e diretrizes para a função jurisdicional do Estado.

2. Assim, em que pese o Projeto de Lei nº 4.152, de 2008, até se apresente formalmente regular, é inegável que, do ponto de vista material, a proposição legislativa, em sua concepção inicial ou em seu substitutivo, afronta diretamente preceitos fundamentais do ordenamento brasileiro, a exemplo da efetividade e da celeridade do processo judicial, que defluem do art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição.

3. Vale registrar, a propósito, que a adoção da penhora *online* surgiu de anseios legítimos de julgadores e jurisdicionados, tendo o Banco Central atuado em colaboração com o Poder Judiciário desenvolvendo o sistema BacenJud para facilitar a comunicação de juízes com as instituições financeiras. Tais esforços foram bem acolhidos pelo próprio Poder Legislativo, que, além do art. 655-A do Código de Processo Civil, incluído pela Lei que ora se pretende revogar, previu

medida semelhante para a cobrança judicial de créditos fazendários, na forma do art. 185-A do Código Tributário Nacional.

4. Assim, a revogação da Lei nº 11.382, de 2006, tal como postula o projeto de lei em exame, ou tão somente do art. 655-A do Código de Processo Civil, conforme proposto no substitutivo, representaria flagrante retrocesso para o processo de execução. E mais: ainda implicaria retorno do arcaico sistema de expedição de ordens de bloqueio por meio de ofícios em papel, que, não só afetaria a celeridade do processo, mas aumentaria as despesas do Poder Judiciário, do Banco Central e do sistema financeiro com o tratamento dessas informações sem o padrão de automação hoje obtido.

5. Por fim, cumpre salientar que a proposição legislativa em referência revela-se dissonante não só do ordenamento em vigor, mas também de outras iniciativas do Congresso Nacional, que, no bojo da elaboração de um Novo Código de Processo Civil, já aprovado pelo Senado Federal e encaminhado à Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 8.046, de 2010), buscou aperfeiçoar o mecanismo de penhora por meio eletrônico, acolhendo em grande parte as sugestões contidas no Parecer PGBC-174, de 2010.

6. À vista de todo o exposto, esta Procuradoria-Geral orienta o Banco Central a adotar postura contrária à aprovação do Projeto de Lei nº 4.152, de 2008, de seu substitutivo ou de qualquer emenda nessa proposição legislativa que vise à revogação da Lei nº 11.382, de 2006, ou do art. 655-A do Código de Processo Civil.

Assim posta a questão, dirijam-se os autos à Assessoria Parlamentar, para ciência da orientação firmada e adoção das providências a seu cargo, incluindo a expedição de comunicação ao Ministério da Fazenda sobre o assunto.

Isaac Sidney Menezes Ferreira

Procurador-Geral

Parecer PGBC-134/2012

Parecer que responde a consulta do Departamento de Controle de Gestão e de Planejamento da Supervisão do Banco Central do Brasil acerca da interpretação de dispositivos da Resolução nº 4.019, de 2011.

José Augusto Sansoni Soares

Procurador

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-134/2012

Brasília, 16 de maio de 2012.

Ementa: Consulta do Departamento de Controle de Gestão e de Planejamento da Supervisão (Decop). Medidas Prudenciais Preventivas. Interpretação dos dispositivos da Resolução nº 4.019, de 29 de setembro de 2011. Direito a recurso administrativo e seu procedimento. Definição de competência. Obrigatoriedade de convocação de representantes da instituição financeira para apresentação de plano. Liberação de depósito em conta vinculada. Vedação de distribuição de resultados.

Senhora Procuradora-Chefe,

ASSUNTO

Trata-se de consulta formulada pelo Departamento de Controle de Gestão e de Planejamento da Supervisão (Decop), a respeito de aspectos procedimentais da Resolução nº 4.019, de 29 de setembro de 2011, que dispõe sobre medidas prudenciais preventivas destinadas a assegurar a solidez, a estabilidade e o regular funcionamento do Sistema Financeiro Nacional.

2. Para melhor sistematizar a consulta, passo a resumir as questões postas para análise da Procuradoria-Geral, lembrando que os dispositivos legais abaixo citados se referem à Resolução nº 4.019, de 2011:

- a) cabe recurso administrativo da decisão do Banco Central do Brasil que aplicar as medidas prudenciais previstas no art. 3º?
- b) em caso positivo, qual o procedimento a ser seguido e a autoridade competente para decidir esse recurso administrativo?
- c) é correta a interpretação de que o art. 4º não prevê a obrigatoriedade da convocação de representantes ou da elaboração de planos em vista da presença de uma das situações elencadas no art. 2º e que não há

vinculação entre a utilização desses procedimentos e uma eventual imposição de medidas prudenciais preventivas?

- d) procede a interpretação de que os incisos I a III do art. 5º se aplicam somente quando há o exercício da faculdade prevista no art. 4º?
 - e) quem é a autoridade competente para determinar as medidas facultadas pelo art. 4º, quando não houver sido aplicada uma medida prudencial preventiva?
 - f) o disposto no parágrafo único do art. 7º é autônomo, devendo ser observado em toda e qualquer distribuição de resultados, ou está subordinado ao caput do artigo, de modo que o requisito nele expresso está vinculado à existência de determinação, pelo Banco Central do Brasil, de medidas prudenciais preventivas ou exigência de elaboração do plano prevista no art. 4º?
 - g) quem é a autoridade competente para autorizar a liberação do depósito, previsto no art. 6º?
 - h) há necessidade de previsão de competência regimental para a adoção de medidas preventivas previstas em outras normas?
3. É o relatório. Passo a opinar, abordando, na apreciação a seguir, cada um dos quesitos acima expostos.

APRECIÇÃO

a) Cabe recurso administrativo¹ da decisão do Banco Central do Brasil que aplicar as medidas prudenciais previstas no art. 3º?

4. Dispõe a Resolução nº 4.019, de 2011, que o Banco Central do Brasil poderá adotar as medidas prudenciais preventivas previstas no art. 3º sempre que verificar, por meio de avaliação discricionária, a ocorrência das situações previstas no art. 2º, que comprometam ou possam comprometer o regular

1 O termo recurso administrativo é utilizado nessa manifestação com o significado que lhe dá a doutrina: “Recursos administrativos são os meios formais de controle administrativo, através dos quais o interessado postula, junto aos órgãos da administração, a revisão de determinado ato administrativo”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 846).

funcionamento do Sistema Financeiro Nacional ou das instituições autorizadas a funcionar por esta Autarquia.

5. Depreende-se que as medidas prudenciais preventivas são um instrumento posto à disposição do Banco Central do Brasil com vistas a proteger, em última análise, a higidez do Sistema Financeiro Nacional.

6. O art. 3º da resolução em comento traz o elenco das medidas prudenciais preventivas que podem ser adotadas para alcançar aquele desiderato. Da análise dessas medidas, vislumbra-se que todas interferem na órbita jurídica de seus destinatários, impondo algum tipo de obrigação.

7. Nesse contexto, verifica-se que as medidas prudenciais preventivas são uma manifestação do poder de polícia administrativo, que se consubstancia na prerrogativa conferida ao Poder Público de restringir o direito do administrado em favor do interesse público. Nesse sentido é a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, segundo a qual o poder de polícia é “a prerrogativa de direito público que, calcada em lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade”.²

8. Por sua vez, o exercício do poder de polícia, como qualquer outro comportamento estatal ou privado, deve ser exercido obedecendo aos ditames do nosso ordenamento jurídico. Nessa linha é o magistério de Toshio Mukai:

Os limites do exercício do poder de polícia estão determinados na Constituição e nos princípios fundamentais, e, ainda, nos princípios gerais do direito público e de Direito Administrativo. Os limites constantes na Constituição são impostos pelos direitos e garantias individuais nela consagrados. Não é concebível, pois, que o exercício do poder de polícia desrespeite esses direitos e garantias.³

9. Desse modo, em que pese o fato de as medidas prudenciais preventivas não ostentarem natureza punitiva,⁴ sua adoção se submete aos princípios do

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 68.

3 MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 95.

4 Nesse sentido, trecho do Voto 229/2011 – BCB, que fundamentou a edição da Resolução 4.019, de 2011, em que ficou assentado: “Um dos principais objetivos considerados na proposta apresentada refere-se à necessidade de tornar mais clara à distinção entre medidas preventivas e medidas punitivas. Ambas as espécies de medidas representam atos do poder de polícia e decorrem de processo avaliativo conduzido pela Administração Pública. Os atos punitivos são vinculados, adstritos ao que determina a lei, de forma que não há margem de liberdade por ocasião de sua prática. Em oposição, os atos ditos preventivos decorrem de certa margem de liberdade conferida pela disciplina legal ao administrador para decidir em face de circunstâncias concretas.”

contraditório e da ampla defesa, fundados no devido processo legal, porquanto tais atos podem vir a limitar a atuação da instituição financeira destinatária ou mesmo os direitos de seus administradores e acionistas.

10. Os princípios em referência se encontram positivados no art. 5º, LV, da Constituição da República, nos seguintes termos:

aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes

11. Comentando a amplitude dos princípios do contraditório e da ampla defesa, Raquel Melo Urbano de Carvalho assevera:

Contudo, é mister observar que é inadmissível, hodiernamente, restringir as garantias do contraditório e da ampla defesa aos processos administrativos em que há risco de punição ou em que há manifesta controvérsia instalada entre a Administração e terceiro. **Na verdade, basta que os interesses sejam contraditórios, mesmo sem acusação ou confronto já presente, para ser necessária a observância da ampla defesa e do contraditório.**

12. Em razão do que foi dito até aqui, entendo que a instituição financeira destinatária de uma medida prudencial preventiva possui o direito de se insurgir contra sua aplicação. Corroborando esse entendimento, invoco o direito fundamental de petição, previsto no art. 5º, inciso XXXIV, alínea *a*, da Constituição da República, que consiste na faculdade “que tem o indivíduo de formular aos órgãos públicos qualquer tipo de postulação, tudo como decorrência da própria cidadania”⁵

13. A questão que se coloca diz respeito ao momento em que se deve garantir à instituição financeira o direito ao contraditório e à ampla defesa. Na seara administrativa, em regra, deve-se abrir oportunidade para o administrado se manifestar antes da prolação da decisão estatal, porquanto esses direitos têm por escopo garantir aos administrados meios de influir no conteúdo da decisão.

5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 843.

14. No entanto, em alguns casos, será justificável a postergação do contraditório, com a adoção imediata da medida restritiva determinada na decisão administrativa. Nessa hipótese, o direito do administrado de se insurgir contra a decisão deverá ser exercido em momento posterior. Isto porque, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “os princípios aludidos [princípios do contraditório e da ampla defesa] não devem ser tomados de maneira tão desatada que impeçam a adoção imediata de providências da mais extrema urgência requeridas insubstituivelmente para salvaguardar interesses públicos relevantes que, de outra sorte, ficariam comprometidos.”⁶

15. Assim, será permitida ao Poder Público, quando este estiver diante de uma situação que demande a adoção de providência urgente e que não comporte as delongas naturais advindas da observância do contraditório em ampla defesa, a aplicação imediata da medida administrativa, sem a oitiva prévia do administrado, permitindo-se, depois, a sua insurgência.

16. Verifico que esse entendimento se aplica ao caso em análise. A ocorrência de uma das situações previstas no art. 2º da Resolução nº 4.019, de 2011, indica a necessidade de atuação imediata do Banco Central do Brasil, porquanto os fatos ali descritos são idôneos a comprometer o regular funcionamento do Sistema Financeiro Nacional ou das instituições autorizadas a funcionar por esta Autarquia. Desse modo, uma vez verificada uma daquelas situações, esta Autarquia está autorizada a diligenciar, de maneira urgente, no sentido de pôr cabo à situação de anormalidade.

17. Entendo, portanto, que deve ser garantido o direito de a instituição destinatária da medida prudencial preventiva se insurgir contra sua adoção. No entanto, cabe consignar que tal direito não obsta a aplicação imediata da medida.

b) Qual o procedimento a ser seguido e a autoridade competente para conhecer desse recurso administrativo?

18. A Resolução nº 4.019, de 2011, não disciplinou de maneira exaustiva o procedimento para a aplicação das medidas prudenciais preventivas estabelecidas

6 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros. p. 111.

em seu art. 3º, de modo que, se a autoridade supervisora estiver diante de uma situação não prevista na norma em questão, deverá se valer da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

19. O art. 5º da Resolução nº 4.019, de 2011, traz um procedimento mínimo a ser seguido quando da aplicação de uma medida prudencial preventiva.⁷ Dispõe o artigo em apreço:

Art. 5º Aplica-se às medidas prudenciais preventivas de que trata esta Resolução o seguinte procedimento:

I – o comparecimento dos representantes deverá ocorrer no prazo máximo de cinco dias contados da data da convocação, que poderá ser formalizado em termo específico lavrado pelo Banco Central do Brasil;

II – o plano deverá ser apresentado ao Banco Central do Brasil no prazo por ele estabelecido, o qual não deverá ser superior a sessenta dias, contado da data da convocação referida no inciso anterior;

III – o plano deverá ser executado no prazo aprovado pelo Banco Central do Brasil, não podendo superar seis meses, prorrogáveis diante de motivos relevantes, a critério do Banco Central do Brasil, por no máximo igual período.

20. Da leitura desse dispositivo, verifico que, uma vez aplicada uma das medidas previstas no art. 3º, os representantes da instituição deverão comparecer, no prazo de 5 (cinco) dias contados da data de convocação, ao Banco Central do Brasil, oportunidade na qual será fixado prazo para apresentação de plano.

21. Em que pese o dispositivo não fazer referência ao conteúdo desse plano, entendo possível utilizar, por meio de uma interpretação sistemática, o disposto no art. 4º, II, da norma em análise.⁸ Assim, o plano a ser apresentado deve conter a solução da situação que ensejou a adoção das medidas prudenciais preventivas, com a indicação de metas quantitativas e qualitativas a serem atingidas, a

7 Conforme se verá, sustento que, na verdade, a aplicação de uma medida do art. 3º deve obedecer ao previsto nos arts. 4º e 5º.

8 “Art. 4º Sem prejuízo da adoção das medidas prudenciais preventivas previstas no art. 3º, o Banco Central do Brasil, em vista de uma das situações previstas no art. 2º, poderá convocar os representantes legais da instituição e seus controladores para: [...] II – apresentar plano para a solução da situação que ensejou a adoção das medidas prudenciais preventivas, com a indicação de metas quantitativas e qualitativas a serem atingidas, a anuência de todas as partes envolvidas na consecução do plano e o estabelecimento de cronograma para sua execução. [...]”

anuência de todas as partes envolvidas na sua consecução e o estabelecimento de cronograma para sua execução.

22. Uma vez que se admite o direito da instituição de se insurgir contra a aplicação da medida prudencial, poderá ela apresentar, além desse plano de regularização, uma impugnação, pedindo a revogação da medida imposta. Por sua vez, do reconhecimento desse direito decorre a necessidade de se intimar a instituição para exercê-lo, se quiser. A esse respeito, entendo que o momento mais adequado para proceder a essa intimação, por uma questão de economia processual, é do comparecimento previsto no art. 5º, I, da Resolução nº 4.019, de 2011, quando a instituição também será notificada para apresentar o plano de regularização.

23. Dito isto, surge a seguinte indagação: qual seria prazo para o administrado impugnar a decisão que aplicou a medida prudencial? Como não há prazo fixado para a apresentação da insurgência, pode-se invocar a regra supletiva prevista no *caput* do art. 24 da Lei nº 9.784, de 1999,⁹ de modo que o prazo será de cinco dias a contar da assinatura do termo de comparecimento. Tendo em conta que esse prazo pode se mostrar exíguo no caso concreto, entendo que a autoridade supervisora pode conceder um prazo maior para a apresentação da impugnação, limitado, no entanto, a 60 (sessenta) dias, que é o prazo que a instituição tem para apresentar o plano de regularização.

24. Registro, nesse passo, que a impugnação deverá ser dirigida ao Diretor de Fiscalização, que, nos termos do art. 1º da Portaria nº 68.076, de 25 de novembro de 2011,¹⁰ é a autoridade competente para aplicar as medidas do art. 3º da Resolução nº 4.019, de 2011.

25. Após análise dos argumentos esgrimidos na impugnação, o Diretor de Fiscalização decidirá a respeito do pleito, mantendo a aplicação da medida prudencial ou revogando-a, devendo a instituição ser intimada a respeito dessa decisão. Não se deve olvidar que da decisão do Diretor de Fiscalização caberá recurso administrativo para a Diretoria Colegiada, no prazo de dez dias, com

9 “Art. 24. Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior.”

10 “Art. 1º Fica atribuída competência ao Diretor de Fiscalização para adotar as medidas previstas no art. 3º da Resolução nº 4.019, de 29 de setembro de 2011.”

fundamento nos arts. 56 e 59 da Lei nº 9.784, de 1999,¹¹ e no art. 11, XVII, do Regimento Interno do Banco Central do Brasil.¹² É importante consignar que a possibilidade de recurso à Diretoria Colegiada deve estar expressamente consignada na intimação expedida pelo Banco Central ao interessado, para efeito de comunicá-lo a respeito da decisão do Diretor de Fiscalização sobre a impugnação por ele apresentada.

26. O recurso à Diretoria Colegiada, em conformidade com o § 1º do art. 56 da Lei nº 9.784, de 1999,¹³ deverá transitar previamente pelo Diretor de Fiscalização (por ser a autoridade que proferiu a decisão), ao qual se abre, pelo prazo de cinco dias, a oportunidade de reconsiderar a imposição da medida prudencial preventiva.¹⁴ Caso não haja reconsideração no referido prazo, deve o Diretor de Fiscalização submeter o recurso à apreciação da Diretoria Colegiada, mediante Voto de sua autoria.

27. Registro que o recurso em questão, tendo em vista a ausência de previsão legal, não terá efeito suspensivo. Isto porque, no âmbito federal, a Lei nº 9.784, de 1999, dispõe, em seu art. 61, que, “salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.”

28. Desse modo, a autoridade competente para decidir eventual impugnação dirigida contra a aplicação da medida será o Diretor de Fiscalização, salientando-se que dessa decisão cabe recurso administrativo para a Diretoria Colegiada.

11 “Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito. [...] Art. 59. Salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.”

12 “Art. 11. Compete à Diretoria Colegiada: [...] XVII – decidir, em última instância, ressalvada a competência do CMN e do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN), bem como os recursos de servidores contra decisões do Diretor de Administração, recursos contra atos da competência originária do Presidente ou dos Diretores; [...]”

13 “Art. 56. [...] § 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.”

14 Como bem anotado por José Carvalho dos Santos Filho, o pedido de reconsideração “se caracteriza pelo fato de ser dirigido à mesma autoridade que praticou o ato contra o qual se insurge o recorrente.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 852.

c) É correta a interpretação de que o art. 4º não prevê a obrigatoriedade da convocação de representantes ou da elaboração de planos em vista da presença de uma das situações elencadas no art. 2º; e que, não há vinculação entre a utilização desses procedimentos e uma eventual imposição de medidas prudenciais preventivas?

29. Início registrando que os arts. 4º e 5º da Resolução nº 4.019, de 2011, devem ser interpretados conjuntamente, sob pena de se chegar a soluções interpretativas insubsistentes. Eis o teor dos dispositivos em comento, na parte em que nos interessa para a elaboração da presente manifestação:

“Art. 4º Sem prejuízo da adoção das medidas prudenciais preventivas previstas no art. 3º, o Banco Central do Brasil, em vista de uma das situações previstas no art. 2º, poderá convocar os representantes legais da instituição e seus controladores para:

I – prestar esclarecimentos sobre as causas da situação que ensejou a adoção de medidas prudenciais preventivas;

II – apresentar plano para a solução da situação que ensejou a adoção das medidas prudenciais preventivas, com a indicação de metas quantitativas e qualitativas a serem atingidas, a anuência de todas as partes envolvidas na consecução do plano e o estabelecimento de cronograma para sua execução.
[...]

Art. 5º Aplica-se às medidas prudenciais preventivas de que trata esta Resolução o seguinte procedimento:

I – o comparecimento dos representantes deverá ocorrer no prazo máximo de cinco dias contados da data da convocação, que poderá ser formalizado em termo específico lavrado pelo Banco Central do Brasil;

II – o plano deverá ser apresentado ao Banco Central do Brasil no prazo por ele estabelecido, o qual não deverá ser superior a sessenta dias, contado da data da convocação referida no inciso anterior;

III – o plano deverá ser executado no prazo aprovado pelo Banco Central do Brasil, não podendo superar seis meses, prorrogáveis diante de motivos relevantes, a critério do Banco Central do Brasil, por no máximo igual período.

30. Ao utilizar as expressões “sem prejuízo da adoção das medidas prudenciais preventivas previstas no art. 3º” e “poderá”, o *caput* do art. 4º nos dá a

falsa impressão de que a convocação dos representantes da instituição financeira é uma faculdade posta à disposição do Banco Central do Brasil quando da aplicação de uma medida prudencial preventiva. Mas assim não o é.

31. Os incisos I e II do art. 4º asseveram que os representantes legais da instituição e seus controladores poderão ser convocados para “prestar esclarecimentos sobre as causas da situação que ensejou a adoção de medidas prudenciais preventivas” e “apresentar plano para a solução da situação que ensejou a adoção das medidas prudenciais preventivas”. Desse modo, resta claro que as medidas previstas no art. 4º serão levadas a cabo quando tiver sido aplicada uma das medidas do art. 3º.

32. Por outro lado, dispõe o art. 5º que, uma vez aplicada uma medida prudencial preventiva prevista no art. 3º, deverá ser observado o procedimento nele previsto. Isso me leva a crer que, na verdade, esses dispositivos se complementam.

33. Desse modo, sustento o entendimento de que o Banco Central do Brasil quando aplicar uma medida prudencial preventiva deverá observar, obrigatoriamente, o disposto nos arts. 4º e 5º da Resolução nº 4.019, de 2011.

d) Proceder a interpretação de que os incisos I a III do art. 5º se aplicam somente quando há o exercício da faculdade prevista no art. 4º?

34. Como salientado, entendo que a interpretação correta a ser dada é no sentido de que a aplicação de uma medida prudencial atrai a aplicação dos arts. 4º e 5º da Resolução em comento.

35. Desse modo, ambos os artigos sempre serão aplicados conjuntamente quando da aplicação de uma medida prevista no art. 3º.

e) Quem é a autoridade competente para determinar as medidas facultadas pelo art. 4º, quando não houver sido aplicada uma medida prudencial preventiva?

36. Conforme consignado na presente manifestação, as providências estabelecidas nos arts. 4º e 5º somente deverão ser adotadas na hipótese de aplicação das medidas prudenciais preventivas de que trata o art. 3º.

37. Feitos esse registro, cumpre destacar que o art. 2º da Portaria nº 68.076, de 2011, assim dispõe:

Art. 2º Fica atribuída competência ao Chefe do Departamento de Supervisão de Bancos e de Conglomerados Bancários (Desup), ao Chefe do Departamento de Supervisão de Cooperativas e de Instituições Não Bancárias (Desuc), ao Chefe do Departamento de Monitoramento do Sistema Financeiro e de Gestão da Informação (Desig) e ao Chefe do Departamento de Prevenção a Ilícitos Financeiros e de Atendimento de Demandas de Informações do Sistema Financeiro (Decic) para adotarem, no âmbito das respectivas unidades, as medidas previstas no art. 4º da Resolução nº 4.019, de 2011.

38. Desse modo, a autoridade competente para convocar os representantes da instituição financeira e para adotar as providências necessárias à aprovação do plano a ser apresentado na hipótese de aplicação de medida prudencial preventiva será um dos chefes dos departamentos elencados no dispositivo acima transcrito, observado o âmbito regimental de atuação de cada qual.

f) O disposto no parágrafo único do art. 7º é autônomo, devendo ser observado em toda e qualquer distribuição de resultados, ou está subordinado ao *caput* do artigo, de modo que o requisito nele expresso está vinculado à existência de determinação, pelo Banco Central do Brasil, de medidas prudenciais preventivas ou exigência de elaboração do plano previsto no art. 4º?

39. Para responder a essa indagação, inicio transcrevendo o art. 7º da Resolução nº 4.019, de 2011:

Art. 7º A instituição somente poderá distribuir resultados, a qualquer título, em montante superior ao mínimo legal, nas situações em que essa distribuição não venha a comprometer o cumprimento das medidas determinadas pelo Banco Central do Brasil nos termos do art. 3º ou do plano referido no art. 4º.

Parágrafo único. A deliberação sobre a distribuição de resultados em montante superior ao mínimo legal deve, ainda, levar em consideração o impacto presente e futuro no cumprimento dos requerimentos mínimos de capital e dos demais limites operacionais mencionados.

40. Compreendo da leitura do *caput* do dispositivo, que, na hipótese de aplicação das medidas previstas no art. 3º,¹⁵ incidirá a limitação de distribuição dos resultados sociais acima do mínimo legal na instituição destinatária da determinação, desde que essa distribuição possa comprometer o cumprimento das medidas impostas pelo Banco Central do Brasil ou estabelecidas no plano de regularização de que trata o art. 4º da Resolução nº 4.019, de 2011.

41. No que diz respeito ao comando insculpido no parágrafo único do artigo em comento, é regra de interpretação que o parágrafo deve ser interpretado em consonância com a cabeça do artigo. Nesse sentido é o disposto no art. 11, III, c, da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998,¹⁶ que estabelece que, nos

15 Com exceção àquela prevista na alínea c do inciso VII do art. 3º da Resolução 4.019, de 2011, porquanto essa medida já consubstancia uma limitação na distribuição de resultados sociais.

16 "Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: [...] III – para a obtenção de ordem lógica: [...] c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida; [...]".

atos normativos, os parágrafos devem expressar os aspectos complementares enunciados no *caput* do artigo, bem com as exceções à regra por este estabelecida.

42. Assim, é possível concluir que a observância do comando previsto no parágrafo único, referente à deliberação para distribuição de resultados em montante superior ao mínimo legal, só se fará obrigatória quando a instituição for destinatária de uma medida prudencial preventiva ou quando a distribuição for prejudicial ao cumprimento das metas constantes ao plano de regularização, previsto no inciso II do art. 4º da Resolução nº 4.019, de 2011.

43. Não obstante esse entendimento, é importante esclarecer que se a distribuição de resultados em montante superior ao mínimo legal impactar, de alguma forma, o cumprimento dos requisitos mínimos de capital e dos demais limites operacionais, pode restar caracterizada uma das situações previstas no art. 2º da Resolução nº 4.019, de 2011, o que autoriza a fiscalização a adotar as medidas descritas na referida resolução.

g) Quem é a autoridade competente para autorizar a liberação do depósito previsto no art. 6º?

44. Eis o art. 6º da Resolução nº 4.019, de 2011:

Art. 6º Nas situações que configurarem desenquadramento nos requerimentos mínimos de capital, admite-se a manutenção de depósito em conta vinculada, em montante suficiente para o reenquadramento da instituição, observado que este depósito:

I – será considerado para fins de apuração do PR da instituição pelo prazo máximo de noventa dias;

II – poderá ser realizado em espécie ou em títulos públicos federais, entre aqueles aceitos nas operações de redesconto no Banco Central do Brasil;

III – deverá ser mantido em conta específica de custódia no Banco Central do Brasil;

IV – terá sua liberação sujeita à previa autorização do Banco Central do Brasil.

45. Esse dispositivo faculta às instituições fiscalizadas pelo Banco Central do Brasil efetuar, quando verificada uma situação de desenquadramento de capital, depósito em montante suficiente para o seu adequado reenquadramento aos

limites que lhe são impostos, cujo valor será considerado para fins de apuração do patrimônio de referência (PR) pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias.

46. Fazendo uma interpretação sistemática desse dispositivo, concluo que, se a medida prudencial preventiva tiver sido imposta a uma instituição tendo em vista uma situação de desenquadramento de capital, a destinatária poderá lançar mão da faculdade prevista no art. 6º, com o objetivo de sustar a sua aplicação. Registro, no entanto, que, caso o desenquadramento de capital seja somente um dos motivos invocados para a aplicação da medida prudencial preventiva, o depósito não será capaz de suspender a sua imposição, uma vez que os outros fundamentos continuarão a embasar a adoção da medida.

47. A princípio, como tal regra encontra-se inserida no âmbito da Resolução nº 4.019, de 2011, conclui-se que o depósito será efetuado em decorrência da adoção de uma das medidas do art. 3º, razão pela qual a autoridade competente para autorizar o seu levantamento será a mesma que aplicou a medida, ou seja, o Diretor de Fiscalização, nos termos do art. 1º da Portaria nº 68.076, de 2011.

48. Não obstante, considerando-se a natureza da medida, que busca a regularidade de funcionamento da instituição, nada impede que o Banco Central do Brasil admita a manutenção de depósito em conta vinculada em montante suficiente para o reenquadramento da instituição independentemente da aplicação das medidas prudenciais previstas na Resolução nº 4.019, de 2011. Nesse caso, a autoridade competente para efetuar a liberação dos recursos deverá ser a mesma que determinou o reenquadramento, em conformidade com a partilha regimental de atribuições no âmbito do Banco Central do Brasil.

h) Há necessidade de previsão de competência regimental para a adoção de medidas preventivas previstas em outras normas?

49. Na seara administrativa, a competência é requisito de validade para a prática do ato administrativo, sendo ela conceituada como “o círculo definido por lei dentro do qual podem os agentes exercer legitimamente sua atividade”.¹⁷

17 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 97.

É possível inferir que a atividade estatal só será legítima quando levada a efeito por um agente público a quem a lei¹⁸ conferiu competência para sua prática.

50. No âmbito do Banco Central do Brasil, as competências são determinadas por meio do seu regimento interno. Nesse contexto, considerando que a aplicação de medidas prudenciais configura o exercício de uma atividade administrativa, é imprescindível a previsão de competência regimental para seu exercício.

CONCLUSÃO

51. Em razão do exposto, respondo, objetivamente, às questões postas pelo componente técnico nos seguintes termos:

- a) a instituição destinatária da medida prudencial preventiva tem o direito de impugnar sua aplicação, observando-se que tal impugnação não obsta a aplicação imediata da medida;
- b) a autoridade competente para decidir a impugnação será o Diretor de Fiscalização, salientando-se que dessa decisão caberá recurso administrativo, sem efeito suspensivo, para a Diretoria Colegiada;
- c) a imposição de medida prudencial preventiva estabelecida no art. 3º da Resolução nº 4.019, de 2011, acarreta a aplicação conjunta do disposto nos arts. 4º e 5º da referida resolução;
- d) a observância do comando previsto no parágrafo único do art. 7º da Resolução nº 4.019, de 2011, somente se fará obrigatória quando a instituição for destinatária de uma medida prudencial preventiva;
- e) a autoridade competente para autorizar o levantamento do depósito previsto no art. 6º da Resolução nº 4.019, de 2011, é o Diretor de Fiscalização, nos termos do art. 1º da Portaria nº 68.076, de 2011;
- f) é necessária a previsão de competência regimental para a adoção de medidas preventivas previstas em outras normas.

18 A expressão lei deve ser entendida em sentido amplo, de modo que estão incluídos a lei em sentido formal, decretos, resoluções, portarias etc.

À consideração de Vossa Senhoria.

José Augusto Sansoni Soares

Procurador

De acordo.

2. Sobre a necessidade de previsão de competência regimental específica para adoção de medidas previstas em outras normas (alínea *f* da Conclusão do parecer), registro que, sempre que possível, a competência deve ser estabelecida de forma expressa, com o objetivo de evitar questionamentos quanto à legitimidade para a prática do ato.

3. Atualmente, o Regimento Interno do Banco Central fixa a competência do Diretor de Fiscalização para responder pelos assuntos relativos à área de fiscalização (art. 17, VII), bem como a competência dos chefes do Desuc e do Desup para responder pela atividade de supervisão nas instituições sob a sua fiscalização (art. 75, IX, e art. 77, VII).

4. A Portaria nº 68.076, de 2011, foi editada no intuito de delimitar as alçadas para aplicação dos dispositivos da Resolução nº 4.019, de 2011. Nesse contexto, definiu ser atribuição do Diretor de Fiscalização a aplicação das medidas prudenciais preventivas arroladas no art. 3º do ato normativo. Isso porque a resolução em referência deve ser utilizada em situações graves, que indicam o comprometimento do regular funcionamento do sistema financeiro ou da própria instituição financeira.

5. Por outro lado, a portaria afirmou ser dos chefes das unidades da área de fiscalização, de acordo com a competência regimental, a responsabilidade de conduzir o procedimento previsto no art. 4º da mesma resolução, dado o caráter eminentemente técnico dessas medidas.

6. Não há, todavia, partilha de competências para as outras resoluções citadas na consulta formulada pelo Decop. É importante registrar que a aplicação das medidas ali previstas não pressupõe a ocorrência do qualificador “comprometimento do regular funcionamento do sistema financeiro ou da própria instituição financeira” utilizado na Resolução nº 4.019, de 2011, razão pela qual não vejo impedimento de ordem jurídica à utilização das competências previstas

nos arts. 75 e 77 do regimento interno como fundamento para a aplicação das determinações elencadas nas resoluções listadas pelo departamento consulente.

7. Não obstante a conclusão sustentada no item anterior, considero conveniente o aprimoramento do texto do regimento interno nesse ponto específico, com o objetivo de se evitar a utilização de redação ampla e genérica, especialmente para a prática de atos que geram obrigações adicionais às instituições financeiras.

À Sra. Subprocuradora-Geral, em razão da matéria.

Eliane Coelho Mendonça

Procuradora-Chefe

(seguem despachos)

De acordo com a manifestação do Procurador José Augusto Sansoni Soares e com o despacho da Procuradora-Chefe da Coorf que a aprova e complementa.

2. Resta evidente o caráter acautelatório das medidas dispostas na Resolução nº 4.019, de 2011, autorizando a aplicação por este Banco Central sem prévia manifestação do interessado, em harmonia com o disposto no art. 45 da Lei nº 9.784, de 1999.

3. Importante salientar que, na linha do presente trabalho, adotada a medida sob comento, caberá à Administração, em obediência ao contraditório e ampla defesa, instar o interessado a se manifestar, competindo a este Banco Central proferir, após a aludida manifestação, decisão sobre a manutenção ou não da medida. Dessa decisão, poderá o interessado recorrer, observado o rito apresentado nesta oportunidade.

À apreciação do Procurador-Geral Adjunto, haja vista a proposta de fixação de procedimento para os casos da espécie.

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

Subprocuradora-Geral

(seguem despachos)

Senhor Procurador-Geral,

Pronuncio, neste ato, minha adesão ao percuciente parecer da lavra do Procurador José Augusto Sansoni Soares, com os acréscimos aduzidos pela Procuradora-Chefe Eliane Coelho Mendonça e pela Subprocuradora-Geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira.

2. Em reuniões realizadas no âmbito desta Autarquia com representantes da área de Fiscalização, logo após haver sido editada a Resolução nº 4.019, de 2011, já emiti juízo preliminar no sentido de que a adoção do procedimento previsto no art. 4º do aludido ato normativo seria facultativa, impressionado, à ocasião, pelo emprego do verbo “poderá”. Agora, havendo ponderado a questão, revejo minha orientação inicial. De fato, como expõe o parecerista, impõe-se a interpretação conjunta dos art. 4º e 5º da Resolução,¹⁹ devendo-se seguir à aplicação da medida prudencial preventiva, **obrigatoriamente**, o procedimento conjuntamente indicado em tais preceitos regulamentares.

3. O verbo “poderá”, nesse contexto, precisa ser interpretado como o exercício de *poder-dever* do Banco Central do Brasil, relacionado à responsabilidade legal desta Autarquia pela manutenção da estabilidade financeira. Afinal, a motivação para a aplicação de uma medida prudencial preventiva ampara-se, nos termos do art. 2º da Resolução nº 4.019, de 2011, na existência de risco de comprometimento do regular funcionamento do Sistema Financeiro Nacional ou das instituições que o integram. Ora, não faria sentido que o Banco Central do Brasil, ao identificar algum dos problemas de caráter **estrutural** referidos no art. 2º, simplesmente impusesse a determinada instituição uma medida prudencial preventiva (de caráter **conjuntural**) e deixasse de demandar a elaboração e execução de plano orientado à solução dos problemas estruturais nela identificados.

4. Esse argumento de matiz teleológico vem, portanto, reforçar o entendimento sustentado no parecer, no sentido de que, à aplicação de

19 A indicá-lo está o fato de que o “plano” referido no inciso II do art. 5º só pode ser o “plano para a solução da situação que ensejou a adoção das medidas prudenciais preventivas” a que alude o inciso II do art. 4º.

medida prudencial preventiva (prevista no art. 3º da Resolução nº 4.019, de 2011), deve-se seguir necessariamente o procedimento de convocação dos representantes da instituição para prestação de esclarecimentos e elaboração de plano de saneamento dos problemas (na forma prescrita nos art. 4º e 5º da mesma Resolução).

Nesses termos, submeto a sua consideração, pela relevância da temática nela versada, a manifestação legal proferida pela Câmara de Consultoria Geral.

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer
Procurador-Geral Adjunto

(segue despacho)

Tenho por juridicamente hígidas as conclusões apresentadas pela Câmara de Consultoria Geral e corroboradas pelo Procurador-Geral Adjunto, em resposta às indagações declinadas pela Área de Fiscalização a respeito do procedimento para aplicação da Resolução nº 4.019, de 2011.

2. A orientação delineada pelo parecer prestigia a atuação prudencial do Banco Central do Brasil sem, no entanto, perder de vista a posição de preeminência ocupada, em nosso ordenamento jurídico, pelos princípios constitucionais orientadores da atividade administrativa, em especial aqueles que consagram o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

3. Verifica-se, portanto, que, conquanto o interesse público na estabilidade financeira sistêmica demande atuação célere e resoluta do Banco Central do Brasil, a impor eficácia imediata às medidas prudenciais elencadas na Resolução nº 4.019, de 2011, tem a instituição regulada direito a ver apreciadas suas objeções à imposição das restrições, em conformidade com a disciplina encartada na Lei nº 9.784, de 1999, à luz das normas constitucionais de regência da matéria.

Dirijam-se os autos, destarte, ao senhor Diretor de Fiscalização, para conhecimento da orientação legal ora acolhida, com a recomendação de que

dela se sirva a área de supervisão para a condução dos procedimentos concretos de aplicação da Resolução nº 4.019, de 2011.

Isaac Sidney Menezes Ferreira

Procurador-Geral

Parecer PGBC-146/2012

Parecer que analisa a possibilidade de o Banco Central do Brasil atribuir ao Fundo Garantidor de Crédito (FGC) a condução do Regime de Administração Especial Temporária (Raet).

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-146/2012

Brasília, 31 de maio de 2012.

Ementa: Departamento de Liquidações Extrajudiciais (Deliq). Regime de Administração Especial Temporária (Raet). Legitimidade de se atribuir ao Fundo Garantidor de Créditos (FGC) a condução do regime especial. Art. 8º do Decreto nº 2.321, de 15 de fevereiro de 1987. Inexistência de óbices de cunho jurídico à adoção da medida.

Senhora Subprocuradora-Geral,

ASSUNTO

Cuida-se de consulta formulada pelo Departamento de Liquidações Extrajudiciais (Deliq) sobre a possibilidade de o Banco Central do Brasil (BCB) atribuir ao Fundo Garantidor de Crédito (FGC) a condução do Regime de Administração Especial Temporária (Raet) de que trata o Decreto-Lei nº 2.321, de 15 de fevereiro de 1987.

APRECIÇÃO

2. No intuito de responder à consulta formulada pelo Deliq, iniciarei por breves considerações sobre o Raet, explorando dispositivos do Decreto-Lei nº 2.321, de 1987, que julgo relevantes para o inteiro entendimento da matéria em discussão, em especial a regra que permite atribuir a condução do regime a pessoa jurídica. Em seguida, lançarei os olhos sobre o cerne o problema, avaliando se o FGC, à luz das normas legais e de seu estatuto, está legitimado a assumir semelhante atribuição.

3. O Raet é um dos instrumentos de que dispõe o BCB para intervir em instituições por ele supervisionadas com vistas a evitar a continuidade da prática de irregularidades ou o agravamento da situação patrimonial da entidade, fatos capazes de pôr em risco a poupança popular e a estabilidade financeira. Previsto no Decreto-Lei nº 2.321, de 1987, o regime exige que a instituição a ele submetida continue em funcionamento, marca que o diferencia da intervenção e da liquidação extrajudicial, regimes especiais estatuídos na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974.

4. Instaurado o Raet, perdem o mandato os administradores e membros do conselho fiscal da sociedade (art. 2º do decreto), passando sua gestão a um conselho diretor, designado pelo BCB, com plenos poderes de administrativos e constituído por tantos membros quantos forem necessários para a condução dos negócios sociais (art. 3º, *caput*). Dentre as competências do conselho, encontram-se aquelas comumente a cargo dos órgãos de administração das pessoas jurídicas, como a convocação de assembleia geral (art. 3º, § 1º) e a prática de atos ordinários de gestão (art. 3º, § 3º, *contrario sensu*). Além disso, ao colegiado incumbe adotar as medidas típicas de condutor de um regime de insolvência, tais como a arrecadação de documentos, o exame minucioso da situação patrimonial da instituição, a identificação de atos fraudulentos etc. (art. 5º, alínea *c*) e a apresentação de relatório à autoridade pública competente para zelar pelo processo (art. 11).

5. Necessário lançar os olhos, ainda, sobre o conteúdo do art. 8º do Decreto-Lei nº 2.321, de 1987, o qual confere ao BCB a prerrogativa de confiar a administração do regime a “pessoa jurídica com especialização na área”. A despeito de constituir um comando isolado, logo se verifica que a regra nele encartada está em aparente contradição com diversas parcelas do decreto. Isso porque, conquanto estabeleça a possibilidade de o Raet ser gerido por pessoa jurídica, vários outros artigos disciplinam, com algum detalhamento, a atuação de um conselho diretor composto por **pessoas naturais** indicadas pelo BCB. Como se poderia, por exemplo, pensar na eleição de um presidente (art. 5º, *a*) ou no estabelecimento de atribuições e poderes de cada um dos membros do colegiado (art. 5º, *b*) estando o regime sob o comando de uma entidade personalizada? A própria entidade escolheria os integrantes do conselho? Mas neste caso não haveria violação ao poder-dever desta Autarquia de nomear os membros do colegiado?

6. Pois bem, com vistas a conciliar as aparentes antinomias existentes entre um isolado artigo e diferentes dispositivos do decreto que tratam do conselho diretor, deve o intérprete realizar uma leitura sistemática dos comandos em conflito, de modo a conferir a cada um deles adequada eficácia jurídica. Nesse passo, tenho que, do ponto de vista hermenêutico, a melhor solução para o problema está em (i) entender plenamente eficaz o comando carregado no art. 8º, afirmando a legitimidade de o BCB eleger “pessoa jurídica” para gerir o Raet, e, em hipóteses que tais, (ii) aplicar apenas “no que couber” as regras relativas ao conselho diretor. Com isso, todas as previsões que digam respeito a determinada pessoa integrante do conselho devem ser entendidas como se fizessem referência à pessoa jurídica responsável por dirigir o processo.

7. Fixadas essas premissas, adentro no exame da consulta formulada à PGBC e verifico, de partida, que existe no Decreto-Lei nº 2.321, de 1987, regra a permitir, em princípio, que o Raet seja atribuído ao FGC. Isso porque, constituindo o fundo uma **pessoa jurídica** (trata-se de associação civil sem fins lucrativos, conforme disposto no art. 1º de seu Estatuto¹), incidente se faria no caso o comando do art. 8º do muito citado decreto. Contudo, semelhante conclusão permite apenas romper barreira preliminar rumo a uma resposta positiva ao questionamento do Deliq. Para que se conclua, efetivamente, pela legitimidade ou não de escolha do FGC, imprescindível avaliar, ainda, (i) se a instituição preenche o segundo requisito previsto no artigo em questão, ou seja, cumpre saber se o fundo possui a “especialização na área” a que faz referência o texto; e (ii) se as regras legais e estatutárias de regência do fundo permitem que assumam semelhante mister.

8. Debruçando-me sobre o primeiro requisito, entendo que a expressão “especialização na área”, segundo uma leitura literal, há de significar capacidade técnica específica (“especialização”) para gerir um regime especial temporário (“na área”). A um só tempo, pois, deve o encarregado de administrar o Raet ser detentor das competências necessárias para conduzir os negócios ordinários da sociedade (como se disse acima, o Raet não suspende as atividades da instituição), bem como para realizar atividades típicas de um gestor de regime

1 O atual Estatuto do FGC foi aprovado pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e consta do anexo I à Resolução nº 4.087, de 24 de maio de 2012.

falimentar (minucioso levantamento da situação da entidade, apresentação de relatório ao Banco Central do Brasil etc.).

9. Como se sabe, o FGC constitui entidade privada, sem fins lucrativos, destinada precipuamente a proteger depositantes e investidores no âmbito do sistema financeiro e contribuir para a manutenção da estabilidade do Sistema Financeiro Nacional.² Para fazer frente às suas obrigações como garantidor de depósitos, a entidade conta com significativo montante de recursos (atualmente patrimônio líquido soma mais de trinta bilhões de reais³), estando seus ativos financeiros investidos em instrumentos financeiros diversos, como operações compromissadas, cotas de fundos de investimento, valores mobiliários, instrumentos de dívida emitidos por instituições financeiras etc. Assegurar o valor de mercado e a liquidez desse patrimônio é essencial para que o fundo possa cumprir suas finalidades. Nesse sentido, a gestão da carteira do FGC há de ser conduzida de modo profissional, segundo estratégias de investimento próprias que permitam a alocação e o manejo adequado dos ativos que a compõem.

10. Dito isso, não se pode duvidar que o FGC seja dotado de *staff* profissional e capacitado para praticar transações no mercado financeiro. Gerir uma carteira de dezenas de bilhões de reais por meio da celebração de negócios variados exige capacidade técnica e vasto conhecimento das vicissitudes no sistema financeiro, competências tipicamente observáveis em um agente econômico que atua nesse segmento.

11. Ademais, recorro que o fundo conta com conselho consultivo integrado por até cinco membros titulares e cinco suplentes, todos pessoas naturais com reconhecidos conhecimentos e experiência em negócios, operações e atividades desenvolvidas no sistema financeiro (art. 29, § 1º, do Estatuto). Já a Assembleia Geral, órgão de deliberação máximo do FGC, é integrada pelos sócios da entidade, é dizer, por instituições financeiras captadoras de poupança popular, como os bancos múltiplos, os bancos comerciais, os bancos de investimento etc. (art. 11 do Estatuto).

12. À vista desses fatos, tenho que o FGC possui capacidade técnica suficiente para gerir uma sociedade submetida ao Raet. A administração de uma carteira superior a vinte e sete bilhões de reais aliada à composição técnica dos

2 Art. 2º do Estatuto do FGC (Anexo I à Resolução nº 4.087, de 24 de maio de 2012).

3 Vide balançete disponível em <http://www.fgc.org.br/upload/balancete_p.pdf>.

órgãos da entidade não me permitem atingir conclusão distinta. Trata-se, de fato, de pessoa jurídica competente para cuidar dos negócios a cargo de uma instituição financeira.

13. Quanto à aptidão para executar tarefas típicas de um gestor de processos de insolvência concursal, vislumbro que o fundo, como instituição garantidora de depósitos, está habituado a tomar parte do desenvolvimento de diversos regimes especiais instalados em entidades por ele seguradas. Após efetuar o pagamento dos depositantes, o fundo se sub-roga nos créditos contra a entidade e tem de zelar pelo recebimento de seus direitos, acompanhando atentamente o desenrolar do regime. Em verdade, é possível dizer que a maior parcela das liquidações e falências impostas às entidades captadoras de poupança popular após a criação do FGC contaram com sua presença no rol dos credores.

14. Note-se, ainda, que, na qualidade de componente da rede de segurança do sistema financeiro nacional, o FGC exerce de modo peculiar o papel de credor. Não lhe cabe apenas perseguir, a todo custo, a satisfação de seus créditos, senão zelar por que o regime não transcorra de modo traumático. Nesse contexto, legítimo afirmar que o fundo é instituição vocacionada a participar ativamente da condução de um regime especial.

15. Além disso, não se pode dizer que o FGC desconheça as atribuições a cargo de um liquidante, interventor ou administrador judicial, as quais guardam alguma simetria com as do encarregado pelo Raet. Em verdade, as responsabilidades desses agentes estão listadas especificamente em lei, não se exigindo percucientes conhecimentos ou técnicas especiais para sua execução. A “especialização na área” a que se refere o decreto diz mais respeito à condução dos negócios ordinários da sociedade do que à expertise em processos de insolvência.

16. De qualquer modo, penso que, dado o profissionalismo de seus quadros e a participação corrente em inúmeras liquidações extrajudiciais e de falências de instituições seguradas, o FGC preenche também o segundo requisito mencionado no item 8, *ut supra*, ou seja, está apto a realizar atividades típicas de um gestor de processos de insolvência.

17. Posto isso, examinando apenas os pressupostos encartados no art. 8º do Decreto nº 2.321, de 1987, percebo que o FGC, constituindo “**pessoa jurídica**” (associação civil) dotada de “**especialização na área**”, pode ser validamente

designado pelo Banco Central do Brasil para gerir Raet imposto a instituição supervisionada por esta autarquia. Vencida, pois, essa barreira preliminar, cabe perquirir se os atos normativos que dão sustentáculo ao fundo admitem que a entidade exerça semelhante mister.

18. Com efeito, a Lei Complementar nº 101, de 2000, ao redefinir o paradigma sobre o qual se estruturavam as finanças públicas nacionais e instituir o princípio da responsabilidade fiscal como norma balizadora de toda a aplicação de recursos públicos, houve por bem imputar à esfera privada a responsabilidade pelos riscos assumidos no âmbito do sistema financeiro. Nessa linha, a norma incumbiu às instituições financeiras a tarefa de administrar mecanismos de proteção aos créditos dos poupadores, retirando do Estado o ônus de arcar com o elevado custo oriundo da derrocada de entidades que operam nesse segmento econômico. Surgiu, assim, a base legal para a criação do FGC, conforme se vê no art. 28, § 1º, do estatuto complementar:

§ 1º A prevenção de insolvência e outros riscos ficará a cargo de fundos, e outros mecanismos, constituídos pelas instituições do Sistema Financeiro Nacional, na forma de lei.

19. Perceba-se que, além de prevenir a insolvência das instituições financeiras, os agentes econômicos ficaram incumbidos de mitigar, por intermédio de fundos por eles constituídos (hoje, o FGC), outros riscos que recaem sobre a parcela do mercado na qual atuam. Fato é que, em decorrência da prática especulativa da intermediação de recursos, as entidades que operam em um sistema financeiro organizado tendem a acumular riscos de diferentes espécies, como os de crédito e operacional, os quais, se não devidamente geridos e supervisionados, podem colocar em risco a liquidez e a solvência de outros participantes do mercado, dando potencialmente origem às chamadas crises sistêmicas.

20. Atuar para prevenir riscos acumulados no sistema, em especial o risco associado às crises sistêmicas, é, assim, um dos mandatos legais conferidos ao FGC, como mecanismo privado de prevenção de insolvência. Não é por outra razão que o Estatuto do Fundo, em seu art. 2º, inciso III, expressamente prevê como finalidade da instituição “**contribuir para a prevenção de crise bancária sistêmica**”. Nesse sentido, parece-me intuitivo reconhecer que a administração

de Raet aplicado a instituição financeira segurada vai ao encontro desse objetivo. Basta lembrar que a má condução de regime como o que está em destaque, em que a sociedade permanece operando ordinariamente no mercado, pode render ensejo a implicações negativas para todos os envolvidos no segmento, contagiando suas contrapartes ou lançando dúvidas quanto à solvência de instituições similares.

21. Demais disso, observo que, dentre as finalidades estatutárias do FGC, encontra-se, também, a de **“contribuir para manutenção da estabilidade do Sistema Financeiro”**. Consoante defendem especialistas no assunto, a **estabilidade do sistema financeiro** traz consigo a ideia de intermediários financeiros capazes de exercer regulamente sua função essencial, qual seja, prover crédito com eficiência e segurança e alocar adequadamente os recursos financeiros de determinada economia, bem como de dissipar, sem consequências traumáticas, choques e desequilíbrios adversos que se abatem sobre o sistema.⁴

22. A meu sentir, contribui para o alcance da estabilidade financeira, tendo em vista a amplitude semântica do conceito, a administração esmerada e eficaz de regimes de resolução voltados ao saneamento do mercado. Os desequilíbrios e as distorções advindas de incertezas quanto ao destino de entidades submetidas à intervenção direta do Poder Público podem contaminar o sistema, abalando sua aptidão para suprir recursos aos agentes econômicos deficitários e para suportar choques adversos. Ao conduzir um Raet, portanto, o FGC estaria prestando contribuição direta à **“manutenção da estabilidade do Sistema Financeiro”**, nos termos descritos em seu Estatuto.

23. Posto isso, concluo que, caso o Banco Central do Brasil avalie que, em face da relevância e da potencial repercussão sistêmica de determinado caso, o regime de administração temporária deva ser confiado a pessoa jurídica com especialização na área, entendo que o FGC poderá ser chamado a exercer esse papel. A autorização legal para a expedição do ato estaria estampada no art. 8º do Decreto-Lei nº 2.321, de 1987, e a medida contaria ainda com o respaldo do art. 28, § 1º, da Lei Complementar nº 101, de 2000, e do art. 2º, inciso III, do Estatuto do FGC, aprovado pela Resolução nº 4.087, de 2012 (Anexo I).

4 Sobre o assunto, vale conferir o artigo *Defining Financial Stability*, de Garry J. Schiniasi, constante da série *IMF Working Papers* (WP/04/187), disponível em <<http://cdi.mecon.gov.ar/biblio/docelec/fmi/wp/wp04187.pdf>>.

CONCLUSÃO

24. Por todo o exposto, apresento as seguintes conclusões:
- a) o art. 8º do Decreto-Lei nº 2.321, de 1987, autoriza o Banco Central do Brasil a atribuir a gestão do Raet a pessoa jurídica com especialização na área.
 - b) uma leitura sistemática dos comandos contidos no referido decreto-lei leva o intérprete a concluir que, adotada a medida prevista no art. 8º, os dispositivos que tratam do conselho diretor aplicam-se, no que couber, à pessoa jurídica designada pelo Banco Central do Brasil para conduzir o Raet;
 - c) por se subsumir ao conceito de pessoa jurídica com especialização na área, bem como por estar respaldado nos atos normativos de regência da entidade, o FGC pode ser validamente designado pelo Banco Central do Brasil para conduzir Raet imposto a instituição por ele segurada.

À consideração de Vossa Senhoria.

Lucas Alves Freire
Procurador-Chefe

(Seguem despachos.)

De acordo.

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

Aprovo o parecer da lavra do Procurador-Chefe da Coordenação-Geral de Processos de Consultoria Internacional e Monetária, endossado pela Subprocuradora-Geral titular da Câmara de Consultoria Geral (CC1PG).

Submeta-se o parecer à consideração do Procurador-Geral, em vista da relevância da matéria nele versada.

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer

Procurador-Geral Adjunto

(Segue despacho.)

Corroboro a análise jurídica levada a efeito pela Câmara de Consultoria Geral e endossada pelo Procurador-Geral Adjunto, cujo teor bem demonstra que a designação do Fundo Garantidor de Créditos para o desempenho do mister indicado no art. 8º do Decreto-Lei nº 2.321, de 1987, constitui medida regularmente encartada na esfera de competência discricionária do Banco Central do Brasil, tendo em vista a legislação de regência.

2. Vistos os judiciosos argumentos acima deduzidos, adoto o presente parecer 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.

3. Dirijam-se os autos, destarte, ao senhor Diretor de Organização do Sistema Financeiro, para conhecimento do entendimento legal ora fixado e, por seu efeito, condução das medidas de alçada.

Em acréscimo, dê-se ciência do parecer aos demais integrantes da Diretoria Colegiada, tendo em vista a atribuição prescrita no art. 11, VI, *m*, do Regimento Interno do Banco Central do Brasil.

Isaac Sidney Menezes Ferreira

Procurador-Geral

Parecer PGBC-179.001/2012

Parecer que examina minuta de resolução que dispõe sobre o funcionamento de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central e sobre o exercício de cargos estatutários das referidas instituições.

Alexandre Forte Maia
Assessor Jurídico

Danilo Takasaki Carvalho
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-179.001/2012
S/Proc.

Brasília, 17 de julho de 2012.

Ementa: Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro. Proposta de consolidação e modificação das regras atualmente disciplinadas nas Resoluções 3.040 e 3.041, ambas de 28 de novembro de 2002. Requisitos e procedimentos para a constituição, a autorização para funcionamento, a transferência de controle societário e a reorganização societária, bem como para o cancelamento da autorização para funcionamento. Condições para o exercício de cargos em órgãos estatutários de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Aspectos jurídicos relacionados às principais e relevantes novidades contida na proposta. Sugestões de adequação.

ASSUNTO

Cuida-se de exame da proposta de consolidação e modificação das regras atualmente disciplinadas nas Resoluções 3.040 e 3.041, ambas de 28 de novembro de 2002.

2. A Resolução nº 3.040, de 2002, dispõe sobre os requisitos e procedimentos para a constituição, a autorização para funcionamento, a transferência de controle societário e a reorganização societária, bem como para o cancelamento da autorização para funcionamento de bancos múltiplos, bancos comerciais, bancos de investimento, bancos de desenvolvimento, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, companhias hipotecárias, agências de fomento, sociedades de arrendamento mercantil, sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários e sociedades corretoras de câmbio.

3. A Resolução nº 3.041, de 2002, estabelece condições para o exercício de cargos em órgãos estatutários de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

4. A proposta reproduz as regras em vigor constantes das referidas resoluções e apresenta inovações.

5. A elaboração da minuta contou com a colaboração desta Procuradoria-Geral, do Departamento de Normas do Sistema Financeiro (Denor), do Departamento de Organização do Sistema Financeiro (Deorf), do Departamento de Supervisão de Cooperativas e de Instituições Não Bancárias (Desuc) e do Departamento de Supervisão de Bancos e de Conglomerados Bancários (Desup).

6. As principais inovações foram apresentadas ao senhor Procurador-Geral, que solicitou a elaboração de parecer a abordar os aspectos jurídicos relevantes da minuta de ato normativo.

7. Esse é o relatório do essencial. Adiante, o exame jurídico.

APRECIACÃO

8. Inicialmente, cumpre frisar que não há necessidade de se emitir opinião legal sobre as regras trasladadas da regulamentação em vigor e sobre os dispositivos que, embora inéditos, expressam mero ajuste de forma ou preceito sem relevante repercussão jurídica. Sendo assim, o presente trabalho terá o escopo de apreciar os aspectos jurídicos relacionados às principais e relevantes novidades,¹ como sugerido pelo senhor Procurador-Geral.

9. Para facilitar a abordagem, decompõe-se a apreciação em dez partes, de forma que em cada uma delas serão examinados separadamente aspectos específicos das principais inovações. Os pontos que serão abordados são estes:

1 Duas inovações não levantam, conquanto importantes, dúvidas jurídicas, a justificar específico exame neste trabalho, de modo que se faz aqui apenas o registro sobre elas. A primeira inovação se reporta à participação de supervisor estrangeiro em processo de organização. A autorização fica condicionada à ausência de objeção por parte do supervisor do país de origem nas seguintes hipóteses: a) a constituição, no País, de subsidiária de instituição financeira sediada no exterior; e b) o ingresso de instituição financeira sediada no exterior no grupo de controle direto ou indireto de instituição mencionada no art. 1º, inciso I, da Resolução. A segunda diz respeito à obrigação de todos os integrantes do grupo de controle e detentores de participação qualificada autorizarem expressamente o Banco Central do Brasil a acessar informações constantes de processos e procedimentos judiciais ou administrativos e inquéritos policiais.

(i) estrutura da proposta e técnica legislativa; (ii) contornos do procedimento de autorização de constituição e funcionamento; (iii) participação qualificada: definição e aprovação pela autarquia; (iv) definição de grupo de controle em sociedade limitada; (v) exigência de acordo de acionistas ou quotistas; (vi) reputação ilibada; (vii) cancelamento de ofício de autorização; (viii) arquivamento de pedido sem exame de mérito; (ix) devido processo legal em processo que implique restrição a direito de administrados; e (x) ajustes finais apresentados pela área técnica.

I – Estrutura da proposta: técnica legislativa

10. Inicie-se com o exame da técnica legislativa empregada na proposta submetida a esta Procuradoria-Geral, designada adiante simplesmente de **proposta original**, cujo teor compõe o Anexo I deste parecer.

11. Em regra, cada diploma normativo deve dispor sobre um único objeto, tendo em conta o disposto no inciso I² do art. 7º da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, de forma que o texto normativo apresente maior coesão e clareza, facilitando a interpretação e compreensão da norma por seus destinatários.

12. A proposta original consolida num só diploma as matérias hoje disciplinadas nas Resoluções nº 3.040 e 3.041, ambas de 2002. Essa junção, contudo, não é conveniente, sob a perspectiva da técnica legislativa, porquanto reúne dois conjuntos de regras com âmbitos de incidência distintos: um alcança as cooperativas de crédito e o outro, não.³

13. A fim de suplantar esse empecilho, propõe-se a reorganização da proposta original em dois anexos: um para tratar da matéria hoje contida na Resolução nº 3.040, de 2002, não aplicável às cooperativas de crédito, e outro para disciplinar o assunto retratado na Resolução nº 3.041, de 2002, que alcança as referidas sociedades.

2 “Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios: I - excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto; [...]”

3 As cooperativas de crédito são regidas pela Resolução nº 3.859, de 27 de maio de 2010, que dispõe sobre a constituição e funcionamento dessas instituições. Assim, porque se submetem a regulamentação específica, os preceitos da Resolução nº 3.040, de 2002, não se lhes aplicam. Por outro lado, a resolução que disciplina as cooperativas de crédito não estabelece requisitos para a eleição de membros de órgãos estatutários. Sendo assim, incidem as regras constantes da Resolução nº 3.041, de 2002, que alcança todas as instituições financeiras.

14. O Anexo II deste parecer contém o texto normativo ajustado conforme a sugestão lançada no item anterior: **Resolução** (regras gerais), **Anexo I à Resolução** (regras que não atingem as cooperativas de crédito) e **Anexo II à Resolução** (regras que recaem sobre as cooperativas de crédito).

II – Procedimento de autorização para constituição e funcionamento

15. O procedimento proposto é escalonado e comporta duas fases consecutivas: (i) autorização para constituição e (ii) autorização para funcionamento. Está disciplinado no Capítulo I do Anexo I à Resolução.

16. O processo de constituição segue praticamente as mesmas fases já previstas na regulamentação em vigor. As novidades de maior relevo são a entrevista técnica (art. 5º do Anexo I à Resolução), na qual se apresenta proposta de empreendimento, espécie de síntese do plano de negócio, e a inspeção (art. 8º do Anexo I à Resolução) realizada pelo Banco Central do Brasil na instituição antes de autorizar o seu funcionamento, a fim de constatar a compatibilidade entre a estrutura organizacional existente e aquela prevista no plano de negócios.

17. A nova disposição aprofunda a distinção entre as fases de autorização para constituição e para funcionamento, além de permitir a averiguação presencial pela autarquia da estrutura prometida na fase de constituição. É possível, assim, evitar a entrada no sistema financeiro de instituição que revele imperfeição ainda na fase pré-operacional. No modelo atual, a instituição ingressa no sistema financeiro e a verificação sobre a sua adequação com o plano de negócio é assunto típico da área de fiscalização, e não da área de organização, como proposto.

18. O modelo se alinha com o princípio constitucional da eficiência,⁴ de observância obrigatória pela Administração, diminuindo o risco legal inerente ao assunto. Obsta, ainda no processo de organização, o ingresso de instituição claudicante no sistema financeiro. Dessa forma, evita as contingências inerentes ao encerramento por ato⁵ do Poder Público de instituição em funcionamento, como,

4 Conferir, a propósito, o art. 37 da Constituição Federal (CF): “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” (G.n.).

5 Cancelamento, cassação ou liquidação extrajudicial.

por exemplo, risco de litigiosidade, custos e demora do processo de fiscalização e repercussão no sistema financeiro. Logo se vê, pois, que o risco legal de se impedir o ingresso no sistema financeiro é menor do que o de se retirar.

III – Participação qualificada

19. A participação qualificada ganha novo conceito. Agora é definida (art. 6º, I, da Resolução) como a participação, direta ou indireta, detida por pessoas naturais ou jurídicas, equivalente a quinze por cento ou mais de ações ou quotas representativas do capital total – de acordo com a regulamentação em vigor, o percentual equivale a cinco por cento.⁶

20. Outras duas inovações importantes estão relacionadas à participação qualificada: o exame da reputação de detentores de participação qualificada, nos termos do art. 6º, V, do Anexo I à Resolução, e a necessidade de se aprovarem operações societárias que impliquem modificação na participação qualificada, nos moldes do art. 16 do aludido anexo.

21. Atualmente, não se exige o requisito da reputação ilibada, previsto no inciso VI do art. 5º do Regulamento anexo à Resolução nº 3.040, de 2002, de detentor de participação qualificada, tendo em vista os argumentos expostos no Parecer PGBC-279,⁷ de 2011. De modo distinto, a proposta em estudo impõe o referido requisito, seja na constituição de instituição, seja em decorrência de operação societária. A alteração é juridicamente possível, porquanto o entendimento consignado no citado parecer estribou-se apenas na falta de previsão regulamentar; não foram invocados outros argumentos, legais, constitucionais ou doutrinários. Portanto, adequando-se a base regulamentar, nada obstará o exame da reputação de detentor de participação qualificada.

6 Conferir o art. 4º do Regulamento anexo à Res. 3.040, de 2002: “para fins do disposto neste regulamento entende-se como qualificada a participação, direta ou indireta, por pessoas físicas ou jurídicas, equivalente a 5% (cinco por cento) ou mais de ações ou quotas representativas do capital total das instituições referidas no art. 1º”.

7 Do procurador Filogônio Moreira Júnior, aprovado pela coordenadora-geral substituta Eliane Coelho Mendonça e pelo subprocurador-geral Ailton Cesar dos Santos.

22. Além disso, de acordo com a regulamentação em vigor,⁸ diversamente do que ocorre em relação à transferência do poder de controle, a aquisição de participação qualificada em instituição financeira não é submetida, para aprovação, ao Banco Central do Brasil. Determina-se, tão somente, que a operação seja comunicada a esta Autarquia, para adoção das providências cabíveis. Agora, com a nova proposta, a aquisição deverá ser submetida à autarquia, que avaliará a regularidade da operação (inclusive origem dos recursos e reputação), podendo, até mesmo, requerer informações sobre a operação e, se for o caso, determinar a sua regularização, mediante o seu desfazimento ou a alienação da participação qualificada.

23. Além da reputação e da origem dos recursos, a autarquia deverá averiguar se a operação está, de fato, de acordo com a ordem jurídica vigente. Entende-se, pois, que, além das exigências expressamente mencionadas, a nova proposta exige da autarquia o exame dos aspectos formais relacionadas à operação.

24. Aplica-se aqui, com adaptação, a tese defendida no Parecer PGBC-365, de 2011,⁹ segundo o qual compete à autarquia verificar se o ato objeto do seu exame cumpre todas as formalidades legais, sob pena de cancelar ato inexistente ou inválido.

IV – Grupo de controle

25. O art. 4º, II, da proposta original define, para os fins da resolução, o grupo de controle em termos quantitativos, isto é, como a pessoa, ou grupo de pessoas vinculadas por acordo de votos ou sob controle comum, que detenha

8 Ver o art. 13 do Regulamento anexo à Resolução nº 3.040, de 2002: “o Banco Central do Brasil, na ocorrência das situações a seguir descritas, poderá exigir o cumprimento de condições estabelecidas nos arts. 5º e 7º, a saber: I – aplicação dos incisos IV e V do art. 5º e parágrafo único do art. 7º, na hipótese de expansão da participação detida por acionista controlador, em percentual igual ou superior a 5% (cinco por cento) do capital, de forma acumulada ou não; II – aplicação do inciso V do art. 5º e parágrafo único do art. 7º nos casos abaixo especificados: a) ingresso de acionista ou quotista com participação qualificada ou com direitos correspondentes a participação qualificada, decorrentes de atos jurídicos formalizados, direta ou indiretamente, com outros sócios ou acionistas da instituição; b) expansão da participação qualificada detida por acionista ou quotista em percentual igual ou superior a 5% (cinco por cento) do capital da instituição, de forma acumulada ou não; c) assunção da condição de acionista ou quotista detentor de participação qualificada. Parágrafo 1º A ocorrência dos eventos de que trata este artigo deverá ser comunicada ao Banco Central do Brasil, no prazo a ser por ele estabelecido. Parágrafo 2º A partir do recebimento das informações referidas no parágrafo 1º, o Banco Central do Brasil terá prazo de sessenta dias para adoção das providências de que trata este artigo”.

9 De minha autoria, aprovado pela procuradora-chefe Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira e pelo subprocurador-geral Ailton Cesar dos Santos.

direitos de sócio correspondentes a, no mínimo, 75%¹⁰ do capital social, em sociedade limitada, e 50%, em sociedade anônima.

26. A definição legal de poder de controle encontra-se nos arts. 116¹¹ e 243, § 2º,¹² da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, a Lei das Sociedades Anônimas (LSA). Cotejando-se o conteúdo dos referidos dispositivos com os apontamentos da doutrina, concluiu-se no Parecer PGBC-120, de 2004,¹³ que, além da titularidade dos direitos de sócio e da efetividade na condução dos negócios sociais, o controlador deve ter assegurado de modo permanente os seguintes atributos de poder: (a) maioria de votos nas deliberações da assembleia geral e (b) poder de eleger a maioria dos administradores.

27. Considerando-se que o controle pressupõe poder de fato, entende-se que uma definição abstrata, geral e baseada em critérios quantitativos tende a limitar a capacidade da autoridade supervisora e a embaraçar o trabalho da área de organização da autarquia. Vejam-se as razões.

28. O controle é um fenômeno passível de ser medido na realidade da sociedade, e não uma ficção jurídica sem conexão com fatos reais. Emerge da efetiva dinâmica de poder presente na instituição, não estando ligado de modo permanente e geral a percentual específico de titularidade do capital social. Nessa perspectiva, qualquer pressuposição inserida abstratamente em regulamento pode prejudicar ou, até mesmo, impedir sua averiguação e, eventualmente, tolher a ação da autarquia.

29. Reforça a opinião assentada no item anterior a constatação de que, de acordo com a doutrina e precedente¹⁴ desta Procuradoria-Geral, as formas de controle não se limitam às tradicionalmente exercidas de modo totalitário ou majoritário por sócios. Citem-se, por exemplo, o controle minoritário, que

10 Nos termos do Código Civil, com o quorum correspondente a três quartos do capital social, delibera-se acerca de praticamente todos os atos que interessam à vida de uma sociedade limitada (art. 1.076), a exemplo da designação de administradores não sócios, se o contrato social assim o permitir e o capital ainda não estiver integralizado (art. 1.061).

11 “Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.”

12 “§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.”

13 Do procurador Jader Amaral Brilhante, aprovado pelo coordenador-geral Nelson Alves de Aguiar Júnior, pelo subprocurador-geral Ailton César dos Santos e pelo procurador-geral Francisco José de Siqueira.

14 Conferir, a propósito, o Parecer PGBC-217, de 2010, da assessora jurídica Eliane Coelho Mendonça, aprovado pelo subprocurador-geral Ailton César dos Santos.

ocorre na hipótese de detentor de menos da metade das ações com direito a voto dirigir os negócios sociais e eleger a maioria dos administradores; o controle gerencial, que se faz presente quando, em razão da elevada dispersão do capital, os administradores acabam por controlar os negócios sociais; e o controle externo, exercido por pessoas físicas ou jurídicas que não compõem quaisquer órgãos da sociedade.

30. Diante do exposto, sugere-se a inclusão de parágrafo único no art. 6º da Resolução (art. 4º da proposta original) com esta redação:

Parágrafo único. Nos casos em que o controle da sociedade não seja identificado segundo os critérios mencionados no inciso II do *caput*, o Banco Central do Brasil poderá utilizar outros elementos para identificar o grupo de controle.

31. Com isso, as modalidades de controle mais sutis ou inovadoras ficarão submetidas à Resolução, de forma que a autarquia – calcada na razoabilidade, naturalmente – terá poder para, em situações não convencionais, apreciar a estrutura de comando imperante em sociedade não controlada de modo totalitário ou majoritário por determinados sócios.

V – Exigência de acordo de acionistas ou quotistas

32. A alínea *b* do § 1º do art. 6º do Anexo I à Resolução autoriza a autarquia a exigir o compromisso de celebração de acordo de acionista ou quotista para expressa definição do grupo de controle. E a alínea *b* do § 1º do art. 7º do referido anexo estabelece a necessidade de se prever em estatuto social de sociedade limitada a regência supletiva pela LSA, à vista do exposto no parágrafo único¹⁵ do art. 1.053 do Código Civil Brasileiro (CCB).

33. As inovações reproduzem o entendimento firmado no Parecer PGBC-663,¹⁶ de 2004, segundo o qual o Conselho Monetário Nacional (CMN)

15 “Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples. Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.”

16 Do procurador Francisco Ponte de Almeida Júnior, aprovado pelo coordenador-geral Nelson Alves de Aguiar Júnior e pelo subprocurador-geral Ailton César dos santos.

pode, com fundamento no art. 4º, VIII,¹⁷ e no § 1º¹⁸ do art. 10, ambos da Lei nº 4.595, de 1964, autorizar o Banco Central do Brasil a exigir tanto a celebração de acordo de acionistas ou quotistas quanto a regência supletiva pela LSA das instituições que pretendem operar – ou já operam – no sistema financeiro.

VI – Reputação

34. O art. 22 da proposta original indica de modo objetivo quais situações podem ser consideradas no exame reputacional:

I – Processo crime, inquérito policial, protesto de títulos, ação de execução ou emissão de cheques sem fundos a que esteja respondendo o eleito ou o nomeado, ou qualquer sociedade de que seja ou tenha sido, à época dos fatos, controlador ou administrador;

II – Declaração de falência ou de insolvência do eleito ou do nomeado, ou declaração de insolvência, liquidação, intervenção, falência ou reorganização judicial de firma ou sociedade de que o eleito ou nomeado seja ou tenha sido, nos dois anos que antecederam os fatos, controlador ou administrador;

III – Processo judicial ou administrativo que tenha relação com o Sistema Financeiro Nacional;

IV – Outras situações, ocorrências ou circunstâncias análogas julgadas relevantes pelo Banco Central do Brasil.

35. Atualmente, de acordo com o inciso I do art. 2º¹⁹ da Resolução nº 3.041, de 2002, e o inciso VI do art. 5º do Regulamento anexo à Resolução nº 3.040, de 2002, a reputação ilibada é condição básica para a posse e o exercício de cargos em órgãos estatutários de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

17 “Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: [...] VIII – Regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a esta lei, bem como a aplicação das penalidades previstas; [...]”

18 “§ 1º No exercício das atribuições a que se refere o inciso IX deste artigo, com base nas normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, o Banco Central da República do Brasil, estudará os pedidos que lhe sejam formulados e resolverá conceder ou recusar a autorização pleiteada, podendo incluir as cláusulas que reputar convenientes ao interesse público.”

19 “Art. 2º Constituem condições básicas para o exercício dos cargos referidos no art. 1º, além de outras exigidas na forma da legislação e da regulamentação em vigor: I – ter reputação ilibada; [...]”

36. A reputação ilibada configura conceito jurídico indeterminado, que, portanto, permite avaliação das características de cada caso concreto por parte da Administração, que deve se orientar pelo princípio da proporcionalidade, em sua faceta de adequação entre meios e fins, como salientado nos Pareceres PGBC 120,²⁰ 265²¹ e 341,²² todos de 2011.

37. Protesto de títulos, ação de execução ou emissão de cheques sem fundos não repercutem, necessariamente, na reputação, ainda mais quando sopesados à vista do princípio da proporcionalidade. Já se afirmou no Parecer PGBC-127,²³ de 2010, que pendências financeiras não devem ser vistas como fatos passíveis de enodiar o patrimônio moral daqueles que almejam constituir e administrar instituição fiscalizada por este Banco Central, a não ser que a inadimplência seja comprovadamente habitual, contumaz e utilizada como meio para promover o locupletamento ilícito do devedor.

38. Pelas mesmas razões, não maculam necessariamente a reputação a declaração de falência ou de insolvência, liquidação, intervenção ou recuperação judicial de firma ou sociedade de que o eleito ou nomeado seja ou tenha sido, nos dois anos que antecederam os fatos, controlador ou administrador.

39. Sendo assim, é mais adequado classificar as situações mencionadas nos itens anteriores como condições básicas para o exercício de cargo estatutário sem relação direta com a questão reputacional. Esse, aliás, é o modelo adotado na regulamentação em vigor, nomeadamente no art. 2º²⁴ da Resolução nº 3.041, de 2002.

40. À vista disso, sugere-se a seguinte redação para os arts. 2º e 3º do Anexo II à Resolução (arts. 21 e 22 da proposta original):

Art. 2º São condições para o exercício dos cargos referidos no art. 1º, além de outras exigidas pela legislação e pela regulamentação em vigor:

20 Do procurador Filogônio Moreira Júnior, aprovado pela coordenadora-geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, pelo subprocurador-geral Ailton Cesar dos Santos e pelo procurador-geral Isaac Sidney Menezes Ferreira.

21 De minha autoria, aprovado pela coordenadora-geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, pelo subprocurador-geral Ailton Cesar dos Santos e pelo procurador-geral Isaac Sidney Menezes Ferreira.

22 De minha autoria, aprovado pela coordenadora-geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, pelo subprocurador-geral Ailton Cesar dos Santos e pelo procurador-geral Isaac Sidney Menezes Ferreira.

23 De minha autoria, aprovado pela coordenadora-geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira.

24 “Art. 2º Constituem condições básicas para o exercício dos cargos referidos no art. 1º, além de outras exigidas na forma da legislação e da regulamentação em vigor: [...] V – não responder, nem qualquer empresa da qual seja controlador ou administrador, por pendências relativas a protesto de títulos, cobranças judiciais, emissão de cheques sem fundos, inadimplemento de obrigações e outras ocorrências ou circunstâncias análogas; e VI – não estar declarado falido ou insolvente, nem ter participado da administração ou ter controlado firma ou sociedade concordatária ou insolvente.”

[...]

V – não responder, nem qualquer empresa da qual seja controlador ou administrador, por pendências relativas a protesto de títulos, cobranças judiciais, emissão de cheques sem fundos, inadimplemento de obrigações e outras ocorrências ou circunstâncias análogas;

VI – não estar declarado falido ou insolvente;

VII – não ter controlado ou administrado, nos dois anos que antecedem os fatos, firma ou sociedade objeto de declaração de insolvência, liquidação, intervenção, falência ou recuperação judicial.

Art. 3º Para avaliar o cumprimento, pelo eleito ou pelo nomeado, do requisito estabelecido no art. 2º, inciso I, o Banco Central do Brasil poderá levar em conta as seguintes situações e ocorrências:

I – processo crime, inquérito policial, a que esteja respondendo o eleito ou o nomeado, ou qualquer sociedade de que seja ou tenha sido, à época dos fatos, controlador ou administrador;

II – processo judicial ou administrativo que tenha relação com o Sistema Financeiro Nacional;

III – outras situações, ocorrências ou circunstâncias análogas julgadas relevantes pelo Banco Central do Brasil.

41. Propõe-se, ademais, a inclusão de parágrafo único no art. 3º do Anexo II à Resolução, com o escopo de esclarecer que a Administração tem discricionariedade para formar sua opinião sobre a reputação, podendo, em princípio, tendo em vista o interesse público, relevar determinados fatos nesse juízo. Eis a redação proposta:

Parágrafo único. Na análise quanto aos parâmetros estipulados neste artigo, o Banco Central do Brasil considerará as circunstâncias de cada caso, bem como o contexto em que ocorrer a eleição dos pretendentes, com vistas a avaliar a possibilidade de aceitar ou recusar seus nomes, tendo em vista o interesse público.

42. Além disso, o art. 4º²⁵ da Resolução (art. 36 da proposta original) reforça a possibilidade de a autarquia relevar, em situações excepcionais e diante do interesse

²⁵ “Art. 36. O Banco Central do Brasil, na análise dos processos de que trata esta resolução, considerando as circunstâncias de cada caso concreto e o contexto dos fatos, poderá, *quando cabível*, dispensar, excepcionalmente e diante de interesse público devidamente justificado, o cumprimento das condições estabelecidas para o ingresso no grupo de controle das instituições de que trata o art. 1º, inciso I ou para o exercício dos cargos previstos no art. 1º, inciso II.” (G.n.)

público devidamente justificado, o cumprimento das condições, especialmente as relacionadas à reputação, estabelecidas para o ingresso em grupo de controle ou para o exercício de cargos estatutários. Naturalmente, a dispensa deve ser cabível, ou seja, não vedada por dispositivo legal, conforme assentado no Despacho PGBC-6513,²⁶ de 2011. A propósito, frise-se que existem elementos reproduzidos no regulamento proposto que não podem ser relevados pela autarquia, pois são impostos por lei.²⁷ Citem-se, por exemplo, as inelegibilidades arroladas no § 1º²⁸ do art. 147 da LSA e no § 1º²⁹ do art. 1.011 do CCB.

VII – Cancelamento de ofício de autorização

43. O art. 31 da proposta original mantém a possibilidade de cancelamento de ofício na hipótese de extinção de sociedade autorizada a funcionar no sistema financeiro.

44. No entanto, entende-se mais adequado o cancelamento na hipótese de dissolução, e não de extinção, como originalmente proposto.

45. A finalidade da liquidação ordinária é extinguir a sociedade. De fato, salvo se não possuir patrimônio e dívidas a resgatar, a sociedade se extingue com o encerramento da liquidação, que, em síntese, representa a desativação operacional da pessoa jurídica e a consequente apuração do ativo, para ulterior pagamento das dívidas sociais e partilha do patrimônio remanescente entre seus sócios. Assim dispõem os arts. 1.109³⁰ do CCB e 219, I,³¹ da LSA.

46. A dissolução precede a liquidação. Dissolvida a sociedade e nomeado o liquidante, procede-se, então, à sua liquidação. As hipóteses de dissolução estão

26 Do procurador-geral Isaac Sidney Menezes Ferreira, que aprovou, com ressalvas, o Parecer PGBC-298, de 2011, de minha autoria, aprovada pela coordenadora-geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira e pelo subprocurador-geral Ailton Cesar dos Santos.

27 Conferir, a propósito, o Parecer PGBC-298, de 2011.

28 “§ 1º São inelegíveis para os cargos de administração da companhia as pessoas impedidas por lei especial, ou condenadas por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato, contra a economia popular, a fé pública ou a propriedade, ou a pena criminal que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos.”

29 “§ 1º Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação.”

30 “Art. 1.109. Aprovadas as contas, encerra-se a liquidação, e a sociedade se extingue, ao ser averbada no registro próprio a ata da assembleia.”

31 “Art. 219. Extingue-se a companhia: I – pelo encerramento da liquidação; [...]”

previstas principalmente nos arts. 1.033³² do CCB e 206, I,³³ da LSA. A forma mais usual e frequente de dissolução é a que decorre de deliberação dos sócios.

47. O cancelamento de autorização, mesmo pendente procedimento de liquidação ordinária, é juridicamente possível e recomendável, contanto que as circunstâncias revelem que a medida esteja em conformidade com o interesse público. Nessa perspectiva, o ato formal de extinção da sociedade seria dispensado, sendo suficiente para o cancelamento (i) a dissolução, (ii) a existência de liquidação e (iii) a verificação de que o procedimento de encerramento recebe o devido encaminhamento, sem prejuízo para o sistema financeiro.

48. Desse modo, propõe-se a seguinte redação para o art. 19 do Anexo I à Resolução (art. 31 da proposta original):

Art. 19. A dissolução da sociedade ou a mudança de seu objeto social, que resulte na sua descaracterização como sociedade integrante do sistema financeiro, implicará o cancelamento da respectiva autorização para funcionamento.

49. Outro ponto demanda apreciação. No art. 33 da proposta original constam novas hipóteses de cancelamento de ofício: (i) desenvolvimento de atividades em desacordo com o objeto social; (ii) descumprimento do plano de negócios; (iii) atuação considerada insuficiente, pelo Banco Central do Brasil, para justificar o funcionamento no sistema financeiro; e (iv) descumprimento de condições para o regular funcionamento.

50. A primeira hipótese consiste na inadequação das operações da instituição com as diretrizes fixadas no seu objeto social.

51. A segunda hipótese expressa o descumprimento, nos primeiros anos de funcionamento da instituição, da estrutura prometida no processo de constituição. A instituição autorizada a funcionar submete-se a uma espécie de

32 “Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer: I – o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado; II – o consenso unânime dos sócios; III – a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado; IV – a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias; V – a extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar.”

33 “Art. 206. Dissolve-se a companhia: I – de pleno direito: a) pelo término do prazo de duração; b) nos casos previstos no estatuto; c) por deliberação da assembleia-geral (art. 136, X); d) pela existência de 1 (um) único acionista, verificada em assembleia-geral ordinária, se o mínimo de 2 (dois) não for reconstituído até à do ano seguinte, ressalvado o disposto no artigo 251; e) pela extinção, na forma da lei, da autorização para funcionar.”

período de averiguação, nos termos do art. 11 c/c art. 6º, § 2º, ambos do Anexo I à Resolução. Nesse período, definido pelo Banco Central do Brasil, a instituição deve encaminhar relatórios, semestralmente, demonstrando a adequação de suas operações com os objetivos estratégicos estabelecidos no plano de negócio de que trata o inciso II do art. 6º do aludido anexo. Se a instituição não cumprir os requisitos estabelecidos, surge a opção do cancelamento de ofício.

52. A terceira hipótese se faz presente quando a instituição não cumpre o papel que dela se espera no sistema financeiro, conquanto esteja observando os limites operacionais³⁴ e seu objeto social.

53. A quarta hipótese consiste no descumprimento de qualquer dos limites operacionais a que está sujeita a instituição autorizada.

54. Pois bem. A primeira e a quarta hipóteses contêm elementos característicos da cassação, que, conforme orientação³⁵ desta Procuradoria-Geral, não se confunde com o cancelamento. A cassação detém natureza sancionatória e constitui ato tipicamente vinculado, expedido em processo instaurado especificamente para apurar e punir ilícito. Diversamente, o cancelamento não possui caráter punitivo e decorre do poder discricionário da Administração. O descumprimento do objeto social ou de condições para o regular funcionamento contrariam a regulamentação que disciplina o sistema financeiro, caracterizando, dessa forma, infração punível, no extremo, com a pena de cassação. De fato, o art. 1º³⁶ do Decreto-lei nº 448, de 3 de fevereiro de 1969, estabelece que o descumprimento de normas legais ou regulamentares pelas instituições financeiras é punido com a inabilitação dos administradores ou responsáveis, e o art. 2º³⁷ do mesmo diploma apenas a reincidência com a cassação da autorização de funcionamento. De modo

34 Sobre assunto, conferir as Resoluções 2.283, de 5 de junho de 1996, e 3.490, de 29 de agosto de 2007.

35 A distinção entre cancelamento e cassação há muito tem sido sustentada nesta Procuradoria-Geral. Conferir, a propósito, o Parecer PGBC-185, de 1993, de autoria da procuradora Norma do Régo Monteiro Ferreira, aprovado pelo procurador-chefe Carlos Lauro Correa de Castro Paz, e o Parecer PGBC-369, de 2000, de autoria da procuradora Maria Ângela Furtado Laurentino, aprovado pela coordenadora-geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira.

36 “Art. 1º O descumprimento de normas legais ou regulamentares pelas instituições financeiras, sociedades e empresas integrantes do sistema de distribuição de título ou valores mobiliários, ou pelos seus agentes autônomos, contribuindo para gerar indisciplina ou para afetar a normalidade do mercado financeiro e de capitais será por decisão do Banco Central do Brasil, considerado falta grave e por ele punido com a inabilidade temporária ou permanente dos administradores ou responsáveis, independentemente da aplicação da pena de advertência e outras, capituladas nas Leis números 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e 4.728 de 14 de julho de 1965.”

37 “Art. 2º A reincidência em falta grave punida na forma do artigo anterior, sujeita a pessoa física ou a empresa infratora a processo sumário de cassação do registro ou da carta-patente, e consequente liquidação extrajudicial, no caso de instituição financeira, independentemente da observância do que dispõe o § 9º do artigo 44 da Lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1964, o § 1º do artigo 4º da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, sem prejuízo de outras sanções previstas na legislação em vigor.”

semelhante, o § 9º³⁸ do art. 44 da Lei nº 4.595, de 1964, fixa a pena de cassação para os casos de reincidência específica de infrações anteriormente punidas com as penas de inabilitação temporária ou permanente. Como se vê, a proposta original pretende instituir hipóteses de cassação, com simulacros de cancelamento, conflitando, dessa maneira, com a legislação em vigor. Sugere-se, portanto, a exclusão desses preceitos.

55. Cumpre esclarecer que as considerações registradas no item anterior não se aplicam à segunda hipótese de cancelamento: descumprimento, nos primeiros anos de funcionamento da instituição (período de averiguação fixado pela autarquia), da estrutura prometida no processo de constituição. Isso porque, a rigor, não se trata de infração a regra que disciplina o sistema financeiro, e, sim, de perda superveniente dos requisitos que fundamentaram o ato administrativo de autorização.

56. O art. 33 da proposta original demanda mais um ajuste. O inciso V precisa ser alterado com o escopo de (i) prever período mínimo de interrupção na remessa de demonstrativos financeiros e (ii) excluir a possibilidade de cancelamento no caso de imprecisão dos dados encaminhados. A primeira modificação está em consonância com o princípio da proporcionalidade, pois afasta a possibilidade de se empregar o cancelamento de modo precipitado, motivado em interrupção insignificante. Na minuta veiculada como Anexo II ao presente Parecer, optou-se por adotar o período já previsto na regulamentação em vigor (art. 18, III, do Regulamento anexo à Resolução nº 3.040, de 2001), quatro meses, que parece razoável. A segunda alteração é necessária, visto que informações imprecisas sobre realidade econômico-financeira devem ensejar medidas corretivas com vistas a verificar e, se necessário, aperfeiçoar a higidez da instituição, com a utilização dos instrumentos regulamentares disponíveis.

57. Ademais, ajusta-se a redação do inciso I do art. 33 da proposta original para auxiliar o supervisor a identificar, com base em critérios, indicadores e parâmetros contidos nos textos normativos atinentes ao tema, se a instituição autorizada pratica com habitualidade as atividades que lhe são inerentes ou essenciais. Com isso, assenta-se o preceito nos elementos “atividade essencial” e

38 “§ 9º A pena de cassação, referida no inciso V, deste artigo, será aplicada pelo Conselho Monetário Nacional, por proposta do Banco Central da República do Brasil, nos casos de reincidência específica de infrações anteriormente punidas com as penas previstas nos incisos III [suspensão do exercício de cargos] e IV [inabilitação temporária ou permanente para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência em instituições financeiras] deste artigo.”

“habitualidade”, restringindo-lhe a amplitude e, por conseguinte, conferindo-lhe maior efetividade. Frise-se, afinal, que a hipótese de cancelamento em discussão não pressupõe a violação de regra do sistema financeiro, distinguindo-se, neste ponto, da cassação.

58. Com base nas considerações até aqui assentadas, sugere-se a seguinte redação para o art. 21 do Anexo I à Resolução (art. 33 da proposta original):

Art. 21. O Banco Central do Brasil poderá cancelar a autorização para funcionamento das instituições de que trata esta resolução, quando constatada, a qualquer tempo, uma ou mais das seguintes situações:

I – falta de prática habitual de operações consideradas essenciais, nos termos das normas aplicáveis, para as espécies de instituições mencionadas no art. 1º;

II – inatividade operacional;

III – não localização da instituição no endereço informado ao Banco Central do Brasil;

IV – interrupção, por mais de quatro meses, sem justificativa, do envio ao Banco Central do Brasil dos demonstrativos exigidos pela regulamentação em vigor;

V – descumprimento injustificado do plano de negócios previsto no inciso II do art. 6º, considerando o período de averiguação de que trata o art. 11.

59. Nas hipóteses de cancelamento listadas, existe, em tese, a possibilidade de cancelamento de autorização de instituição detentora de credores operacionais³⁹ de toda sorte, inclusive depositantes. Portanto, é necessário considerar o tratamento a ser conferido a tais credores após o cancelamento, assim como perquirir a estrutura legal e regulamentar em vigor com vistas a identificar mecanismos capazes de assegurar o direito desses credores, especialmente dos depositantes.

60. Com o cancelamento da autorização, a sociedade deixa de integrar o sistema financeiro e, por conseguinte, segundo entendimento⁴⁰ sedimentado nesta Procuradoria-Geral, não mais se submete ao poder de fiscalização da autarquia, que, por isso, fica impedida de adotar medidas para preservar

39 Detentores de créditos relacionados a operações passivas típicas de instituição financeira, como, por exemplo, depósito a vista, depósito de poupança, depósito interfinanceiro e recursos de letras imobiliária, hipotecária e financeira. Sobre o assunto, consultar o Parecer PGBC-411, de 2011, da procuradora Amanda Favre, aprovado pela procuradora-chefe Walkyria de Paula R. de Oliveira e pelo subprocurador-geral Ailton Cesar dos Santos.

40 Nesse sentido, os Pareceres PGBC-98, de 1978, 288, de 1994, 298, de 2010, e 141, de 2011.

interesses de depositantes, demais credores operacionais e, de modo geral, da poupança popular.

61. Não se ignora que, após o cancelamento, eventual liquidação ordinária, com a realização dos ativos e o pagamento do passivo, pode redundar na satisfação de todos os credores, inclusive depositantes. Entretanto, não há mecanismo legal a autorizar a autarquia a determinar a dissolução de sociedade que já não integra o sistema financeiro e sua posterior liquidação ou intervir no seu processo de encerramento. Ademais, não é possível assegurar que o resultado da apuração de ativos será suficiente para pagar todos os depositantes.

62. Acrescente-se ao já exposto o fato de que, segundo a regulamentação em vigor, os créditos de depositantes, até o limite de R\$ 70.000,00, não são garantidos pelo Fundo Garantidor de Créditos (FGC) na hipótese de cancelamento⁴¹ de ofício de autorização de funcionamento de instituição associado ao fundo.

63. Cumpre alertar, ainda, que, ao se visitar a regulamentação em vigor, não se identifica instrumento com vocação específica para assegurar interesses de depositantes previamente ao cancelamento de ofício. Em regra, os instrumentos preventivos disponíveis⁴² têm a finalidade de sanear instituição em dificuldade e, não, de ultimar a sua autorização de funcionamento. Parece, portanto, que o assunto demanda regulamentação específica a ser expedida pelo órgão normativo competente, o CMN, nos termos do art. 4º, VIII, da Lei nº 4.595, de 1964.

64. Note-se como o cancelamento de ofício é capaz de expor o depositante – e outros credores operacionais – a risco incompatível com a confiança e segurança que se espera das relações jurídicas entabuladas no sistema financeiro. Nessa perspectiva, antevê-se que a aplicação das novas hipóteses de cancelamento sem considerar a situação de eventuais credores operacionais parece, em princípio, não se harmonizar com o interesse público na preservação de um sistema financeiro que sirva aos interesses da coletividade, previsto no art. 192⁴³ da Constituição Federal.

41 Conferir o art. 3º do Anexo I à Resolução nº 4.087, de 24 de maio de 2012 (Estatuto do FGC): “O FGC tem por objeto prestar garantia de créditos contra as instituições associadas, referidas no art. 11 deste estatuto, nas situações de: I – decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial de instituição associada; II – reconhecimento, pelo Banco Central do Brasil, do estado de insolvência de instituição associada que, nos termos da legislação em vigor, não estiver sujeita aos regimes referidos no inciso I.”

42 A maioria desses instrumentos consta na Resolução nº 4.019, de 29 de setembro de 2011.

43 “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.”

65. A preocupação descrita no item anterior foi repassada, em reunião realizada em 10 de maio do corrente ano, aos Diretores de Fiscalização e de Organização do Sistema Financeiro e Controle de Operações de Crédito Rural e a membros do Deorf, Desuc e Decop. Na ocasião, os participantes concordaram neste ponto: temeridade de se cancelar autorização de instituição com passivo operacional.

66. Diante disso, com o fito de assegurar, na linha do exposto no Parecer PGBC-53, de 2012,⁴⁴ que a autarquia levará em conta no processo administrativo instaurado para cancelar autorização os riscos do cancelamento para a estabilidade do sistema financeiro nacional, para a poupança popular e para os credores operacionais da instituição, insere-se a seguinte alínea no § 1º do art. 21 do Anexo I à Resolução (art. 33 da proposta original):

Art. 21.

[...]

§ 1º O Banco Central do Brasil, previamente ao cancelamento de que trata o *caput*, deverá:

[...]

c) considerar os riscos do cancelamento para a estabilidade do sistema financeiro nacional, para a poupança popular e para os credores operacionais da instituição.

VIII – Previsão de arquivamento

67. Os incisos III e IV do art. 37 da proposta original estabelecem a possibilidade de o Banco Central do Brasil arquivar, sem exame de mérito, pedidos relacionados ao assunto contido na regulamentação sob comento nestas situações:

- a) se o interessado for instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil e estiver desenhadrada em limites operacionais ou existirem restrições apontadas em ações de fiscalização promovidas pela referida Autarquia; e

⁴⁴ Da procuradora Flávia Albertin de Moraes, aprovado pela procuradora-chefe Eliane Coelho Mendonça, pela subprocuradora-geral Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira, pelo procurador-geral adjunto Cristiano de Oliveira Lopes Cozer e pelo procurador-geral Isaac Sidney Menezes Ferreira.

b) se o interessado for integrante do grupo de controle de instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil e esta estiver desenquadrada em limites operacionais ou existirem restrições apontadas em ações de fiscalização promovidas pela referida Autarquia.

68. Parece que as duas hipóteses carecem de respaldo constitucional. Em princípio, a impossibilidade de se instaurar e concluir processo de controle por conta de irregularidade apurada em outro processo parece desarrazoada.

69. A prevalecer a proposta, instituição financeira que, por exemplo, estiver desenquadrada em limites operacionais não terá apreciados pela autarquia pedidos de homologação ou autorização para praticar qualquer ato societário, desde os mais mezinhos, como eleição de administrador ou conselheiro fiscal, até os mais complexos, como fusão, cisão ou incorporação. Não haverá sequer exame do pleito. Fatos que não têm relação direta com o assunto impedirão a apreciação, causando prejuízo ao supervisionado.

70. À vista disso, infere-se que as disposições ferem o devido processo legal, pois impedem que as razões do administrado sejam conhecidas e apreciadas pela autoridade administrativa competente. A propósito, não é de balde lembrar que a Constituição Federal exige “um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar as decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe a possibilidade de contraditório e ampla defesa”.⁴⁵

71. Desse modo, sugere-se a supressão das hipóteses de arquivamento em questão. Em consequência, o art. 7º da Resolução (art. 37 da proposta original) fica com esta redação:

Art. 7º O Banco Central do Brasil poderá arquivar os pedidos relacionados com os assuntos de que trata esta Resolução quando:

I – houver descumprimento de quaisquer dos prazos previstos nesta Resolução; ou

II – não forem atendidas solicitações de apresentação de documentos adicionais, de prestação de informações, de comparecimento para a realização de entrevistas ou outras solicitações relacionadas ao processo, no prazo assinalado.

45 MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

IX – Devido processo legal

72. Tendo em vista ainda o devido processo legal, inserem-se nos arts. 8º da Resolução (art. 39 da proposta original) e 21 do Anexo I à Resolução (art. 33 da proposta original) dispositivos com o objetivo de assegurar o contraditório em procedimentos de anulação ou cancelamento de autorização.

X – Ajustes finais sugeridos pela área técnica

73. Encerrado o exame da proposta, submeteu-se, para conhecimento e últimas considerações, a minuta de resolução revisada à área técnica, que, em seguida, encaminhou sugestões de ajuste, a maioria relacionada a aspectos técnicos. Após avaliação, foram incorporadas⁴⁶ ao texto as sugestões consideradas adequadas, sob a perspectiva jurídica.

CONCLUSÃO

74. Desse modo, com base nas considerações expostas, não se vislumbra óbice jurídico a impedir a submissão da proposta contida no Anexo II deste parecer à Diretoria Colegiada, para deliberação e encaminhamento do assunto ao CMN.

À consideração de Vossa Senhoria.

Alexandre Forte Maia

Assessor Jurídico

⁴⁶ Além de ajustes de forma, os seguintes dispositivos foram incorporados ou alterados, por solicitação da área técnica: i) Resolução: arts. 4º, 6º, inciso II, e 8º; ii) Regulamento Anexo I à Resolução: art. 4º, incisos III, V e VI e § 1º, art. 6º, inciso II, alínea c, item 3, art. 6º, inciso III, art. 7º, incisos I e II, art. 13, § 2º, e art. 21, inciso I; e iii) Regulamento Anexo II à Resolução: art. 6º.

De acordo com o bem elaborado parecer que, à luz da legislação aplicável e dos precedentes da Procuradoria-Geral, examina, com percuência, a proposta de consolidação e alteração das regras em vigor nas Resoluções nos 3.040 e 3.041, ambas de 2002, em atenção às finalidades buscadas pelo setor técnico da autarquia e sem descuidar dos aspectos que revelam risco legal para o Banco Central do Brasil e para o sistema financeiro nacional.

2. Dentre as considerações acima, cumpre destacar que a redação sugerida para o inciso I do art. 21 do Regulamento Anexo I à minuta de resolução ora examinada (v. parágrafos 57 e 58) tem por fim traçar limites objetivos a um poder que, em abstrato, tem significativa capacidade de causar lesões à livre iniciativa das pessoas envolvidas na atividade financeira, bem como ao direito de propriedade de poupadores e investidores. De acordo com o texto sugerido para o dispositivo, a título de exemplo, o Banco Central do Brasil poderá iniciar o procedimento de cancelamento de ofício da autorização de uma instituição que tenha praticado, de maneira incipiente e durante razoável período de tempo (leia-se: “falta de prática habitual”), operações de crédito com seus clientes (leia-se: “operações consideradas essenciais”), embora estivesse investindo os recursos captados dos poupadores em títulos da dívida pública mobiliária federal ou em outros ativos. A necessidade de previsibilidade, corolário do princípio da segurança jurídica, para o empreendedor e para o poupador que faz uso do sistema financeiro, torna recomendável que a Autarquia tome por base textos normativos que prévia e explicitamente tratem das operações cuja prática habitual é considerada essencial para cada tipo ou espécie de instituição financeira, para que essas continuem a ostentar a autorização para funcionamento e a participar do universo de supervisão do Banco Central do Brasil.

3. Adicionalmente, a Autarquia deverá ter em conta os riscos do cancelamento para a estabilidade do sistema financeiro nacional, para a poupança popular e para os credores operacionais da instituição (v. parágrafos 59 a 66, acima), previamente à adoção dessa medida.

4. No que tange aos interesses de credores operacionais, é mister ressaltar que a Procuradoria-Geral sempre balizou a atuação do Banco Central do Brasil com o rigor de que o cancelamento de ofício da autorização não se fizesse em prejuízo desses credores. No precedente citado pelo parecerista (Parecer PGBC-53, de 2012), examinou-se a possibilidade de promover

o cancelamento de ofício da autorização de uma cooperativa de crédito que, segundo informações do Deorf, apresentava “depósitos de R\$ 7,2 mil e obrigações por empréstimos e repasses de R\$ 58,2 mil”. Não obstante a presença desses passivos operacionais, foi considerado no parecer que não havia “notícia da existência de credores insatisfeitos, já passados cerca de quatro anos do encaminhamento do último documento contábil entregue pela cooperativa (maio de 2007) e da publicação do Comunicado nº 15.528, de 30 de março de 2007 (fl. 75), que divulgou a eventuais interessados o propósito de efetuar o cancelamento da cooperativa.” Diante dessas considerações sobre a aparente ausência de interesse dos credores operacionais da cooperativa, foi firmado que não havia óbice ao pretendido cancelamento *ex officio*, como se depreende dos despachos que aprovaram a manifestação jurídica.

5. Contudo, é importante perceber que o Parecer PGBC-53, de 2012, **não indica** que o cancelamento de ofício pode ocorrer em **qualquer** situação em que haja credores operacionais, mas **apenas naquelas** em que haja aparência de desinteresse desses credores em reaver seus recursos, tendo em vista, dentre outras situações, a ausência de movimentação dos valores depositados por longo tempo ou de manifestação contrária ao cancelamento, após o decurso do prazo para resposta à declaração de propósito publicada pela Autarquia.

À Sra. Subprocuradora-Geral titular da CC1PG, em razão da matéria.

Danilo Takasaki Carvalho

Procurador-Chefe

De acordo com a manifestação do Procurador Alexandre Forte Maia e com o despacho do Procurador-Chefe da Coordenação-Geral de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro, que a aprova e complementa.

2. Acresço, às considerações já expendidas, a sugestão de incluir, no parágrafo único do art. 2º do Anexo II à Resolução, a possibilidade de o Banco Central do Brasil analisar também a situação individual dos pretendentes, para avaliar a aprovação ou não de nomes também na hipótese prevista no inciso VII.

3. Verifico que a norma proposta prevê, no art. 2º do Anexo II à Resolução, a

possibilidade de o Banco Central avaliar os nomes eleitos ou nomeados mesmo na hipótese de não atenderem ao disposto no *caput*, incisos V e VI, que estabelecem:

V – não responder, nem qualquer empresa da qual seja controlador ou administrador, por pendências relativas a protesto de títulos, cobranças judiciais, emissão de cheques sem fundos, inadimplemento de obrigações e outras ocorrências ou circunstâncias análogas;

VI – não estar declarado falido ou insolvente;

4. Por coerência, haja vista a disposição do inciso VII, qual seja “não ter controlado ou administrado, nos dois anos que antecedem os fatos, firma ou sociedade objeto de declaração de insolvência, liquidação, intervenção, falência ou reorganização judicial”, sugiro que, também nessa situação, possa o Banco Central avaliar a conveniência de desconsiderar tal requisito tendo em vista o interesse público.

À apreciação do Sr. Procurador-Geral Adjunto.

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

Subprocuradora-Geral

(Seguem despachos.)

Aprovo o Parecer da Câmara de Consultoria Geral, que bem examina a minuta de Resolução que dispõe sobre o funcionamento de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, bem como sobre o exercício de cargos nos órgãos estatutários das referidas instituições.

Submeta-se o pronunciamento à consideração do Procurador-Geral.

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer

Procurador-Geral Adjunto

Endosso, por seus judiciosos argumentos, o pronunciamento legal elaborado pela Câmara de Consultoria Geral e aprovado pelo Procurador-Geral Adjunto, que, em seu conjunto, bem analisa a proposta de consolidação e aprimoramento dos preceitos regulamentares aplicáveis ao procedimento de constituição, funcionamento, transferência de controle societário, reorganização societária e cancelamento de autorização para funcionamento de instituições sujeitas à supervisão do Banco Central do Brasil, bem como às condições para o exercício de cargos em órgãos estatutários nas referidas instituições.

Consigno que a proposição normativa revisada (Anexo II ao vertente Parecer), cujo teor neste ato corroboro, reflete o trabalho conjunto realizado por representantes das áreas de Regulação, Organização e Fiscalização e da Procuradoria-Geral do Banco Central, adotando soluções que harmonizam as necessidades da supervisão e o interesse público na eficiência da atuação administrativa com os imperativos da legalidade.

Dirija-se a presente opinião legal aos Diretores de Regulação, Organização e Fiscalização, com cópia aos demais integrantes da Diretoria Colegiada, para efeito do encaminhamento das providências relacionadas à submissão da proposta ao órgão de cúpula do Banco Central do Brasil e, na sequência, ao Conselho Monetário Nacional.

Isaac Sidney Menezes Ferreira
Procurador-Geral

Anexo I

PROPOSTA ORIGINAL

Estabelece requisitos e procedimentos para constituição, autorização para funcionamento, cancelamento de autorização, alterações de controle, reorganizações societárias e condições para o exercício de cargos em órgãos estatutários ou contratuais das instituições que especifica.

O Banco Central do Brasil, na forma do art. 9º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, torna público que o Conselho Monetário Nacional, em sessão realizada emde de 2011, com base no art. 4º, inciso VIII, e artigo 10, inciso XI, da referida lei, na Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, no art. 20, parágrafo 1º, da Lei nº 4.864, de 29 de novembro de 1965, na Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.132, de 26 de outubro de 1983 e no art. 1º da Medida Provisória nº 2.192-70, de 24 de agosto de 2001,

RESOLVEU:

Capítulo I – DA CONSTITUIÇÃO E DA AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO

Art. 1º Esta Resolução estabelece:

I – Requisitos e procedimentos para a autorização de constituição e funcionamento, o cancelamento da autorização e as alterações de controle e reorganizações societárias de bancos múltiplos, bancos comerciais, bancos de investimento, bancos de desenvolvimento, bancos de câmbio, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, companhias hipotecárias, agências de fomento, sociedades de arrendamento mercantil, sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários e sociedades corretoras de câmbio; e

II – condições para o exercício de cargos em órgãos estatutários ou contratuais das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

Art. 2º O funcionamento das instituições de que trata o art. 1º, inciso I, pressupõe:

I – constituição, conforme as normas legais, esta resolução e demais disposições regulamentares vigentes;

II – autorização para funcionamento.

Art. 3º No processo de constituição, deve ser indicado o responsável, tecnicamente capacitado, pela condução do projeto no Banco Central do Brasil,

bem como identificado o grupo organizador da instituição, do qual deverão participar representantes do futuro grupo de controle e dos futuros detentores de participação qualificada.

Art. 4º Para fins do disposto nesta resolução, entende-se como:

I – Participação qualificada: a participação, direta ou indireta, detida por pessoas naturais ou jurídicas, equivalente a quinze por cento ou mais de ações ou quotas representativas do capital total das instituições referidas no art. 1º, inciso I;

II – Grupo de Controle: pessoa, ou grupo de pessoas vinculadas por acordo de votos ou sob controle comum, que detenha direitos de sócio correspondentes à maioria do capital social de sociedade anônima ou a 75% do capital social de sociedade limitada.

Art. 5º O processo de constituição das instituições referidas no art. 1º, inciso I, terá início com a apresentação, ao Banco Central do Brasil, de:

I – minuta da declaração de propósito prevista no inciso I do art. 7º;

II – sumário executivo do plano de negócios previsto no inciso II do art. 7º, cujo conteúdo mínimo será definido pelo Banco Central do Brasil;

III – identificação do grupo de controle da instituição e respectiva participação societária;

IV – indicação das pessoas físicas e jurídicas que compõem o grupo econômico do qual fará parte a instituição e que possam vir a exercer influência direta ou indireta nos seus negócios; e

V – autorização expressa, por todos os integrantes do grupo de controle e por todos os detentores de participação qualificada:

a) à Secretaria da Receita Federal do Brasil, para fornecimento ao Banco Central do Brasil de cópia da declaração de rendimentos, de bens e direitos e de dívidas e ônus reais, relativa aos três últimos exercícios fiscais, para uso exclusivo no respectivo processo de autorização;

b) ao Banco Central do Brasil, para acesso a informações a seu respeito constantes de qualquer sistema público ou privado de cadastro e informações, inclusive processos e procedimentos judiciais ou administrativos e inquéritos policiais.

Art. 6º Recebida a documentação, elaborada em conformidade com o art. 5º, o Banco Central do Brasil convocará os futuros controladores e administradores, se for o caso, da instituição para entrevista técnica, a fim de que os entrevistados apresentem a proposta do empreendimento.

§ 1º Se o Banco Central do Brasil entender necessária a realização de alterações na proposta do empreendimento apresentada durante a entrevista técnica, aquela Autarquia comunicará tal fato aos interessados, convocando-os para uma segunda entrevista técnica para apresentação da proposta devidamente ajustada.

§ 2º Se, após a segunda entrevista técnica, o Banco Central do Brasil mantiver seu entendimento desfavorável à proposta do empreendimento apresentada, o pedido será indeferido.

§ 3º O Banco Central do Brasil disporá sobre os casos em que a entrevista técnica poderá ser dispensada.

Art. 7º Deverão os interessados, no prazo de sessenta dias contados da manifestação favorável do Banco Central do Brasil à proposta do empreendimento, atender às seguintes condições:

I – publicação de declaração de propósito por parte das pessoas naturais ou jurídicas que não integrem grupo de controle de instituição mencionada no art. 1º, nos termos e condições estabelecidos pelo Banco Central do Brasil, que também deverá divulgá-la, utilizando, para tanto, o meio que julgar mais adequado;

II – apresentação de plano de negócios composto pelos seguintes documentos, abrangendo o período estipulado pelo Banco Central do Brasil na forma do § 2º deste artigo:

a) plano financeiro, que deve demonstrar a viabilidade econômico-financeira do projeto e do qual devem constar:

1. premissas econômicas;
2. premissas do projeto;
3. metodologia utilizada para a avaliação do negócio;
4. projeção, elaborada em periodicidade mensal, das demonstrações financeiras e do fluxo de caixa;
5. estrutura de capital e fontes de financiamento;
6. estimativa da taxa de desconto, calculada com base em metodologia amplamente aceita de cálculo de custo de capital próprio;

7. cálculo do Valor Presente Líquido (VPL) do projeto com base no Fluxo de Caixa Disponível ao Acionista;

8. descrição das variáveis críticas para o sucesso do empreendimento, assim como a construção de três cenários (base, conservador e ideal), em que seja possível verificar o impacto gerado por mudanças dessas variáveis nos resultados obtidos;

b) plano mercadológico, que deve contemplar os seguintes tópicos:

1. objetivos estratégicos do empreendimento;

2. descrição do mercado em que a instituição pretende atuar, contemplando os riscos nele existentes e os decorrentes de eventual concentração de negócios;

3. público-alvo;

4. principais produtos e serviços a serem ofertados;

5. análise da concorrência;

6. tecnologias a serem utilizadas na colocação dos produtos e dimensionamento da estrutura de atendimento;

c) plano operacional, detalhando os seguintes aspectos:

1. a composição societária própria e do grupo econômico a que pertence a instituição, explicitando, em todos os níveis de participação, os integrantes do grupo de controle, os detentores de participação qualificada, os participantes estrangeiros, se houver, bem como as respectivas quantidades e espécies de ações ou de quotas detidas, até que fique evidenciado quem são os controladores finais;

2. o relacionamento que a instituição pretende manter com as demais pessoas físicas ou jurídicas que compõem o grupo econômico do qual ela faz parte;

3. os padrões de governança corporativa;

4. o organograma da instituição e a política de pessoal;

5. a estrutura física;

6. os controles internos, a estrutura a ser utilizada no gerenciamento de riscos, os planos de contingência a serem adotados e a indicação dos sistemas, procedimentos e controles a serem utilizados para a detecção e a prevenção de operações cujas características possam indicar a existência dos crimes tipificados na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998;

7. a estrutura prevista para atender as exigências do Banco Central do Brasil no que se refere ao fornecimento de informações para fins estatísticos e de supervisão e à divulgação de demonstrações contábeis nos padrões estabelecidos.

III – demonstração de capacidade econômico-financeira compatível com o porte, a natureza e o objetivo do empreendimento, a ser atendida, a critério do Banco Central do Brasil, pelo grupo de controle ou, individualmente, por cada integrante do grupo de controle;

IV – indicação da origem dos recursos a serem utilizados no empreendimento;

V – inexistência de restrições que possam, a juízo do Banco Central do Brasil, afetar a reputação dos controladores e dos detentores de participação qualificada, aplicando-se, no que couber, os requisitos estabelecidos nos artigos 21 e 22 desta Resolução.

§ 1º O Banco Central do Brasil, nos casos que julgar necessário, poderá exigir:

I – publicação de declaração de propósito por parte das pessoas naturais ou jurídicas que integrem grupo de controle de instituição mencionada no art. 1º, inciso I;

II – compromisso de celebração de acordo de acionistas ou quotistas contemplando expressa definição do grupo de controle da instituição objeto do processo.

§ 2º Com referência aos documentos de que trata o inciso II do *caput*, o Banco Central do Brasil, levando em conta a natureza e o porte da instituição, poderá:

I - estipular período mínimo de abrangência a ser considerado na elaboração desses documentos;

II – adequar o atendimento dos requisitos estabelecidos.

§ 3º Fica dispensada:

I – a publicação da declaração de propósito referida no inciso I do *caput*, nos casos de constituição de agências de fomento;

II – a remessa do plano financeiro a que se refere o inciso II, alínea *a*, do *caput*, nos casos de constituição de sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, de sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários e de sociedades corretoras de câmbio.

§ 4º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, o plano financeiro deve permanecer na sede da sociedade durante o período estipulado nos termos do § 2º, podendo o Banco Central do Brasil exigir sua apresentação a qualquer tempo durante esse período.

Art. 8º No prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar do recebimento da manifestação favorável do Banco Central do Brasil a respeito do cumprimento das condições previstas no art. 7º, os interessados deverão:

I – formalizar os atos societários de constituição da pessoa jurídica a ser objeto da autorização para funcionamento pelo Banco Central do Brasil, levando-os a arquivamento no Registro de Comércio;

II – implementar a estrutura organizacional, contemplando as estruturas de controles internos e de gerenciamento de riscos, a contratação dos sistemas eletrônicos e da mão de obra, a aquisição de equipamentos e a adoção de todas as demais providências previstas no plano de negócios e necessárias às atividades da instituição;

III – apresentar ao Banco Central do Brasil cópia dos atos constitutivos da pessoa jurídica mencionada no inciso I, juntamente com requerimento solicitando a realização de inspeção a fim de verificar a estrutura organizacional implementada.

§ 1º O estatuto ou contrato social da pessoa jurídica de que trata o inciso I deverá conter, expressamente, cláusula estabelecendo que:

a) até a expedição da autorização para funcionamento da instituição, é vedada a realização de qualquer atividade, especialmente operações privativas das instituições de que trata o art. 1º, inciso I, permitidas somente aquelas necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo;

b) a sociedade será regida subsidiariamente pela lei das sociedades anônimas, nos termos do art. 1.053, parágrafo único, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), quando não organizada sob a forma de sociedade anônima.

§ 2º O capital social da sociedade prevista no *caput*, inciso I, deverá ser integralizado exclusivamente em moeda corrente.

§ 3º Enquanto a pessoa jurídica de que trata o *caput*, inciso I, mantiver, em seu estatuto ou contrato social, a cláusula restritiva mencionada no § 1º, alínea *a*, seu capital integralizado poderá ficar restrito a montante suficiente para adoção das providências previstas no *caput*, inciso II.

§ 4º Até a expedição da autorização para funcionamento pelo Banco Central do Brasil, a pessoa jurídica de que trata o *caput*, inciso I, não será considerada pela referida Autarquia, para quaisquer fins, como uma das instituições de que trata o art. 1º, inciso I.

Art. 9º No prazo de 60 (sessenta) dias a contar do recebimento dos documentos previstos no inciso III do art. 8º, o Banco Central do Brasil realizará inspeção na instituição, a fim de constatar a compatibilidade entre a estrutura organizacional existente e aquela prevista no plano de negócios.

Parágrafo único. Constatada incompatibilidade entre a estrutura organizacional existente e a prevista no plano de negócios, o Banco Central do Brasil determinará prazo para correção, após o qual, em caso de desatendimento, indeferirá o pedido.

Art. 10. Constatada a adequação da estrutura organizacional, a autorização para funcionamento dependerá da apresentação, ao Banco Central do Brasil, no prazo de 90 (noventa) dias, de documentação comprobatória da adoção das seguintes providências:

I – alteração do estatuto ou contrato social da pessoa jurídica a que se refere o inciso I do art. 8º, a fim de adequar seu capital social ao montante previsto no plano de negócios e remover a restrição prevista no § 1º, alínea *a*, do art. 8º;

II – eleição dos administradores e demais membros dos órgãos estatutários ou contratuais da instituição;

III – comprovação da origem dos recursos utilizados no empreendimento.

Art. 11. Verificado, pelo Banco Central do Brasil, o atendimento das condições previstas no artigo anterior, será expedida autorização para funcionamento da instituição.

Parágrafo único. Expedida a autorização referida no *caput*, a instituição será considerada em funcionamento, para efeitos de aplicação e observância da regulamentação em vigor.

Art. 12. Iniciadas as atividades, a instituição deverá, durante o período estipulado pelo Banco Central do Brasil nos termos do § 2º do art. 7º, evidenciar, no relatório de administração que acompanha as demonstrações financeiras semestrais, a adequação das operações realizadas com os objetivos estratégicos estabelecidos no plano de negócios.

Parágrafo único. Verificada, durante o período referido no *caput*, a não adequação das operações com o plano de negócios, a instituição deverá

apresentar justificativas fundamentadas, as quais serão objeto de exame por parte do Banco Central do Brasil, que poderá estabelecer condições adicionais para o funcionamento da instituição, fixando prazo para seu atendimento.

Art. 13. No caso de pedidos de autorização para funcionamento formulados por instituição mencionada no art. 1º, inciso I, ou por pessoas naturais ou jurídicas que integrem grupo de controle de instituição mencionada no art. 1º, inciso I, os requisitos estabelecidos no inciso II do art. 8º poderão ser supridos por meio de convênio operacional para compartilhamento de estruturas organizacionais entre a pessoa jurídica a ser objeto da autorização para funcionamento de que trata o art. 8º, inciso I e outra sociedade integrante do mesmo grupo econômico.

Capítulo II – DA AUTORIZAÇÃO PARA TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE SOCIETÁRIO E PARA REORGANIZAÇÃO

Art. 14. Dependem de autorização do Banco Central do Brasil a transferência de controle societário e qualquer mudança, direta ou indireta, no grupo de controle, que possa implicar alteração do quadro de pessoas que exercem a efetiva gestão dos negócios da instituição, decorrentes de:

I – acordo de acionistas ou quotistas;

II – herança e atos de disposição de vontade, a exemplo de doação, adiantamento da legítima e constituição de usufruto;

III – ato, isolado ou em conjunto, de qualquer pessoa, natural ou jurídica, ou grupo de pessoas representando interesse comum.

Parágrafo único. As disposições deste artigo não se aplicam às transferências de controle societário para pessoas jurídicas em que não ocorra ingresso de novas pessoas naturais no quadro de controladores finais da instituição.

Art. 15. Dependem igualmente da autorização do Banco Central do Brasil:

I – mudança de objeto social, observado o disposto no art. 31;

II – criação ou cancelamento de carteira operacional, por banco múltiplo;

III – fusão, cisão ou incorporação;

IV – transformação societária.

Art. 16. Os pedidos de que tratam os arts. 14 e 15 devem observar as seguintes condições:

I – nos casos previstos no art. 14, devem ser apresentados os documentos e atendidas as condições previstas nos incisos I, III, IV e V do art. 5º e nos incisos I, III, IV e V do art. 7º, bem como a comprovação da origem dos recursos utilizados na operação;

II – nos casos previstos no art. 15, deve ser apresentada justificativa fundamentada para a operação.

Parágrafo único. O Banco Central do Brasil, na análise dos processos de que trata o *caput*, poderá convocar os interessados para a realização de entrevista técnica, exigir a apresentação de documentos complementares e o cumprimento de outros requisitos previstos nos arts. 5º a 9º.

Art. 17. As seguintes operações devem ser submetidas ao Banco Central do Brasil, nas condições a serem por ele estabelecidas:

I – ingresso de acionista ou quotista com participação qualificada ou com direitos correspondentes a participação qualificada;

II – assunção da condição de acionista ou quotista detentor de participação qualificada;

III – expansão da participação qualificada em percentual igual ou superior a quinze por cento do capital da instituição, de forma acumulada ou não.

§ 1º O Banco Central do Brasil poderá solicitar documentos e informações julgadas necessárias ao perfeito esclarecimento da operação, inclusive quanto à origem dos recursos nela utilizados e à reputação dos envolvidos.

§ 2º Examinados os aspectos da operação a que se refere o § 1º e constatada qualquer irregularidade, o Banco Central do Brasil poderá determinar que a operação seja regularizada, mediante o seu desfazimento ou a alienação da participação qualificada.

Capítulo III – DA ESTRUTURA DE CONTROLE SOCIETÁRIO

Art. 18. A participação societária direta que implique controle de instituições referidas no art. 1º, inciso I somente pode ser exercida por:

I – pessoas naturais;

II – instituições financeiras sediadas no país ou no exterior e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil;

III – outras pessoas jurídicas sediadas no país que tenham por objeto social exclusivo a participação societária em instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica:

I – às agências de fomento;

II – às instituições constituídas antes de 28 de novembro de 2002, enquanto perdurar a estrutura de controle existente naquela data.

§ 2º O ingresso de sócio ou quotista na condição de integrante do grupo de controle requer o atendimento ao disposto no *caput*.

§ 3º O Banco Central do Brasil poderá exigir a celebração de acordo de acionistas ou quotistas, contemplando a expressa definição do controle societário, nos casos em que julgar necessário.

Art. 19. Fica condicionada à ausência de objeção por parte do supervisor do país de origem:

I – a constituição, no País, de subsidiária de instituição financeira sediada no exterior;

II – o ingresso de instituição financeira sediada no exterior no grupo de controle direto ou indireto de instituição mencionada no art. 1º, inciso I.

Capítulo IV – DAS CONDIÇÕES PARA O EXERCÍCIO DE CARGOS EM ÓRGÃOS ESTATUTÁRIOS OU CONTRATUAIS

Art. 20. A posse e o exercício de cargos em órgãos estatutários ou contratuais de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil são privativos de pessoas cuja eleição ou nomeação tenha sido aceita pela referida Autarquia, a quem compete analisar os respectivos processos e tomar as decisões que considerar convenientes ao interesse público.

§ 1º A eleição ou a nomeação de membros de órgãos estatutários ou contratuais deve ser submetida à aprovação do Banco Central do Brasil, no prazo máximo

de quinze dias de sua ocorrência, devidamente instruída com a documentação definida pela referida Autarquia.

§ 2º Ressalvam-se das disposições desta resolução as instituições financeiras públicas federais, cujos membros de órgãos estatutários são investidos nos respectivos cargos na forma da legislação em vigor, sem prejuízo da obrigatoriedade de comunicação dos respectivos atos de eleição ou de nomeação ao Banco Central do Brasil no prazo máximo de quinze dias de sua ocorrência.

Art. 21. São condições para o exercício dos cargos referidos no art. 20, além de outras exigidas pela legislação e pela regulamentação em vigor:

I – ter reputação ilibada;

II – Ser residente no País, nos casos de diretor, de sócio-administrador e de conselheiro fiscal;

III - Não estar impedido por lei especial, nem condenado por crime falimentar, de sonegação fiscal, de prevaricação, de corrupção ativa ou passiva, de concussão, de peculato, contra a economia popular, a fé pública, a propriedade ou o Sistema Financeiro Nacional, ou condenado a pena criminal que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos;

IV - Não estar declarado, por decisão definitiva, inabilitado ou suspenso para o exercício de cargos de conselheiro fiscal, de conselheiro de administração, de diretor ou de sócio-administrador nas instituições referidas no art. 1º ou em entidades de previdência complementar, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização, companhias abertas ou entidades sujeitas à supervisão da Comissão de Valores Mobiliários.

Art. 22. Para avaliar o cumprimento, pelo eleito ou pelo nomeado, do requisito estabelecido no art. 21, inciso I, o Banco Central do Brasil levará em conta as seguintes situações e ocorrências:

I – Processo crime, inquérito policial, protesto de títulos, ação de execução ou emissão de cheques sem fundos a que esteja respondendo o eleito ou o nomeado, ou qualquer sociedade de que seja ou tenha sido, à época dos fatos, controlador ou administrador;

II – Declaração de falência ou de insolvência do eleito ou do nomeado, ou declaração de insolvência, liquidação, intervenção, falência ou reorganização

judicial de firma ou sociedade de que o eleito ou nomeado seja ou tenha sido, nos dois anos que antecederam os fatos, controlador ou administrador;

III – Processo judicial ou administrativo que tenha relação com o Sistema Financeiro Nacional;

IV – Outras situações, ocorrências ou circunstâncias análogas julgadas relevantes pelo Banco Central do Brasil.

Art. 23. Sem prejuízo dos demais documentos necessários à instrução do processo, os eleitos ou nomeados para cargos em órgãos estatutários ou contratuais das instituições referidas no art. 1º deverão apresentar, ao Banco Central do Brasil, as autorizações descritas no artigo 5º, inciso V, e declaração acerca de seu eventual enquadramento em quaisquer das situações previstas nos artigos 21 e 22, na forma a ser definida por aquela Autarquia, observado o disposto no art. 38.

§ 1º. Caso o eleito ou nomeado se enquadre em quaisquer das situações previstas no artigo 22, incisos I a III desta resolução, tal circunstância deverá ser informada na declaração a que se refere o *caput*, que deverá vir acompanhada de documentos que permitam aferir a natureza e o estágio em que se encontrem as ocorrências relatadas.

§ 2º. A aceitação, por parte do Banco Central do Brasil, de nomes para o exercício dos cargos referidos no art. 20 não exime de responsabilidade os eleitos ou nomeados, a instituição, seus controladores e administradores, pela veracidade das informações prestadas àquela Autarquia.

Art. 24. É também condição para o exercício dos cargos de membro do conselho de administração, de diretor ou de sócio-administrador das instituições referidas no art. 1º possuir capacitação técnica compatível com as atribuições do cargo para o qual foi eleito ou nomeado.

§ 1º A capacitação técnica de que trata o *caput* deve ser comprovada com base na formação acadêmica, experiência profissional ou em outros quesitos julgados relevantes, por intermédio de declaração, justificada e firmada pelas instituições referidas no art. 1º, submetida à avaliação do Banco Central do Brasil concomitantemente à documentação prevista no art. 23.

§ 2º A declaração referida no § 1º é dispensada nos casos de eleição de

conselheiro de administração, de diretor e de sócio-administrador com mandato em vigor na própria instituição ou em outra integrante do respectivo conglomerado financeiro.

Art. 25. Nos casos de eleitos ou nomeados para cargos de conselheiro de administração, de diretor ou de sócio-administrador, cujos nomes não tenham sido anteriormente aceitos para referidos cargos pelo Banco Central do Brasil, ou tenham sido aceitos para cargos em cooperativas de crédito ou em sociedades de crédito ao microempendedor, deve ser publicada declaração de propósito, com vistas ao exercício do cargo pretendido.

§ 1º São dispensados da publicação referida no *caput* os eleitos ou nomeados para cargos de conselheiro de administração, de diretor ou de sócio-administrador em:

I – cooperativas de crédito singulares, exceto aquelas obrigatoriamente filiadas a cooperativas centrais de crédito;

II – sociedades de crédito ao microempendedor.

§ 2º O Banco Central do Brasil pode, caso julgue necessário, adotar as seguintes medidas relativamente à declaração de propósito referida no *caput*, tanto em casos isolados quanto por meio de normas e procedimentos gerais:

I – Determinar sua publicação no caso de eleitos ou nomeados para cargos de membro do conselho de administração, de diretor ou de sócio-administrador e, ainda, no caso daqueles cujos nomes já tenham sido anteriormente aceitos pela referida Autarquia;

II – Estabelecer a forma e o prazo de sua publicação, bem como o prazo de recepção de objeções por parte do público, com vistas ao andamento do processo respectivo;

III – Proceder à sua divulgação por meio que julgar mais adequado.

Art. 26. O prazo de sessenta dias a que se refere o art. 33, parágrafo 1º, da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, deve ser contado a partir da data em que estiverem reunidas nos autos todas as informações necessárias para que o Banco Central do Brasil possa decidir o processo.

Parágrafo único. Nos casos em que for exigida a publicação da declaração de propósito referida no art. 25, é condição para que se considere instruído o

processo o decurso do prazo estabelecido pelo Banco Central do Brasil para o recebimento de objeções por parte do público.

Art. 27. O afastamento temporário de membro de órgão estatutário das instituições referidas no art. 1º, determinado por ocasião de processo instaurado na forma da legislação em vigor, não exclui o afastado do alcance das vedações aplicáveis aos membros em exercício.

Art. 28. O Banco Central do Brasil deve divulgar os nomes dos eleitos ou nomeados aceitos por aquela Autarquia, utilizando, para tanto, o meio que julgar mais adequado.

Art. 29. Os estatutos ou contratos sociais das instituições a que se refere o art. 1º deverão conter cláusula explicitando que o mandato dos ocupantes de cargos em seus órgãos estatutários ou contratuais, à exceção do conselho fiscal, estender-se-á até a posse dos seus substitutos.

Parágrafo Único. As instituições que, na data da publicação desta Resolução, não tenham a cláusula a que se refere o *caput* em seus estatutos ou contratos sociais deverão providenciar a inclusão de tal dispositivo na primeira reforma estatutaria ou alteração contratual que realizar após a edição desta resolução.

Art. 30. Caso o nome de eleito ou nomeado para os cargos a que se refere o art. 20 seja rejeitado pelo Banco Central do Brasil, a instituição deverá, no prazo de trinta dias contados da data em que a decisão de indeferimento tornar-se definitiva, realizar a eleição ou a nomeação do substituto do nome não aprovado.

Capítulo V – DO CANCELAMENTO DA AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO

Art. 31. A extinção da sociedade ou a mudança de seu objeto social, que resulte na sua descaracterização como sociedade integrante do sistema financeiro, poderá implicar o cancelamento da respectiva autorização para funcionamento.

Art. 32. São requisitos indispensáveis para o cancelamento, a pedido, da autorização para funcionamento das instituições referidas no art. 1º, inciso I:

I – publicação de declaração de propósito nos termos e condições estabelecidos pelo Banco Central do Brasil, que também deverá divulgá-la, utilizando, para tanto, o meio que julgar mais adequado;

II – deliberação em assembleia geral ou em reunião de quotistas, conforme o caso;

III – instrução do respectivo processo junto ao Banco Central do Brasil nos termos e condições por ele estabelecidos.

§ 1º Adicionalmente aos requisitos estabelecidos neste artigo, o Banco Central do Brasil poderá condicionar o cancelamento à liquidação de operações passivas privativas das instituições referidas no art. 1º, inciso I.

§ 2º As disposições deste artigo não se aplicam à extinção da sociedade decorrente de fusão, cisão total ou incorporação, desde que a instituição resultante ou sucessora seja autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

Art. 33. O Banco Central do Brasil poderá cancelar a autorização para funcionamento das instituições de que trata esta resolução, quando constatada, a qualquer tempo, uma ou mais das seguintes situações:

I – atuação considerada insuficiente, pelo Banco Central do Brasil, para justificar seu funcionamento no sistema financeiro nacional;

II – inatividade operacional;

III – desenvolvimento de atividades em desacordo com o objeto social;

IV – não localização da instituição no endereço informado ao Banco Central do Brasil;

V – interrupção no envio ao Banco Central do Brasil dos demonstrativos exigidos pela regulamentação em vigor ou, ainda, a elaboração desses demonstrativos sem representar, com propriedade, a realidade econômico-financeira da instituição e sua exposição a riscos;

VI – descumprimento do plano de negócios previsto no inciso II do art. 7º;

VII – deixar de cumprir as condições para o regular funcionamento.

Parágrafo único. O Banco Central do Brasil, previamente ao cancelamento de que trata o *caput*, deverá:

I – divulgar ao público, por meio que julgar mais adequado, sua intenção de cancelar a autorização de que se trata, com vistas à eventual apresentação de objeções no prazo de trinta dias;

II – notificar a instituição no endereço fornecido ao Banco Central do Brasil para se manifestar sobre a intenção de cancelamento.

Capítulo VI – DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 34. O Banco Central do Brasil deverá dispor sobre:

I – os documentos necessários à instrução dos processos relativos aos assuntos de que trata esta resolução;

II – os prazos a serem observados na instrução dos processos.

Art. 35. O Banco Central do Brasil, no curso da análise dos assuntos tratados nesta resolução, poderá:

I – solicitar quaisquer documentos e informações adicionais que julgar necessários à decisão acerca da pretensão, inclusive a autoridades no exterior;

II – convocar para entrevista os integrantes do grupo de controle, os detentores de participação qualificada e os indicados, eleitos ou nomeados para o exercício de cargos em órgãos estatutários ou contratuais da instituição.

Art. 36. O Banco Central do Brasil, na análise dos processos de que trata esta resolução, considerando as circunstâncias de cada caso concreto e o contexto dos fatos, poderá, quando cabível, dispensar, excepcionalmente e diante de interesse público devidamente justificado, o cumprimento das condições estabelecidas para o ingresso no grupo de controle das instituições de que trata o art. 1º, inciso I ou para o exercício dos cargos previstos no art. 20.

Art. 37. O Banco Central do Brasil poderá indeferir os pedidos relacionados com os assuntos de que trata esta resolução, caso venha a ser apurada:

I – circunstância que possa afetar a reputação dos administradores, dos integrantes do grupo de controle, dos detentores de participação qualificada;

II – falsidade nas declarações ou nos documentos apresentados na instrução do processo. Parágrafo único. Nos casos de que trata este artigo, o Banco Central

do Brasil concederá prazo aos interessados para que as irregularidades sejam sanadas ou para a apresentação das justificativas que entender cabíveis.

Art. 38. O Banco Central do Brasil poderá arquivar os pedidos relacionados com os assuntos de que trata esta resolução quando:

- I – houver descumprimento de quaisquer dos prazos previstos nesta resolução;
- II – não forem atendidas solicitações de apresentação de documentos adicionais, de prestação de informações, de comparecimento para a realização de entrevistas ou outras solicitações relacionadas ao processo, no prazo assinalado;
- III – se o interessado for instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil e estiver desenquadrada em limites operacionais ou existirem restrições apontadas em ações de fiscalização promovidas pela referida Autarquia;
- IV – se o interessado for integrante do grupo de controle de instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil e esta estiver desenquadrada em limites operacionais ou existirem restrições apontadas em ações de fiscalização promovidas pela referida Autarquia.

Art. 39. Constatada, a qualquer tempo, falsidade nas declarações ou documentos apresentados na instrução dos processos previstos nesta resolução, o Banco Central do Brasil poderá, a seu critério, considerando a gravidade e relevância dos fatos omitidos:

- I – no caso de processos de constituição e autorização para funcionamento, revogar a autorização para funcionamento da instituição;
- II – nos casos de alteração de controle, de reorganização societária ou de aquisição de participação qualificada, determinar que a operação seja regularizada;
- III – nos casos de eleição ou nomeação para o exercício de cargo em órgãos estatutários ou contratuais das instituições a que se refere o art. 1º, revogar a decisão que aprovou a eleição ou nomeação.

Parágrafo único. As medidas previstas neste artigo poderão também ser adotadas caso sejam constatadas, a qualquer tempo, circunstâncias preexistentes à eleição ou nomeação, que possam afetar a reputação dos eleitos ou nomeados para os cargos de que trata o art. 20.

Art. 40. Fica o Banco Central do Brasil autorizado a baixar os atos necessários à execução do disposto nesta resolução.

Art. 41. Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 42. Ficam revogados a Resolução nº 3.040, de 28 de novembro de 2002, a Resolução nº 3.041, de 28 de novembro de 2002, a Resolução nº 3.141, de 27 de novembro de 2003, e o art. 2º da Resolução nº 3.661, de 17 de dezembro de 2008, exceto no que tange aos pleitos ingressados no Banco Central do Brasil até 31 de dezembro de 2011, que continuarão a ser disciplinados por essas resoluções.

Alexandre Antonio Tombini
Presidente

Anexo II

RESOLUÇÃO

Estabelece requisitos e procedimentos para constituição, autorização para funcionamento, cancelamento de autorização, alterações de controle, reorganizações societárias e condições para o exercício de cargos em órgãos estatutários ou contratuais das instituições que especifica.

O Banco Central do Brasil, na forma do art. 9º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, torna público que o Conselho Monetário Nacional, em sessão realizada emde de 2011, com base no art. 4º, inciso VIII, e art. 10, inciso XI, da referida lei, na Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, no art. 20, § 1º, da Lei nº 4.864, de 29 de novembro de 1965, na Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974, e no art. 1º da Medida Provisória nº 2.192-70, de 24 de agosto de 2001,

RESOLVEU:

Art. 1º Esta Resolução estabelece, nos termos dos Regulamentos Anexos I e II, respectivamente:

I – requisitos e procedimentos para a autorização de constituição e funcionamento, o cancelamento da autorização e as alterações de controle e reorganizações societárias de bancos múltiplos, bancos comerciais, bancos de investimento, bancos de desenvolvimento, bancos de câmbio, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, companhias hipotecárias, agências de fomento, sociedades de arrendamento mercantil, sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários e sociedades corretoras de câmbio; e

II – condições para o exercício de cargos em órgãos estatutários ou contratuais das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

Art. 2º O Banco Central do Brasil deverá dispor sobre:

I – os documentos necessários à instrução dos processos relativos aos assuntos de que trata esta Resolução;

II – os prazos a serem observados na instrução dos processos.

Art. 3º O Banco Central do Brasil, no curso da análise dos assuntos tratados nesta Resolução, poderá:

I – solicitar quaisquer documentos e informações adicionais que julgar necessários à decisão acerca da pretensão, inclusive a autoridades no exterior;

II – convocar para entrevista técnica os integrantes do grupo de controle, os detentores de participação qualificada e os indicados, eleitos ou nomeados para o exercício de cargos em órgãos estatutários ou contratuais da instituição.

Art. 4º O Banco Central do Brasil, na análise dos processos de que trata esta Resolução, considerando as circunstâncias de cada caso concreto e o contexto dos fatos, poderá dispensar, excepcionalmente e diante de interesse público devidamente justificado, o cumprimento das condições estabelecidas para o

ingresso no grupo de controle das instituições de que trata o art. 1º, inciso I, ou para o exercício dos cargos previstos no art. 1º, inciso II.

Art. 5º O Banco Central do Brasil poderá indeferir os pedidos relacionados com os assuntos de que trata esta Resolução, caso venha a ser apurada:

I – circunstância que possa afetar a reputação dos administradores, dos integrantes do grupo de controle, dos detentores de participação qualificada;

II – falsidade nas declarações ou nos documentos apresentados na instrução do processo.

Parágrafo único. Nos casos de que trata este artigo, o Banco Central do Brasil concederá prazo aos interessados para a apresentação de justificativas.

Art. 6º Para fins do disposto nesta Resolução, entende-se como:

I – participação qualificada: a participação, direta ou indireta, detida por pessoas naturais ou jurídicas, equivalente a quinze por cento ou mais de ações ou quotas representativas do capital total das instituições referidas no art. 1º, inciso I;

II – grupo de controle: pessoa, ou grupo de pessoas vinculadas por acordo de votos ou sob controle comum, que detenha direitos de sócio correspondentes à maioria do capital social de sociedade anônima ou a 75% do capital social de sociedade limitada.

Parágrafo único. Nos casos em que o controle da sociedade não seja identificado segundo os critérios mencionados no inciso II do *caput*, o Banco Central do Brasil poderá utilizar outros elementos para identificar o grupo de controle.

Art. 7º O Banco Central do Brasil poderá arquivar os pedidos relacionados com os assuntos de que trata esta Resolução quando:

I – houver descumprimento de quaisquer dos prazos previstos nesta Resolução; ou

II – não forem atendidas solicitações de apresentação de documentos adicionais, de prestação de informações, de comparecimento para a realização de entrevistas técnicas ou outras solicitações relacionadas ao processo, no prazo assinalado.

Art. 8º Verificada, a qualquer tempo, falsidade nas declarações ou nos documentos apresentados na instrução dos processos previstos nesta Resolução e considerando a relevância dos fatos omitidos ou distorcidos, tendo por base as circunstâncias de cada caso e o interesse público, o Banco Central do Brasil poderá:

I – no caso de processos de autorização para constituição e funcionamento, rever a decisão que autorizou o funcionamento da instituição;

II – no caso de alteração de controle, de reorganização societária ou de aquisição de participação qualificada, determinar que a operação seja regularizada;

III – no caso de eleição ou nomeação para o exercício de cargo em órgão estatutário ou contratual da instituição, rever a decisão que aprovou a eleição ou nomeação.

§ 1º Nas hipóteses descritas no *caput*, o Banco Central do Brasil deverá instaurar processo administrativo, notificando o interessado no endereço fornecido à Autarquia para se manifestar sobre a irregularidade apurada.

§ 2º O interessado será notificado por edital, caso não seja encontrado no endereço fornecido ao Banco Central do Brasil.

§ 3º As medidas previstas neste artigo poderão também ser adotadas caso sejam constatadas, a qualquer tempo, circunstâncias preexistentes ou posteriores à eleição ou à nomeação, que possam afetar a reputação dos eleitos ou nomeados para os cargos estatutários ou contratuais.

§ 4º O órgão de registro pertinente será comunicado da medida adotada pelo Banco Central do Brasil.

Art. 9º Fica o Banco Central do Brasil autorizado a baixar os atos necessários à execução do disposto nesta Resolução.

Art. 10. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 11. Ficam revogadas a Resolução nº 3.040, de 28 de novembro de 2002, a Resolução nº 3.041, de 28 de novembro de 2002, e a Resolução nº 3.141, de 27 de novembro de 2003, exceto no que tange aos pleitos ingressados no Banco Central do Brasil até a publicação desta Resolução, que continuarão a ser disciplinados pelo disposto nas mencionadas resoluções.

Brasília,

Alexandre Antonio Tombini

Presidente do Banco Central do Brasil

Regulamento Anexo I à Resolução nº

Disciplina os requisitos e procedimentos para a autorização de constituição e funcionamento, o cancelamento da autorização e as alterações de controle e reorganizações societárias das instituições que especifica.

Art. 1º Sujeitam-se às disposições deste Regulamento os bancos múltiplos, bancos comerciais, bancos de investimento, bancos de desenvolvimento, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, companhias hipotecárias, agências de fomento, sociedades de arrendamento mercantil, sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários e sociedades corretoras de câmbio.

Capítulo I – DA CONSTITUIÇÃO E DA AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO

Art. 2º O funcionamento das instituições de que trata o art. 1º pressupõe:

I – constituição, conforme as normas legais, esta Resolução e as demais disposições regulamentares vigentes;

II – autorização para funcionamento.

Art. 3º No processo de constituição, deve ser indicado o responsável, tecnicamente capacitado, pela condução do projeto no Banco Central do Brasil, bem como identificado o grupo organizador da instituição, do qual deverão

participar representantes do futuro grupo de controle e dos futuros detentores de participação qualificada.

Art. 4º O processo de constituição das instituições referidas no art. 1º terá início com a apresentação, ao Banco Central do Brasil, de:

I – minuta da declaração de propósito prevista no inciso I do art. 6º;

II – sumário executivo do plano de negócios previsto no inciso II do art. 6º, cujo conteúdo mínimo será definido pelo Banco Central do Brasil;

III – identificação dos integrantes do grupo de controle da instituição e dos detentores de participação qualificada na instituição, com as respectivas participações societárias, acompanhada da declaração de que trata o art. 4º do Anexo II desta Resolução;

IV – identificação das pessoas naturais e jurídicas que compõem o grupo econômico do qual fará parte a instituição e que possam vir a exercer influência direta ou indireta nos seus negócios;

V – declarações e documentos que demonstrem que os integrantes do grupo de controle detêm conhecimento sobre o ramo de negócio e sobre o segmento em que a instituição pretende operar, inclusive sobre os aspectos relacionados à dinâmica de mercado, às fontes de recursos operacionais, ao gerenciamento e aos riscos associados às operações;

VI – identificação da origem dos recursos a serem utilizados no empreendimento;

VII – autorização expressa, por todos os integrantes do grupo de controle e por todos os detentores de participação qualificada:

a) à Secretaria da Receita Federal do Brasil, para fornecimento ao Banco Central do Brasil de cópia da declaração de rendimentos, de bens e direitos e de dívidas e ônus reais, relativa aos três últimos exercícios fiscais, para uso exclusivo no respectivo processo de autorização;

b) ao Banco Central do Brasil, para acesso a informações a seu respeito constantes de qualquer sistema público ou privado de cadastro e informações, inclusive processos e procedimentos judiciais ou administrativos e inquéritos policiais.

Art. 5º Recebida a documentação, elaborada em conformidade com o art. 4º, o Banco Central do Brasil convocará os futuros controladores da instituição para entrevista técnica, a fim de que apresentem a proposta do empreendimento.

§ 1º Se o Banco Central do Brasil julgar inadequada a proposta do empreendimento apresentada, comunicará essa decisão aos interessados, podendo convocá-los para uma nova entrevista técnica, caso reapresentem a proposta, com os ajustes necessários.

§ 2º Se, após a segunda entrevista técnica, o Banco Central do Brasil mantiver seu entendimento desfavorável à proposta do empreendimento apresentada, comunicará o indeferimento do pedido.

§ 3º O Banco Central do Brasil disporá sobre os casos em que a entrevista técnica poderá ser dispensada.

Art. 6º Deverão os interessados, no prazo de sessenta dias contados da manifestação favorável do Banco Central do Brasil à proposta do empreendimento, atender às seguintes condições:

I – publicação de declaração de propósito por parte das pessoas naturais ou jurídicas que não integrem grupo de controle de instituição mencionada no art. 1º, nos termos e condições estabelecidos pelo Banco Central do Brasil, que também deverá divulgá-la, utilizando, para tanto, o meio que julgar mais adequado;

II – apresentação de plano de negócios composto pelos seguintes documentos, abrangendo o período estipulado pelo Banco Central do Brasil na forma do § 2º deste artigo:

a) plano financeiro, que deve demonstrar a viabilidade econômico-financeira do projeto e do qual devem constar:

1. premissas econômicas;
2. premissas do projeto;
3. metodologia utilizada para a avaliação do negócio;
4. projeção, elaborada em periodicidade mensal, das demonstrações financeiras e do fluxo de caixa;
5. estrutura de capital e fontes de financiamento;
6. estimativa da taxa de desconto, calculada com base em metodologia amplamente aceita de cálculo de custo de capital próprio;
7. cálculo do Valor Presente Líquido (VPL) do projeto com base no Fluxo de Caixa Disponível ao Acionista;

8. descrição das variáveis críticas para o sucesso do empreendimento, assim como a construção de três cenários (base, conservador e ideal), em que seja possível verificar o impacto gerado por mudanças dessas variáveis nos resultados obtidos;

b) plano mercadológico, que deve contemplar os seguintes tópicos:

1. objetivos estratégicos do empreendimento;
2. descrição do mercado em que a instituição pretende atuar, contemplando os riscos nele existentes e os decorrentes de eventual concentração de negócios;
3. público-alvo;
4. principais produtos e serviços a serem ofertados;
5. análise da concorrência;
6. tecnologias a serem utilizadas na colocação dos produtos e dimensionamento da estrutura de atendimento;

c) plano operacional, detalhando os seguintes aspectos:

1. a composição societária própria e do grupo econômico a que pertence a instituição, explicitando, em todos os níveis de participação, os integrantes do grupo de controle, os detentores de participação qualificada, os participantes estrangeiros, se houver, bem como as respectivas quantidades e espécies de ações ou de quotas detidas, até que fique evidenciado quem são os controladores finais;

2. o relacionamento que a instituição pretende manter com as demais pessoas naturais ou jurídicas que compõem o grupo econômico do qual ela faz parte;

3. os padrões de governança corporativa e a estrutura de gerenciamento do negócio;

4. o organograma da instituição e a política de pessoal;

5. a estrutura física;

6. os controles internos, a estrutura a ser utilizada no gerenciamento de riscos, os planos de contingência a serem adotados e a indicação dos sistemas, procedimentos e controles a serem utilizados para a detecção e a prevenção de operações cujas características possam indicar a existência dos crimes tipificados na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998;

7. a estrutura prevista para atender as exigências do Banco Central do Brasil no que se refere ao fornecimento de informações para fins estatísticos e de supervisão e à divulgação de demonstrações contábeis nos padrões estabelecidos.

III – apresentação das minutas dos atos societários de constituição da pessoa jurídica objeto da autorização para funcionamento;

IV – demonstração de capacidade econômico-financeira compatível com o porte, a natureza e o objetivo do empreendimento, a ser atendida, a critério do Banco Central do Brasil, pelo grupo de controle ou, individualmente, por cada integrante do grupo de controle;

V – inexistência de restrições que possam, a juízo do Banco Central do Brasil, afetar a reputação dos controladores e dos detentores de participação qualificada, aplicando-se, no que couber, os requisitos estabelecidos nos artigos 2º e 3º do Anexo II desta Resolução.

§ 1º O Banco Central do Brasil, nos casos que julgar necessário, poderá exigir:

- a) publicação de declaração de propósito por parte das pessoas naturais ou jurídicas que integrem grupo de controle de instituição mencionada no art. 1º;
- b) compromisso de celebração de acordo de acionistas ou quotistas contemplando expressa definição do grupo de controle da instituição objeto do processo.

§ 2º Com referência aos documentos de que trata o inciso II do *caput*, o Banco Central do Brasil, levando em conta a natureza e o porte da instituição, poderá:

- a) estipular período mínimo de abrangência a ser considerado na elaboração desses documentos;
- b) adequar o atendimento dos requisitos estabelecidos.

§ 3º Fica dispensada:

- a) a publicação da declaração de propósito referida no inciso I do *caput*, nos casos de constituição de agências de fomento;
- b) a remessa do plano financeiro a que se refere o inciso II, alínea *a*, do *caput*, nos casos de constituição de sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários, de sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários e de sociedades corretoras de câmbio.

§ 4º Na hipótese da alínea *b* do § 3º, o plano financeiro deve permanecer na sede da sociedade durante o período estipulado nos termos do § 2º, podendo o Banco Central do Brasil exigir sua apresentação a qualquer tempo durante esse período.

Art. 7º No prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar do recebimento da manifestação favorável do Banco Central do Brasil a respeito do cumprimento das condições previstas no art. 6º, os interessados deverão:

I – formalizar os atos societários de constituição da pessoa jurídica a ser objeto da autorização para funcionamento pelo Banco Central do Brasil, levando-os, após a aprovação da autarquia, a arquivamento no Registro de Comércio;

II – implementar a estrutura organizacional, contemplando as estruturas de governança corporativa, de gerenciamento do negócio, de controles internos e de gerenciamento de riscos, a contratação dos sistemas eletrônicos e da mão de obra, a aquisição de equipamentos e a adoção de todas as demais providências previstas no plano de negócios e necessárias às atividades da instituição;

III – apresentar ao Banco Central do Brasil requerimento solicitando a realização de inspeção a fim de verificar a estrutura organizacional implementada.

§ 1º O estatuto ou contrato social da pessoa jurídica de que trata o inciso I deverá conter, expressamente, cláusula estabelecendo que:

a) até a expedição da autorização para funcionamento da instituição, é vedada a realização de qualquer atividade, especialmente operações privativas das instituições de que trata o art. 1º, permitidas somente aquelas necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo;

b) a sociedade será regida subsidiariamente pela lei das sociedades anônimas, nos termos do art. 1.053, parágrafo único, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), quando não organizada sob a forma de sociedade anônima.

§ 2º O capital social da sociedade prevista no *caput*, inciso I, deverá ser integralizado exclusivamente em moeda corrente.

§ 3º Enquanto a pessoa jurídica de que trata o *caput*, inciso I, mantiver, em seu estatuto ou contrato social, a cláusula restritiva mencionada no § 1º, alínea *a*, seu capital integralizado poderá ficar restrito a montante suficiente para adoção das providências previstas no *caput*, inciso II.

§ 4º Até a expedição da autorização para funcionamento pelo Banco Central do Brasil, a pessoa jurídica de que trata o *caput*, inciso I, não será considerada pela Autarquia, para quaisquer fins, como uma das instituições de que trata o art. 1º.

Art. 8º No prazo de 60 (sessenta) dias a contar do recebimento do documento previsto no inciso III do art. 7º, o Banco Central do Brasil realizará inspeção na instituição, a fim de avaliar a compatibilidade entre a estrutura organizacional implementada e aquela prevista no plano de negócios.

Parágrafo único. Constatada incompatibilidade entre a estrutura organizacional existente e a prevista no plano de negócios, o Banco Central do Brasil determinará prazo para correção, após o qual, em caso de desatendimento, indeferirá o pedido.

Art. 9º Constatada a adequação da estrutura organizacional, a autorização para funcionamento dependerá da apresentação, ao Banco Central do Brasil, no prazo de 90 (noventa) dias, de documentação comprobatória da adoção das seguintes providências:

I – alteração do estatuto ou contrato social da pessoa jurídica a que se refere o inciso I do art. 7º, a fim de adequar seu capital social ao montante previsto no plano de negócios;

II – eleição dos administradores e demais membros dos órgãos estatutários ou contratuais da instituição;

III – comprovação da origem dos recursos utilizados no empreendimento.

Art. 10. Verificado, pelo Banco Central do Brasil, o atendimento das condições previstas no art. 9º, será expedida autorização para funcionamento da instituição.

Parágrafo único. Expedida a autorização referida no *caput*, a instituição será considerada em funcionamento, para efeitos de aplicação e observância da regulamentação em vigor.

Art. 11. Iniciadas as atividades, a instituição deverá, durante o período estipulado pelo Banco Central do Brasil nos termos do § 2º do art. 6º, evidenciar, no relatório de administração que acompanha as demonstrações financeiras semestrais, a adequação das operações realizadas com os objetivos estratégicos estabelecidos no plano de negócios.

Parágrafo único. Verificada, durante o período referido no *caput*, a não adequação das operações com o plano de negócios, a instituição deverá apresentar razões fundamentadas, as quais serão objeto de exame por parte do Banco Central do Brasil, que poderá estabelecer condições adicionais para o funcionamento da instituição, fixando prazo para seu atendimento.

Art. 12. No caso de pedidos de autorização para funcionamento formulados por instituição mencionada no art. 1º ou por pessoas naturais ou jurídicas que integrem grupo de controle de instituição referida no art. 1º, os requisitos estabelecidos no inciso II do art. 7º poderão ser supridos por meio de convênio operacional para compartilhamento de estruturas organizacionais entre a pessoa jurídica a ser objeto da autorização para funcionamento de que trata o inciso I do art. 7º e outra sociedade integrante do mesmo grupo econômico.

Capítulo II – DA AUTORIZAÇÃO PARA TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE SOCIETÁRIO E PARA REORGANIZAÇÃO

Art. 13. Dependem de autorização do Banco Central do Brasil a transferência de controle societário e qualquer mudança, direta ou indireta, no grupo de controle, que possa implicar alteração do quadro de pessoas que exercem a efetiva gestão dos negócios da instituição, decorrentes de:

I – acordo de acionistas ou quotistas;

II – herança e atos de disposição de vontade, a exemplo de doação, adiantamento da legítima e constituição de usufruto;

III – ato, isolado ou em conjunto, de qualquer pessoa, natural ou jurídica, ou grupo de pessoas representando interesse comum.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às transferências de controle societário para pessoas jurídicas em que não ocorra alteração no quadro de controladores finais da instituição.

Art. 14. Dependem igualmente da autorização do Banco Central do Brasil:

I – mudança de objeto social, observado o disposto no art. 19;

II – criação ou cancelamento de carteira operacional, por banco múltiplo;

III – fusão, cisão ou incorporação;

IV – transformação societária.

Art. 15. Os pedidos de que tratam os arts. 13 e 14 devem observar as seguintes condições:

I – nos casos previstos no art. 13, devem ser apresentados os documentos e atendidas as condições previstas nos incisos I, III, IV, V e VII do art. 4º e nos

incisos I, IV e V do art. 6º, bem como a comprovação da origem dos recursos utilizados na operação;

II – nos casos previstos no art. 14, deve ser apresentada justificativa fundamentada para a operação.

Parágrafo único. O Banco Central do Brasil, na análise dos processos de que trata o *caput*, poderá convocar os interessados para a realização de entrevista técnica, exigir a apresentação de documentos complementares e o cumprimento de outros requisitos previstos nos arts. 4º a 8º.

Art. 16. As seguintes operações devem ser submetidas ao Banco Central do Brasil, nas condições que estabelecer:

I – ingresso de acionista ou quotista com participação qualificada ou com direitos correspondentes a participação qualificada;

II – assunção da condição de acionista ou quotista detentor de participação qualificada;

III – expansão da participação qualificada em percentual igual ou superior a quinze por cento do capital da instituição, de forma acumulada ou não.

§ 1º O Banco Central do Brasil poderá solicitar informações e documentos julgados necessários ao perfeito esclarecimento da operação, inclusive quanto à origem dos recursos nela utilizados e à reputação dos envolvidos.

§ 2º Examinados os aspectos da operação a que se refere o § 1º e constatada qualquer irregularidade, o Banco Central do Brasil poderá determinar que a operação seja regularizada, mediante o seu desfazimento ou a alienação da participação qualificada.

Capítulo III – DA ESTRUTURA DE CONTROLE SOCIETÁRIO

Art. 17. A participação societária direta que implique controle de instituições referidas no art. 1º somente pode ser exercida por:

I – pessoas naturais;

II – instituições financeiras sediadas no país ou no exterior e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil;

III – outras pessoas jurídicas sediadas no país que tenham por objeto social exclusivo a participação societária em instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica:

a) às agências de fomento;

b) às instituições constituídas antes de 28 de novembro de 2002, enquanto perdurar a estrutura de controle existente naquela data.

§ 2º O ingresso de sócio ou quotista na condição de integrante do grupo de controle requer o atendimento ao disposto no *caput*.

§ 3º O Banco Central do Brasil poderá exigir a celebração de acordo de acionistas ou quotistas, contemplando a expressa definição do controle societário, nos casos em que julgar necessário.

Art. 18. Fica condicionada à ausência de objeção por parte do supervisor do país de origem:

I – a constituição, no País, de subsidiária de instituição financeira sediada no exterior;

II – o ingresso de instituição financeira sediada no exterior no grupo de controle direto ou indireto de instituição mencionada no art. 1º.

Capítulo IV – DO CANCELAMENTO DA AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO

Art. 19. A dissolução da sociedade ou a mudança de seu objeto social, que resulte na sua descaracterização como sociedade integrante do sistema financeiro, implica o cancelamento da respectiva autorização para funcionamento.

Art. 20. São requisitos indispensáveis para o cancelamento, a pedido, da autorização para funcionamento das instituições referidas no art. 1º:

I – publicação de declaração de propósito nos termos e condições estabelecidos pelo Banco Central do Brasil, que também deverá divulgá-la, utilizando, para tanto, o meio que julgar mais adequado;

II – deliberação em assembleia geral ou em reunião de quotistas, conforme o caso;

III – instrução do respectivo processo junto ao Banco Central do Brasil nos termos e condições por ele estabelecidos.

§ 1º Adicionalmente aos requisitos estabelecidos neste artigo, o Banco Central do Brasil poderá condicionar o cancelamento à liquidação de operações passivas privativas das instituições referidas no art. 1º.

§ 2º As disposições deste artigo não se aplicam à extinção da sociedade decorrente de fusão, cisão total ou incorporação, desde que a instituição resultante ou sucessora seja autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

Art. 21. O Banco Central do Brasil poderá cancelar a autorização para funcionamento das instituições de que trata esta Resolução, quando constatada, a qualquer tempo, uma ou mais das seguintes situações:

I – falta de prática habitual de operações consideradas essenciais, nos termos das normas aplicáveis, para as espécies de instituições mencionadas no art. 1º deste Regulamento;

II – inatividade operacional;

III – não localização da instituição no endereço informado ao Banco Central do Brasil;

IV – interrupção, por mais de quatro meses, sem justificativa, do envio ao Banco Central do Brasil dos demonstrativos exigidos pela regulamentação em vigor;

V – descumprimento do plano de negócios previsto no inciso II do art. 6º, considerando o período de averiguação de que trata o art. 11.

§ 1º O Banco Central do Brasil, previamente ao cancelamento de que trata o *caput*, deverá:

a) divulgar ao público, por meio que julgar mais adequado, sua intenção de cancelar a autorização de que se trata, com vistas à eventual apresentação de objeções no prazo de trinta dias;

b) instaurar processo administrativo, notificando a instituição no endereço fornecido ao Banco Central do Brasil para se manifestar sobre a intenção de cancelamento;

c) considerar os riscos do cancelamento para a estabilidade do sistema financeiro nacional, para a poupança popular e para os credores operacionais da instituição.

§ 2º Na hipótese do inciso III do *caput*, ou não sendo encontrado o interessado, a notificação de que trata a alínea *b* do § 1º será realizada por meio de edital.

§ 3º Efetivado o cancelamento de que trata o *caput*, o Banco Central do Brasil comunicará o fato à Junta Comercial ou ao órgão de registro competente.

Regulamento Anexo II à Resolução nº

Disciplina as condições para o exercício de cargos em órgãos estatutários ou contratuais das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

Art. 1º A posse e o exercício de cargos em órgãos estatutários ou contratuais de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil são privativos de pessoas cuja eleição ou nomeação tenha sido aceita pela Autarquia, a quem compete analisar os respectivos processos e tomar as decisões que considerar convenientes ao interesse público.

§ 1º A eleição ou a nomeação de membros de órgãos estatutários ou contratuais deve ser submetida à aprovação do Banco Central do Brasil, no prazo máximo de quinze dias de sua ocorrência, devidamente instruída com a documentação definida pela Autarquia.

§ 2º Ressalvam-se das disposições desta Resolução as instituições financeiras públicas federais, cujos membros de órgãos estatutários são investidos nos respectivos cargos na forma da legislação em vigor, sem prejuízo da obrigatoriedade de comunicação dos respectivos atos de eleição ou de nomeação ao Banco Central do Brasil no prazo máximo de quinze dias de sua ocorrência.

Art. 2º São condições para o exercício dos cargos referidos no art. 1º, além de outras exigidas pela legislação e pela regulamentação em vigor:

I – ter reputação ilibada;

II – ser residente no País, nos casos de diretor, de sócio-administrador e de conselheiro fiscal;

III – não estar impedido por lei especial, nem condenado por crime falimentar, de sonegação fiscal, de prevaricação, de corrupção ativa ou passiva, de concussão, de peculato, contra a economia popular, a fé pública, a propriedade ou o Sistema Financeiro Nacional, ou condenado a pena criminal que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos;

IV – não estar declarado inabilitado ou suspenso para o exercício de cargos de conselheiro fiscal, de conselheiro de administração, de diretor ou de sócio-administrador nas instituições referidas no art. 1º ou em entidades de previdência complementar, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização, companhias abertas ou entidades sujeitas à supervisão da Comissão de Valores Mobiliários;

V – não responder, nem qualquer empresa da qual seja controlador ou administrador, por pendências relativas a protesto de títulos, cobranças judiciais, emissão de cheques sem fundos, inadimplemento de obrigações e outras ocorrências ou circunstâncias análogas;

VI – não estar declarado falido ou insolvente;

VII – não ter controlado ou administrado, nos dois anos que antecedem a eleição ou nomeação, firma ou sociedade objeto de declaração de insolvência, liquidação, intervenção, falência ou recuperação judicial.

Parágrafo único. Nos casos de eleitos ou nomeados que não atendam ao disposto no *caput*, incisos V a VII, o Banco Central do Brasil poderá analisar a situação individual dos pretendentes, com vistas a avaliar a possibilidade de aceitar a homologação de seus nomes.

Art. 3º Para avaliar o cumprimento, pelo eleito ou pelo nomeado, do requisito estabelecido no art. 2º, inciso I, o Banco Central do Brasil poderá levar em conta as seguintes situações e ocorrências:

I – processo crime ou inquérito policial a que esteja respondendo o eleito ou o nomeado, ou qualquer sociedade de que seja ou tenha sido, à época dos fatos, controlador ou administrador;

II – processo judicial ou administrativo que tenha relação com o Sistema Financeiro Nacional;

III – outras situações, ocorrências ou circunstâncias análogas julgadas relevantes pelo Banco Central do Brasil.

Parágrafo único. Na análise quanto aos parâmetros estipulados neste artigo, o Banco Central do Brasil considerará as circunstâncias de cada caso, bem como o contexto em que ocorrer a eleição dos pretendentes, com vistas a avaliar a possibilidade de aceitar ou recusar seus nomes, tendo em vista o interesse público.

Art. 4º Sem prejuízo dos demais documentos necessários à instrução do processo, os eleitos ou nomeados para cargos em órgãos estatutários ou contratuais das instituições referidas no art. 1º deverão apresentar ao Banco Central do Brasil as autorizações descritas no art. 4º, inciso VII, do Anexo I desta Resolução e declaração acerca de seu eventual enquadramento em quaisquer das situações previstas nos artigos 2º e 3º, na forma a ser definida pela Autarquia, observado o disposto no art. 8º desta Resolução.

§ 1º Caso o eleito ou nomeado se enquadre em quaisquer das situações previstas no art. 3º, tal circunstância deverá ser informada na declaração a que se refere o *caput*, que deverá vir acompanhada de documentos que permitam aferir a natureza e o estágio em que se encontram as ocorrências relatadas.

§ 2º A aceitação, por parte do Banco Central do Brasil, de nomes para o exercício dos cargos referidos no art. 1º não exime os eleitos ou nomeados, a instituição, seus controladores e administradores da responsabilidade pela veracidade das informações prestadas à Autarquia.

Art. 5º É também condição para o exercício dos cargos de membro do conselho de administração, de diretor ou de sócio-administrador das instituições referidas no art. 1º possuir capacitação técnica compatível com as atribuições do cargo para o qual foi eleito ou nomeado.

§ 1º A capacitação técnica de que trata o *caput* deve ser comprovada com base na formação acadêmica, experiência profissional ou em outros quesitos julgados relevantes, por intermédio de documentos e declaração firmada pelas instituições referidas no art. 1º, submetidos à avaliação do Banco Central do Brasil concomitantemente à documentação prevista no art. 4º.

§ 2º A declaração referida no § 1º é dispensada nos casos de eleição de conselheiro de administração, de diretor e de sócio-administrador com mandato em vigor na própria instituição ou em outra integrante do respectivo conglomerado financeiro.

Art. 6º Deve ser publicada declaração de propósitos, com vistas ao exercício de cargos de conselheiro de administração, de diretor ou de sócio administrador das instituições de que trata o Anexo I desta Resolução e das cooperativas de crédito de livre admissão de associados, em relação aos eleitos ou aos nomeados, cujos nomes não tenham sido anteriormente aprovados pelo Banco Central do Brasil para o exercício de tais cargos nas referidas instituições.

Parágrafo único. O Banco Central do Brasil pode, caso julgue necessário, adotar as seguintes medidas relativamente à declaração de propósito referida no *caput*, tanto em casos isolados quanto por meio de normas e procedimentos gerais:

- a) determinar sua publicação, no caso de eleitos ou nomeados para cargos de membro do conselho de administração, de diretor ou de sócio-administrador e, ainda, no caso daqueles cujos nomes já tenham sido anteriormente aceitos pela Autarquia;
- b) estabelecer a forma e o prazo de sua publicação, bem como o prazo de recepção de objeções por parte do público, com vistas ao andamento do processo respectivo;
- c) proceder à sua divulgação por meio que julgar mais adequado.

Art. 7º O prazo de sessenta dias a que se refere o art. 33, § 1º, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, deve ser contado a partir da data em que estiverem reunidas nos autos todas as informações necessárias para que o Banco Central do Brasil possa decidir o processo.

Parágrafo único. Nos casos em que for exigida a publicação da declaração de propósito referida no art. 6º, é condição para que se considere instruído o processo o decurso do prazo estabelecido pelo Banco Central do Brasil para o recebimento de objeções por parte do público.

Art. 8º O afastamento temporário de membro de órgão estatutário das instituições referidas no art. 1º, determinado por ocasião de processo instaurado na forma da legislação em vigor, não exclui o afastado do alcance das vedações aplicáveis aos membros em exercício.

Art. 9º O Banco Central do Brasil deve divulgar os nomes dos eleitos ou nomeados por ele aceitos, utilizando, para tanto, o meio que julgar mais adequado.

Art. 10. Os estatutos ou contratos sociais das instituições a que se refere o art. 1º deverão conter cláusula explicitando que o mandato dos ocupantes de cargos em seus órgãos estatutários ou contratuais, à exceção do conselho fiscal, estender-se-á até a posse dos seus substitutos.

Parágrafo único. As instituições que, na data da publicação desta Resolução, não tenham a cláusula a que se refere o *caput* em seus estatutos ou contratos sociais deverão providenciar a inclusão de tal dispositivo na primeira reforma estatutária ou alteração contratual que realizar após a edição desta Resolução.

Art. 11. Caso o nome de eleito ou nomeado para os cargos a que se refere o art. 1º seja rejeitado pelo Banco Central do Brasil, a instituição deverá, no prazo de trinta dias contados da data em que a decisão de indeferimento tornar-se definitiva, realizar a eleição ou a nomeação do substituto do nome não aprovado.

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, 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 exposto 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 exposto 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 exposto 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 exposto 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.