

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Volume 6 – Número 1
Junho 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 1 • Junho 2012

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
Volume 6 • Número 1 • Junho 2012

© Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral – Cejur

Diretora da Revista da PGBC

Adriana Teixeira de Toledo (Banco Central, DF)

Editor-Chefe da Revista da PGBC

Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar (Banco Central, DF)

Editora-Adjunta da Revista da PGBC

Rosely Palaro Di Pietro (Banco Central, DF)

Editor-Adjunto da Revista da PGBC

João Marcelo Rego Magalhães (Banco Central, DF)

Conselho Editorial da Revista da PGBC

Conselheiros

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)
Marcelo Labanca Correa de Araújo (Banco Central, PE)
Tânia Nigri (Banco Central, SP)
Vincenzo Demetrio Florenzano (Banco Central, MG)

Consultores

Cassiomar Garcia Silva (Banco Central, DF)
Guilherme Centenaro Hellwig (Banco Central, DF)
Marcelo Madureira Prates (Banco Central, PR)
Bruno Meyerhof Salama (Fundação Getulio Vargas, SP)
Camila Villard Duran (Fundação Getulio Vargas, SP)
Ellis Jussara Barbosa de Souza (Banco Central, RJ)
Fabrício Bertini Pasquot Polido (Doutorado em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo)
Fabrício Torres Nogueira (Banco Central, DF)
Felipe Chiarello de Souza Pinto (Universidade Presbiteriana Mackenzie)
Flávio 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 e da Escola de Administração)
Marcos Aurélio Pereira Valadão (Universidade Católica de Brasília)
Marcus Faro de Castro (Universidade de Brasília)
Ney Faeyt Júnior (Doutorado em Direito Público pela Unisinos)

Otávio Luiz Rodrigues Junior (Advocacia-Geral da União)
Paulo Sérgio Rocha (Ministério Público Federal)
Raúl 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
César Cardoso _____ 13

Nota da Edição
Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar _____ 17

Artigos

A Participação de Entes Públicos em Arbitragens Comerciais Internacionais
Juliana Bortolini Bolzani _____ 21

A Lei nº 9.613, de 3 de Março de 1998, e as Recomendações do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo de 2012 – A importância da inclusão de crimes tributários no rol de crimes antecedentes
Rosely Palaro Di Pietro _____ 37

Escolha da Lei de Regência em Contratos Privados da Administração Pública Brasileira com Partes Estrangeiras
Danilo Takasaki Carvalho _____ 53

Direitos Fundamentais, Sigilo Bancário e Contas Públicas
Fernando Menegueti Chaparro _____ 67

A Intervenção da União nos Termos da Lei nº 9.469, de 10 de Julho de 1997
João Osvaldo Caporal Junior _____ 91

Brasil: cigarra ou formiga? A proteção do consumidor nos mercados financeiros brasileiros em tempos de crescimento econômico
Anna Lygia Costa Rego _____ 121

The Bucket Stops at CoCos
*Carla Eloy Jatahy, Fabiana Amaral Carvalho e
Fernanda Martins Bandeira* _____ 143

Considerações Críticas acerca da Responsabilidade na Terceirização Trabalhista
Dayse Coelho de Almeida _____ 181

Pronunciamentos da Procuradoria-Geral do Banco Central

Petição PGBC-1273/1998
Memorial em Recurso Extraordinário em que se defende a constitucionalidade do “Plano Collor”, instituído pela Medida Provisória nº 168, de 15 de março de 1990, em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, de 12 de agosto de 1998.
Luiz Ribeiro de Andrade _____ 207

Parecer PGBC-327/2011
Parecer que analisa o Projeto de Lei Complementar nº 265, de 2007, de autoria do senador Antonio Carlos Magalhães, que outorga competência ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica para prevenir e reprimir condutas anticoncorrenciais no Sistema Financeiro Nacional.
*Jefferson Siqueira de Brito Alvares, Marcel Mascarenhas dos Santos e
Isaac Sidney Menezes Ferreira* _____ 223

Parecer PGBC-339/2011

Parecer que analisa minuta de voto que propõe a realização de audiência pública sobre novas regras de capital regulamentar, tendo em vista as regulamentações do Comitê de Basileia (Basileia III), e a possibilidade de o Conselho Monetário Nacional alterar os requisitos legais de título de crédito.

*Alexandre Forte Maia, Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira,
Ailton Cesar dos Santos e Isaac Sidney Menezes Ferreira* _____ 245

Petição PGBC-1576/2011

Contestação em ação ordinária proposta por ex-diretor do Banco Econômico S/A pleiteando indenização por pretensos danos materiais e morais que teriam sido causados por ato de intervenção decretado na instituição financeira.

Mateus Beraldo Romão e Liliane Maria Busato Batista _____ 261

Normas de submissão de trabalhos à Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central _____ 297

Apresentação

A Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC), no exercício da defesa judicial e extrajudicial da autoridade monetária, bem como do aconselhamento jurídico da Administração superior da Autarquia, lida com extensa gama de matérias de Direito, que vai dos Direitos Constitucional e Administrativo ao Internacional, passando pelo Civil, Penal, Processual e diversos outros ramos do Direito. A sua principal atuação, entretanto, encontra-se, naturalmente, ambientada no Direito Econômico, em que colhe a base jurídica necessária à sustentabilidade da condução da política monetária e da regulação e supervisão do Sistema Financeiro Nacional (SFN). Por essa razão, ao longo de sua existência, a PGBC vem adquirindo e lapidando conhecimento precioso nessa especial área do Direito Econômico, cujo acesso, durante décadas, permaneceu restrito ao Banco Central.

Quando ingressei na PGBC, no início da década de 90, e precisei socorrer-me do auxílio da doutrina para a elaboração de minhas manifestações, em que me cumpria oferecer solução a complexas questões jurídicas relativas à ação do Banco Central, descobri que ela era escassa e que o seu principal repositório era a coleção de pareceres da Procuradoria, encadernados em centenas de volumes disponíveis na biblioteca do então Departamento Jurídico. Lembro-me de que me foi dito: “Em matéria de Banco Central, nós somos os doutrinadores.” De fato, tenho tido grandes professores no âmbito da Procuradoria-Geral, tantos que deixo de nominá-los para não cometer injustiça devido à minha memória nem sempre confiável. De qualquer sorte, se naquele momento senti muito orgulho da nossa condição de fonte do saber, houve muitos outros em que enfrentei a angústia dos que preferem compartilhar essa responsabilidade com um número ampliado de especialistas, dentro e fora do Banco Central, visando maior segurança jurídica.

Pouco mais de um decênio após o meu ingresso e depois de muita produção intelectual dos procuradores integrantes da PGBC, um grupo de empreendedores com muitos ideais na cabeça, conscientes de que o conhecimento é tanto mais válido quanto mais sujeito ao intercâmbio e de que a orientação jurídica é tanto mais sólida quanto mais confirmada pela crítica, se propôs o desafio de criar a **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, o que veio ao encontro do anseio de todos aqueles que operam com as regras que disciplinam o SFN pelo apoio da boa doutrina, aquela que foge da simples repetição de ideias batidas e de citações intermináveis bem como aponta soluções para questões únicas, inéditas e que requerem do jurista não só erudição, mas também criatividade.

A **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central** ofereceu para nós, procuradores do Banco Central, novos ou antigos, a rica oportunidade de disponibilizarmos para a coletividade o saber construído com o estudo e com a experiência, antes acessível a poucos. É indescritível a alegria que tive quando, pela primeira vez, um artigo meu saiu publicado na revista, e sou grato ao seu competente corpo editorial por isso. Além disso, um número respeitável de mestres e doutores integra o conjunto de procuradores da PGBC e a sua colaboração com a revista é permanente.

Porém, mais do que se constituir em um meio de divulgação da opinião dos procuradores do Banco Central, ela mostrou-se, desde o início, um canal relevante de diálogo entre a PGBC, o mundo jurídico e a sociedade, não apenas permitindo o acesso ao pensamento da Procuradoria e de seus membros, por meio de seus trabalhos acadêmicos, de seus pareceres e de suas petições – antecipando-se à crescente exigência social de amplo acesso às informações guardadas pelo Poder Público –, mas acolhendo, igualmente, num processo dialético de elaboração e aperfeiçoamento do conhecimento, a perspectiva de outros operadores, nem sempre concordantes com o ponto de vista da instituição. Assim, a revista também nos proporciona artigos de magistrados, membros do Ministério Público, advogados e membros da Academia.

O resultado aí está, consolidado nesses quatro anos e meio de existência: uma revista que dispensaria apresentação, porque notória a qualidade do seu conteúdo, expressão de profissionais que atuam em um meio exigente, que demanda preparo rigoroso e permanente para enfrentar os desafios nascidos da relação entre o Direito e a Economia, em que o justo não pode ser dito sem a

análise dos efeitos econômicos desejados pela lei. Vê-se que, pelos temas nela contidos, a **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central** vem suprir em boa medida aquele auxílio antes reclamado e indispensável a todos os profissionais que atuam no âmbito do SFN e que demandam conhecimento efetivo e eficaz a respeito dos assuntos jurídicos peculiares a bancos centrais e, destacadamente, ao Banco Central do Brasil.

Este volume da revista que é agora entregue ao leitor conserva as qualidades esperadas e, seguindo a tradição, provoca a reflexão e o debate em torno de temas que estão na ordem do dia, dentre os quais a participação de entes públicos em arbitragens internacionais, as relações de consumo no mercado financeiro, a responsabilidade na terceirização trabalhista e o sempre polêmico sigilo bancário.

Estou certo de que a leitura dos artigos, pareceres e petições constantes deste volume enriquecerão o debate sobre os temas abordados e contribuirão para, se não eliminar, diminuir muito as angústias que eles alimentam.

César Cardoso

Procurador-Chefe da Procuradoria-Regional do

Banco Central em São Paulo.

Especialista em Direito Econômico e das Empresas pela

Fundação Getulio Vargas.

Especialista em Direito Público pelo

Instituto Brasileiro de Direito Público.

Nota da Edição

O início de mais um ano de edição da **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central** sempre é motivo de orgulho para seu Corpo Editorial e para a própria Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC).

Os pronunciamentos jurídicos dos procuradores do Banco Central mais uma vez serão divulgados por este periódico, cumprindo sua missão primordial de compartilhar o conhecimento orgulhosamente desenvolvido e produzido no seio da PGBC com toda a comunidade jurídica.

Além disso, na seção de artigos, esta edição conta com três textos de procuradores da PGBC, o que também propicia a disseminação do saber jurídico produzido cotidianamente nesta Procuradoria-Geral.

Nesse sentido, inicia a seção de artigos o trabalho da Procuradora do Banco Central Juliana Bortolini Bolzani, que trata do conceito de arbitragem comercial internacional e da possibilidade de participação de entes públicos nessa espécie de procedimento arbitral, como mecanismo alternativo de solução de controvérsias.

O segundo artigo, de autoria da Procuradora do Banco Central Rosely Palaro Di Pietro, discute a necessidade de adequação do disposto na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, conhecida como “Lei de Lavagem de Dinheiro”, às Recomendações de 2012 do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI).

Por sua vez, o Procurador do Banco Central Danilo Takasaki Carvalho analisa a escolha, pelos órgãos da Administração Pública brasileira, da lei de regência de contratos internacionais, consoante entendimento da doutrina tradicional e a plausibilidade da interpretação de que tais órgãos possam escolher a lei de outro país como lei de regência dos contratos de direito privado firmados com partes estrangeiras, mesmo que sejam proponentes dos negócios jurídicos.

O Procurador Federal Fernando Meneguetti Chaparro, a seu turno, escreve sobre o direito ao sigilo bancário em contas públicas, abordando pedidos de

acesso a tais informações formulados pelo Ministério Público, independente de autorização judicial, discutindo o conflito entre o princípio constitucional da publicidade e o direito ao sigilo bancário.

O artigo seguinte, de autoria do Procurador da Fazenda Nacional João Osvaldo Caporal Junior, analisa o instituto da intervenção especial da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da Administração Indireta, conforme o art. 5º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, abordando o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da matéria.

O próximo artigo, de autoria de Anna Lygia Costa Rego, advogada e professora de Direito Econômico, denomina-se “Brasil: cigarra ou formiga? A proteção do consumidor nos mercados financeiros brasileiros em tempos de crescimento econômico”. Nele, a autora analisa a experiência norte-americana de proteção ao consumidor de serviços financeiros e verifica a possibilidade de sua aplicação no Brasil.

Carla Eloy Jatahy (mestre em Administração de empresas pela *Rotterdam School of Management*), Fabiana Amaral Carvalho (mestre em finanças pela *London Business School*) e Fernanda Martins Bandeira escrevem sobre títulos conversíveis contingentes (*contingent convertible capital – CoCos*) em um artigo denominado “*The Bucket Stops at CoCos*”, que analisa os diferentes tipos de *CoCos* e seus gatilhos, taxas e abordagens legais.

Finalmente, Dayse Coelho de Almeida, mestre em Direito e professora, escreve o artigo “Considerações Críticas acerca da Responsabilidade na Terceirização Trabalhista”, que trata de questões fundamentais a respeito do tema.

Na sessão de pronunciamentos da PGBC, constam duas petições e dois pareceres. A primeira petição (Petição PGBC-1273/1998) tem relevante valor histórico, pois foi uma das primeiras manifestações desta Procuradoria-Geral no sentido da constitucionalidade do “Plano Collor”, instituído pela Medida Provisória nº 168, de 15 de março de 1990. Logo após, vem o Parecer PGBC-327/2011, cujo objeto é o Projeto de Lei Complementar nº 265, de 2007, que outorga competência ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) para prevenir e reprimir condutas anticoncorrenciais no Sistema Financeiro Nacional (SFN). Logo depois, vem o Parecer PGBC-339/2011, a respeito de minuta de voto que propõe a realização de audiência pública sobre novas regras de capital regulamentar, tendo em vista as regulamentações do Comitê de Basileia (Basileia III), e a possibilidade

de o Conselho Monetário Nacional (CMN) alterar os requisitos legais de título de crédito. Finalmente, a revista conta com a Petição PGBC-1576/2011: trata-se de uma contestação em ação ordinária proposta por ex-diretor do Banco Econômico S/A pleiteando indenização por pretensos danos materiais e morais que teriam sido causados por ato de intervenção decretado na instituição financeira.

Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar

Procurador do Banco Central.

Editor-Chefe da Revista da PGBC.

A Participação de Entes Públicos em Arbitragens Comerciais Internacionais

Juliana Bortolini Bolzani*

1 O conceito de arbitragem comercial internacional. 2 A presença dos entes públicos na arbitragem comercial internacional. 3 Razões para a escolha da arbitragem comercial internacional como mecanismo de solução de controvérsias. 4 Conclusão.

Resumo

Este artigo trata do conceito de arbitragem comercial internacional e da possibilidade de participação de entes públicos nessa espécie de procedimento arbitral. Entes públicos têm características específicas que podem justificar a escolha de mecanismos alternativos de solução de controvérsias, no lugar da jurisdição estatal, para decidir as causas internacionais nas quais sejam partes. Entes públicos devem considerar as limitações de seu direito interno, bem como as vantagens e desvantagens da arbitragem, a fim de identificar o mecanismo de resolução de disputas apropriado a suas necessidades. Como a arbitragem enfatiza a autonomia daqueles que dela participam, os entes públicos encontrarão muitas escolhas antes e durante o procedimento, caso optem por utilizar esse mecanismo para a solução de controvérsias.

Palavras-chave: Jurisdição estatal. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias. Arbitragem comercial internacional. Entes públicos. Autonomia.

* Procuradora do Banco Central no Estado do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade de Londres. Membro do *Chartered Institute of Arbitrators* (CI Arb).

Abstract

This article addresses the concept of international commercial arbitration and the possibility of participation of public entities in this kind of arbitration procedure. Public entities have specific characteristics that may justify the choice of alternative dispute resolution mechanisms, in place of state jurisdiction, to decide the international cases in which they are parties. Public entities should consider their domestic law limitations, as well as the advantages and disadvantages of arbitration, in order to identify the dispute resolution mechanism that fits their needs. As arbitration enhances the autonomy of those who take part in it, public entities will face many choices before and during the procedure, once they use this mechanism for dispute resolution.

Keywords: *State jurisdiction. Alternative dispute resolution mechanisms. International commercial arbitration. Public entities. Autonomy.*

1 O conceito de arbitragem comercial internacional

A arbitragem é um mecanismo alternativo de solução de controvérsias que se caracteriza pela intervenção de um árbitro eleito pelas partes litigantes e pela vinculação voluntária das partes à sentença proferida por esse árbitro. As partes concordam em submeter-se à jurisdição arbitral por meio de uma cláusula compromissória (contida em um contrato principal e, em geral, referente a um eventual litígio futuro) ou de um compromisso arbitral (consistente em instrumento contratual autônomo e, em geral, relativo a um litígio já existente).¹

No âmbito da arbitragem, interessam, neste artigo, a arbitragem comercial internacional e a possibilidade de que os entes públicos dela participem. Em primeiro lugar, “arbitragem comercial” é definição de uso corrente, estabelecida na academia e no ambiente negocial, especialmente em países de tradição

¹ A cláusula compromissória e o compromisso arbitral serão doravante designados “convenção de arbitragem”, em conformidade com a definição adotada na lei brasileira de arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996): “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral” (art. 3º).

romano-germânica,² que se contrapõe à “arbitragem interestatal”, entendida como a arbitragem entre pessoas jurídicas de direito internacional público, ou seja, entre Estados e organizações internacionais (LEW; MISTELIS; KRÖLL, 2003, p. 50). Merrills (2005, p. 117) contrasta esses dois tipos de arbitragem internacional mediante a comparação da lei aplicável a aspectos extrínsecos do procedimento arbitral, como validade e exequibilidade das sentenças:

Where the two forms of arbitration differ sharply, however, is in the *lex arbitri* which governs the arbitration in its external aspects, that is, such matters as the validity and enforceability of awards. Whereas private arbitration is normally anchored in municipal law, the *lex arbitri* of inter-state arbitration is international law. This has important consequences in terms of the parties’ powers to modify the external framework, where international law provides the parties with much greater latitude, and more significantly, in relation to the effectiveness of the two processes. For the parties to a private arbitration will expect to have access to a municipal legal system if any dispute as to the validity of an award arises. Likewise, if there is any difficulty over enforcement, they will probably be able to use the world-wide arrangements which exist for enforcing arbitral awards through municipal courts.³

O tema da arbitragem comercial circunscreve-se, em uma primeira análise, ao campo do direito privado, o que se evidencia com a frequente limitação da jurisdição arbitral às questões patrimoniais.⁴ Além disso, o termo “comercial”, nesse contexto, deve ser compreendido em sua acepção mais ampla (FOUSTOUCOS, 1988, p. 113), em compasso com a proposta trazida pela Lei

2 Principalmente nos países dessa tradição, ainda prevalece a diferença entre o Direito Civil e o Direito Comercial. (REDFERN e outros, 2004, §1-31).

3 “No que as duas espécies de arbitragem diferenciam-se claramente, entretanto, é quanto à *lex arbitri* que rege a arbitragem em seus aspectos externos, ou seja, em questões como a validade e a exequibilidade das sentenças. Enquanto a arbitragem privada é normalmente fundada no direito interno, a *lex arbitri* da arbitragem interestatal é o direito internacional. Isso apresenta importantes consequências no tocante aos poderes das partes para modificar a estrutura externa, na qual o direito internacional oferece às partes muito mais ampla latitude, e, o que é mais relevante, em relação à efetividade dos dois processos. As partes em uma arbitragem privada esperarão ter acesso ao sistema judicial doméstico caso surja alguma disputa referente à validade da sentença arbitral. Do mesmo modo, se houver alguma dificuldade quanto à execução da sentença, as partes provavelmente poderão utilizar os acordos internacionais que existem para executar sentenças arbitrais por meio de tribunais locais”. [tradução desta autora]

4 V., e.g., as restrições contidas na lei brasileira de arbitragem (Lei nº 9.307, de 1996), art. 1º; na lei suíça de Direito Internacional Privado (*Lois Fédérale de Droit International Privé* – LDIP, de 18/12/1987 – RS nº 291), art. 177(1); e no Código de Processo Civil alemão (ZPO), Seção 1.030(1).

Modelo da UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*),⁵ *in verbis* (art. 1.1, rodapé 2):

The term “commercial” should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road.⁶ (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *United Nations Commission on International Trade Law*, 1985).

Com relação ao segundo aspecto do instituto aqui conceituado, fala-se de “arbitragem internacional”, não de “arbitragem doméstica”. A opção por esse tratamento pressupõe a presença de algum elemento estrangeiro na arbitragem, seja a nacionalidade ou o domicílio da parte contrária (critério subjetivo), seja o caráter internacional da disputa (critério objetivo⁷).

Um mecanismo extremamente flexível de definição do caráter nacional ou internacional da arbitragem é apresentado pela Lei Modelo da UNCITRAL, que permite às partes a internacionalização do litígio, por força de acordo⁸ (art. 1(3) (c)): “An arbitration is international if [...] the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country.”)

5 A lei modelo de arbitragem elaborada pela UNCITRAL (*UNCITRAL Model Law*) foi aprovada pela Resolução nº 40/72, de 11 de dezembro de 1985, da Assembleia-Geral das Nações Unidas, e alterada pela Resolução nº 61/33, de 4 de dezembro de 2006, da Assembleia-Geral das Nações Unidas. Foi adotada em sua totalidade como lei de arbitragem de vários países e inspirou a legislação de muitos outros.

6 “Deve dar-se interpretação ampla à expressão ‘comercial’ para que abarque as questões suscitadas em todas as relações de natureza comercial, contratuais ou não. As relações de natureza comercial compreendem as seguintes operações, sem limitar-se a elas: qualquer operação comercial de fornecimento ou intercâmbio de bens ou serviços; acordo de distribuição; representação ou mandato comercial; transferência de crédito para cobrança (*factoring*); arrendamento mercantil (*leasing*); construção de obras, consultoria, engenharia; concessão de licenças; investimento; financiamento; serviços bancários; seguros; acordo ou concessão de exploração; associação de empresas (*joint venture*) e outras formas de cooperação industrial ou comercial; transporte de mercadoria ou de passageiros por via aérea, marítima, férrea ou terrestre.” (traduzi)

7 Código de Processo Civil francês, artigo 1.492: “Est international l’arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international” (“É internacional a arbitragem que concerne a interesses comerciais internacionais”). (FRANÇA, 2011) (traduzi)

8 Sobre a conveniência de se tomar como guia o conceito de arbitragem internacional da Lei Modelo da UNCITRAL, cf. TAWIL; LIMA, 2007, p. 103, nota de rodapé 9.

(ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *United Nations Commission on International Trade Law*, 1985).⁹

2 A presença dos entes públicos na arbitragem comercial internacional

A participação do Estado e de outros entes públicos na arbitragem comercial internacional tem por origem a aparição de controvérsias alusivas a relações jurídicas cujo objeto é tido como de direito privado (contratos de caráter mercantil, bancário, de investimentos, de prestação de serviços etc.) e cujo elemento de estraneidade não permite que os entes públicos exerçam seu poder de império ou imponham à parte contrária suas prerrogativas soberanas.

No plano internacional, o Estado não poderia pleitear a aplicação a um contrato de Estado celebrado com uma sociedade estrangeira de direito privado das regras que ele mesmo editou. Essas regras não são heterônimos com relação às duas partes nem, por conseguinte, jurídicas *stricto sensu*. Em outras palavras, no campo internacional, não poderia pretender contra seu co-contratante privado estrangeiro a aplicação das categorias jurídicas que se aplicam às relações entre a administração e os particulares da mesma nacionalidade que ele. (ROMERO, 2003, p. 287)

A partir do momento em que os intercâmbios globais se impõem e os Estados e entes estatais passam a participar mais usualmente em atividades relacionadas ao comércio, às finanças e aos investimentos internacionais, intensificam-se suas relações jurídicas com entes privados e com entes públicos estrangeiros, o que torna mais comum a necessidade de se recorrer a procedimentos arbitrais internacionais para solucionar as controvérsias eventualmente daí surgidas.

De todo modo, a presença de um ente público não é suficiente para descaracterizar a natureza “comercial” – e não “política”, por assim dizer – da arbitragem, especialmente se a natureza da relação subjacente é comercial ou financeira.

⁹ “Uma arbitragem é internacional se [...] as partes convencionaram expressamente que o objeto da convenção de arbitragem está relacionado com mais de um país.” (traduzi)

A classificação dos atos praticados por entes públicos em atos públicos e privados de acordo com sua natureza vem ao encontro do critério utilizado nas legislações modernas relativas a imunidades soberanas, a exemplo da definição de transação comercial trazida pelo art. 2(1)(c) da Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades de Jurisdição dos Estados e de seus Bens (*United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property*),¹⁰ *in verbis*:

[...] “commercial transaction” means:

(i) any commercial contract or transaction for the sale of goods or supply of services;

(ii) any contract for a loan or other transaction of a financial nature, including any obligation of guarantee or of indemnity in respect of any such loan or transaction;

(iii) any other contract or transaction of a commercial, industrial, trading or professional nature, but not including a contract of employment of persons.¹¹ (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *International Law Commission*, 2004).

Para essa teoria, todos os atos praticados por entes públicos são, por definição, pautados pelo interesse público, e, portanto, têm finalidade pública, o que tornaria inócua a classificação segundo a finalidade do ato (PAULSSON, 1986, p. 94).

Há de se aclarar, ainda, que a definição de “entes públicos”, neste trabalho, abrange o Estado e os entes que a doutrina administrativista denomina “entes das administrações públicas”, “entidades estatais”, “entes estatais” ou “entes administrativos estatais”, fazendo referência às pessoas jurídicas de direito público interno às quais a lei atribui o exercício de funções administrativas (MOREIRA NETO, 2006, p. 243). O conceito alcança, assim, ademais dos próprios Estados, os entes federativos e as autarquias, os quais não têm personalidade

10 A Convenção das Nações Unidas sobre Imunidades de Jurisdição dos Estados e de seus Bens foi adotada em 2/12/2004 e, até o momento, foi ratificada por: Arábia Saudita, Áustria, Cazaquistão, Espanha, França, Irã, Japão, Líbano, Noruega, Portugal, Romênia, Suécia e Suíça. Segundo o art. 30 da própria Convenção, sua entrada em vigor ocorrerá após o depósito do instrumento de ratificação do trigésimo Estado-parte. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Status of Treaties*, 2004).

11 “[...] ‘transação comercial’ significa: (i) qualquer contrato ou transação comercial para a venda de bens ou a prestação de serviços; (ii) qualquer contrato de empréstimo ou outra transação de natureza financeira, incluída qualquer obrigação de garantia ou seguro relativa a esse tipo de contrato ou de transação; (iii) qualquer outro contrato de compra e venda ou transação de natureza comercial, industrial ou profissional que não envolva um contrato de emprego”. (traduzi)

jurídica de direito internacional, mas podem figurar como partes em contratos internacionais e, por conseguinte, submeter-se a arbitragens comerciais.

Por personalidade jurídica de direito internacional entenda-se a capacidade, detida por Estados e outros sujeitos de direito internacional, de estabelecer relações jurídicas com outros sujeitos de direito internacional. As constituições de alguns Estados (Suíça e Alemanha, por exemplo) conferem capacidade aos entes federativos para que firmem em seu próprio nome tratados com outros Estados. Contudo, tais acordos restringem-se às matérias da competência legislativa dos entes federativos e o consentimento válido depende de autorização prévia do governo central (HARRIS, 2004, p. 790).

Estão excluídas deste estudo, portanto, as “entidades paraestatais” ou “extraestatais” que desempenhem alguma atividade administrativa pública, uma vez que, sujeitas em nível doméstico a regime jurídico privado, não encontram as mesmas limitações e peculiaridades que atingem os entes públicos propriamente ditos.

Limitações de direito interno – constitucional e infraconstitucional – podem representar obstáculos para que o Estado ou o ente estatal sujeitem-se a uma arbitragem internacional. A análise ora desenvolvida não examinará essa questão sob o ponto de vista de um ordenamento jurídico específico, mas exporá as características da arbitragem comercial internacional que podem dar ensejo à escolha desse mecanismo de solução de controvérsias pelos entes públicos.

3 Razões para a escolha da arbitragem comercial internacional como mecanismo de solução de controvérsias

Considerando a existência das limitações de direito interno e dos riscos de nulidades daí decorrentes, cabe perguntar: que razões conduzem os entes públicos a se submeterem a um juízo arbitral, em vez de recorrerem à jurisdição soberana (nacional ou estrangeira)?

Na esfera privada, já se verifica marcada preferência pela arbitragem internacional com relação ao contencioso judicial transnacional. Em pesquisa realizada em 2007-2008 pela *School of International Arbitration*, da *University of London*, observou-se que 44% das empresas participantes utilizaram com

mais frequência, em caso de controvérsia, a arbitragem internacional, enquanto 41% recorreram à jurisdição estatal. Em 15% dos casos, a mediação ou outros mecanismos alternativos de resolução de disputas (*ADR mechanisms*¹²) foram eleitos pelas partes (*UNIVERSITY OF LONDON*, 2008). As razões principais da escolha da arbitragem relatadas pelas partes são a flexibilidade do procedimento, a exequibilidade das sentenças, a confidencialidade do processo e a possibilidade de as partes elegerem os árbitros (*UNIVERSITY OF LONDON*, 2006).

No que toca aos entes públicos, muitas vezes a arbitragem comercial internacional não é propriamente o mecanismo de solução de controvérsias eleito inicialmente nas negociações, mas sim cláusula imposta pela parte contrária, geralmente privada, como condição para, *e.g.*, a concessão de empréstimo ou a realização de investimento. Essa será, porventura, a principal razão a demandar que os entes públicos avaliem a sua participação em uma arbitragem comercial internacional, já que as partes privadas estrangeiras não costumam aceitar submeter-se à jurisdição estatal do ente público, em razão de a perceberem despreparada para analisar o conflito, ou mesmo incapaz de manter a imparcialidade no julgamento da causa. Por outro lado, nessa espécie de disputa internacional, a solução do conflito por jurisdição estrangeira pode ser vedada no ordenamento jurídico interno aplicável ao ente público.

[...] o Estado pode querer arbitragem para evitar a publicidade ou para evitar a submissão ao tribunal de outro Estado, o que poderia ser caracterizado como uma afronta à sua soberania. A empresa multinacional, por outro lado, teme que o tribunal do Estado possa ser indevidamente influenciado pelo governo ou que não haja certeza quanto à renúncia à imunidade de jurisdição. (RIBEIRO, 2007, p. 383).

Ainda que haja uma relação mais equânime entre os contratantes, a arbitragem comercial internacional tem sido preferida como solução para litígios internacionais também nos casos em que há entes soberanos envolvidos, em virtude da sensação de neutralidade e imparcialidade que proporciona às partes. Na arbitragem comercial internacional, a possibilidade de eleger-se sede

12 *Alternative Dispute Resolution mechanisms.*

de arbitragem, lei substantiva e árbitros de nacionalidades distintas das partes contratuais confere, em tese, alto grau de neutralidade ao procedimento.

Também em relação às cláusulas de eleição de foro, consubstanciadas em contratos autônomos¹³ ou inseridas em contratos principais, as convenções de arbitragem apresentam-se mais vantajosas, já que a arbitragem comercial internacional conta com estrutura legislativa harmônica em nível doméstico e internacional e com jurisprudência razoavelmente firme dos tribunais estatais na direção de um ambiente pró-arbitragem, os quais garantem a efetividade das convenções de arbitragem e das sentenças arbitrais. De modo distinto, não existe tratamento legislativo uniforme sobre o reconhecimento e a execução de sentenças judiciais proferidas em outro país e nem sempre é clara a obrigação legal de que se dê cumprimento a uma cláusula de eleição de foro estrangeiro.¹⁴

Outra vantagem da arbitragem reside na possibilidade de as partes controlarem o processo arbitral, por meio da elaboração das regras de procedimento próprio e da eleição dos árbitros e da lei substantiva aplicável. Essa flexibilidade no manejo das regras do procedimento arbitral contrasta com a rigidez das normas processuais das jurisdições estatais e convém aos entes públicos, que podem, assim, adaptar o procedimento às suas necessidades e limitações internas.

Além disso, a arbitragem é geralmente um meio célere de resolução de litígios, em cotejo com os processos em trâmite na Justiça estatal. Isso se deve não apenas à lentidão inerente às burocracias – que, em regra, têm casos excessivos para processar e decidir –, como também à própria diferença de estrutura existente entre os procedimentos judicial e arbitral. Nos procedimentos arbitrais, prazos mais curtos para a prática de atos processuais e prazos para os árbitros elaborarem a sentença arbitral podem ser acordados entre as partes. Ademais, as decisões interlocutórias e as sentenças arbitrais estão sujeitas a hipóteses restritas de recurso, ao contrário do que ocorre na seara judicial.

Mais recentemente, no entanto, a brevidade dos procedimentos arbitrais tem sido menos apontada como motivo para sua escolha como mecanismo de resolução de conflitos. Em casos complexos e que dão margem a questionamentos judiciais acerca da arbitrabilidade da disputa, por exemplo, a arbitragem pode

13 Nesse caso, o termo “cláusula” não seria o mais apropriado, já que se trata de verdadeiros “compromissos de jurisdição”: contratos autônomos, embora acessórios.

14 Para uma crítica da superioridade da convenção de arbitragem em comparação com os acordos de eleição de foro, v. Brekoulakis, 2007, *passim*.

tardar tanto quanto um processo judicial, a depender dos termos de comparação (PROFAIZER, 2008, *passim*).

A flexibilidade inerente ao procedimento arbitral foi o ponto de partida para um documento preparado pela *Task Force on Reducing Time and Costs in Arbitration*, instituída pela Comissão sobre Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI). O documento, intitulado *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*, contém técnicas a serem utilizadas na organização do procedimento arbitral com a finalidade de reduzir sua duração e seus custos. Observou-se, nos casos mais recentes da CCI, que o encarecimento das arbitragens deve-se, em sua maior parte, à complexidade e à demora injustificadas dos procedimentos. O novo documento propõe, *v. g.*, a utilização de procedimentos sumários (*fast-track procedures*), a estipulação de prazos para a prolação da sentença, a escolha de árbitros e advogados especializados e com tempo disponível para dedicar-se ao caso, a atribuição de competência ao presidente do tribunal arbitral para decidir monocraticamente acerca de questões procedimentais, a utilização de meios de tecnologia da informação (TI), o incentivo ao acordo entre as partes e a limitação do número de testemunhas e do tamanho das peças oferecidas pelas partes (*INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE*, 2007).

Indo além, a arbitragem também permite que a questão em litígio seja decidida por árbitros dotados de conhecimento técnico acerca do tema subjacente ao conflito, o que dificilmente ocorrerá na Justiça estatal, não obstante a tendência à especialização verificada em muitas jurisdições. Há ainda instituições de arbitragem especializadas em determinados setores (financeiro, comercial, de propriedade intelectual, marítimo, agropecuário e outros) que oferecem a sua estrutura para o trâmite do procedimento e, geralmente, um código de procedimento adequado ao tipo de arbitragem que lhe é característico. É o que ocorre, por exemplo, nas arbitragens do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (*International Centre for Settlement of Investment Disputes* [ICSID]), destinado à solução de litígios entre Estados e nacionais de outros Estados.¹⁵

15 O ICSID foi estabelecido pela Convenção sobre a Resolução de Disputas sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados (Convenção de Washington) – *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and the Nationals of other States*. A Convenção entrou em vigor em 14 de outubro de 1966 e tem por membros 143 Estados. (*INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES*, 1966).

Muitos consideram a confidencialidade uma importante vantagem da arbitragem com relação aos processos judiciais, que, em temas negociais, geralmente são públicos, excetuando-se os segredos industriais e comerciais em algumas jurisdições. Para os entes públicos, a privacidade oferecida pela arbitragem comercial internacional pode representar um importante ganho em termos de política externa, pois o Estado não só será poupado de divulgar documentos e expor-se em audiências públicas, como poderá acordar com a parte contrária a não divulgação da própria sentença arbitral, em conformidade com as regras que regerem o procedimento. Contudo, não se trata de norma absoluta nem automática, de forma que as partes que pretenderem total privacidade do procedimento e da sentença arbitral devem observar os dispositivos dos regulamentos de arbitragem que adotarem e, se for o caso, inserir dispositivo expresso na convenção de arbitragem (LEW; MISTELIS; KRÖLL, 2003, p. 177).

Contrastem-se, por exemplo, os regulamentos de arbitragem da *London Court of International Arbitration* (LCIA) e do Centro Internacional para Resolução de Disputas – Associação Americana de Arbitragem (CIRD-AAA), com relação à divulgação da sentença arbitral. Segundo o art. 30 do Regulamento da LCIA, a sentença somente será publicada mediante consentimento prévio por escrito das partes e do tribunal arbitral, excetuada a hipótese de acordo em sentido diverso.¹⁶ De acordo com o art. 27(8) do Regulamento do CIRD-AAA, salvo disposição em contrário, poderão ser publicadas decisões e sentenças arbitrais se omitidos os nomes das partes e outros dados que permitam sua identificação, além de decisões e sentenças já tornadas públicas no curso de processo de execução judicial ou em outro meio.¹⁷

16 Article 30 Confidentiality 30.1 Unless the parties expressly agree in writing to the contrary, the parties undertake as a general principle to keep confidential all awards in their arbitration, together with all materials in the proceedings created for the purpose of the arbitration and all other documents produced by another party in the proceedings not otherwise in the public domain – save and to the extent that disclosure may be required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right or to enforce or challenge an award in bona fide legal proceedings before a state court or other judicial authority. 30.2 The deliberations of the Arbitral Tribunal are likewise confidential to its members, save and to the extent that disclosure of an arbitrator's refusal to participate in the arbitration is required of the other members of the Arbitral Tribunal under Articles 10, 12 and 26. 30.3 The LCIA Court does not publish any award or any part of an award without the prior written consent of all parties and the Arbitral Tribunal. (*LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION*, 1998).

17 Art. 27 [...] 8. Unless otherwise agreed by the parties, the administrator may publish or otherwise make publicly available selected awards, decisions and rulings that have been edited to conceal the names of the parties and other identifying details or that have been made publicly available in the course of enforcement or otherwise. (*AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION*, 2010).

Independentemente das regras adotadas pelas partes, o próprio ente estatal pode estar obrigado a trazer a público aspectos do procedimento arbitral (atos ou fatos processuais), em respeito a imperativo de direito interno. Trata-se de exceção aceita pelos tribunais estatais ao princípio da confidencialidade, fundada no interesse público – o Estado tem obrigação de divulgar aos cidadãos determinados dados relativos às atividades que desempenha.¹⁸ Em casos em que há patente interesse público (questões ambientais ou de saúde pública, por exemplo), torna-se difícil negar acesso, ainda que restrito, a documentos utilizados no procedimento arbitral.

Com relação à execução das sentenças, é mais eficiente o procedimento arbitral que o judicial, já que as sentenças arbitrais, em relação às sentenças judiciais, são mais facilmente executáveis em países distintos daqueles em que são proferidas. A Convenção de Nova Iorque, de que fazem parte 144 países, incluído o Brasil,¹⁹ impõe a obrigação de reconhecimento e execução das sentenças arbitrais exaradas em Estados estrangeiros, excetuadas poucas hipóteses (art. III). Com relação às sentenças judiciais estrangeiras, não existe um tratado internacional de tamanha abrangência: depende-se de tratados bilaterais para a execução das sentenças, ou de tratados ou normas de alcance regional, como, na Europa, o Regulamento (CE) nº 44, de 2001, e as Convenções de Bruxelas (1968) e de Lugano (1988), sobre jurisdição e execução de sentenças em matéria cível e comercial.

A questão dos custos do procedimento talvez seja a mais controversa para os entes públicos no momento em que tenham de escolher entre cláusula de arbitragem e cláusula de jurisdição estatal. Arbitragens internacionais costumam resultar em altas contas a serem pagas pelas partes, já que, enquanto os salários dos juízes são pagos pelos Estados que os empregam, os honorários dos árbitros devem ser custeados pelas partes, o que encarece o procedimento. O mesmo ocorre quanto às despesas com salas para reuniões e audiências e com o secretariado do procedimento (que, no caso da arbitragem institucional, estão embutidas nas despesas administrativas pagas ao instituto contratado pelas partes para administrar o procedimento arbitral).

18 *Commonwealth of Australia v. Cockatoo Dockyard Pty Ltd.*, Austrália, 1995, 36 NSWLR 662 (CA); *Eso case*, Austrália, 1995, 128 A.L.R. 391 (Austl.).

19 A Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova Iorque) foi adotada em 10 de junho de 1958 e entrou em vigor em 7 de junho de 1959 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Treaty Collection*, 1958). No Brasil, a Convenção de Nova Iorque foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 52, de 25 de abril de 2002, e promulgada pelo Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002.

No entanto, as custas judiciais, os honorários dos auxiliares do juízo e os honorários advocatícios variam de um país para outro, o que torna relativa a comparação entre os custos da arbitragem e da litigância pública. Além disso, como a arbitragem tende a ser mais célere que o procedimento judicial, os valores podem compensar-se. Como lembram Redfern e outros (2004, § 1-46), embora uma arbitragem dificilmente seja menos cara que um processo judicial, a sentença dos árbitros provavelmente não será impugnada por uma série de dispendiosos recursos para os tribunais de apelo. E, em uma arbitragem, por ser soberana a vontade das partes, é mais viável a elaboração de uma estimativa de custos, importante para a realidade de entes públicos, que necessitam prever e justificar seus gastos, uma vez que inseridos no orçamento público.

Como medida de contenção de gastos, países com menos recursos e que dispõem de assessoria jurídica própria tendem a deixar de contratar escritório de advocacia especializado em arbitragem internacional quando confrontados com uma disputa de arbitragem. Essa decisão, no entanto, pode comprometer os resultados da arbitragem, em razão da extrema especificidade desse tipo de litígio (BÖCKSTIEGEL, 2007, p. 98-99; CARVER, 1985, p. 180). Por outro lado, o serviço prestado pelo escritório contratado em muito depende dos subsídios oferecidos pelo corpo jurídico do ente público. Assim, é aconselhável que os trabalhos sejam desenvolvidos em parceria entre a equipe interna do ente estatal e os advogados privados peritos e com experiência em arbitragem internacional. A maioria das grandes empresas privadas que participam de arbitragens também se serve, atualmente, desse tipo de assessoria (UNIVERSITY OF LONDON, 2006).

4 Conclusão

Se, considerados esses argumentos de ordem pragmática, o ente público decide ou é levado a eleger a arbitragem comercial internacional para resolver o litígio de que é parte, outras escolhas, agora intrínsecas ao procedimento arbitral, ser-lhe-ão apresentadas. Assim ocorre porque a arbitragem segue o princípio da autonomia da vontade das partes, o qual marca todas as fases do procedimento arbitral, conferindo-lhe quase total desvinculação de jurisdições estatais e ampla liberdade de delineação.

Portanto, é importante que se construa uma teoria geral das arbitragens comerciais internacionais de que participam entes públicos submetidos a diferentes realidades legislativas, identificando as peculiaridades dessa espécie de parte processual, bem como orientando as decisões a serem tomadas no decorrer do procedimento.

Referências

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. International Centre for Dispute Resolution. **ICDR International Dispute Resolution Procedures**. 2010. Disponível em: < <http://www.adr.org/>>. Acesso em: 26 set. 2011.

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. Enterprise v. State: The New David and Goliath? In: **Arbitration International**, v. 23, n. 1, 2007, p. 93-104.

BREKOULAKIS, Stavros. The Notion of the Superiority of Arbitration Agreements over Jurisdiction Agreements: Time to Abandon it? In: **Journal of International Arbitration**, v. 24, n. 4, 2007, p. 341-364.

CARVER, Jeremy P. The Strengths and Weaknesses of International Arbitration Involving a State as a Party: Practical Implications. In: **Arbitration International**, v. 1, n. 2, 1985, p. 179-187.

FOUSTOUCOS, Anghelos C. Conditions Required for the Validity of an Arbitration Agreement. In: **Journal of International Arbitration**, v. 5, n. 4, 1988, p. 113-130.

FRANÇA. **Code de Procédure Civile**. Version consolidée au 3 septembre 2011. Disponível em: < <http://www.legifrance.gouv.br/>>. Acesso em: 26 set. 2011.

HARRIS, D. J. **Cases and Materials on International Law**. 6. ed. London: Sweet & Maxwell, 2004.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. **Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of other States**. 1966. Disponível em: <<http://icsid.worldbank.org/>>. Acesso em: 26 set. 2011.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **ICC Publication nº 843: Techniques for Controlling Time and Cost in Arbitration.** Task Force on Reducing Time and Costs in Arbitration, ICC Commission on Arbitration, 2007. Disponível em: < <http://www.iccwbo.org/>>. Acesso em: 26 set. 2011.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. **Comparative International Commercial Arbitration**, The Hague: Kluwer, 2003.

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION. **LCIA Arbitration Rules.** 1998. Disponível em: < <http://www.lcia.org/>>. Acesso em: 26 set. 2011.

MERRILLS, J. G. **International Dispute Settlement.** 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. International Law Commission. **United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their property, 2004.** General Assembly resolution 59/38 of 2 December 2004. Disponível em: < <http://www.un.org/>>. Acesso em: 26 set. 2011.

_____. Treaty Collection. Status of Treaties. **Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1958.** Disponível em: < <http://treaties.un.org/>>. Acesso em: 26 set. 2011.

_____. Treaty Collection. Status of Treaties. **United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their property, 2004.** Disponível em: < <http://treaties.un.org/>>. Acesso em: 26 set. 2011.

_____. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). **1985 – UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, with amendments as adopted in 2006.** General Assembly resolution 40/72 of 11 December 1985. Disponível em: < <http://www.uncitral.org/>>. Acesso em: 26 set. 2011.

PAULSSON, Jan. May a State Invoke its International Law to Repudiate Consent to International Commercial Arbitration? In: **Arbitration International**, v. 2, n. 2, 1986, p. 90-103.

PROFAIZER, Joseph R. International Arbitration: Now Getting Longer and More Costly. In: **The National Law Journal**, 29 de julho de 2008. Disponível em: <<http://www.law.com>>. Acesso em: 26 set. 2011.

REDFERN, A.; HUNTER, M.; BLACKABY, N.; PARTASIDES, C. **Law and Practice of International Commercial Arbitration**. 4. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2004.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Solução de Controvérsias na Indústria do Petróleo. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Org.). **Arbitragem** (Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, *In Memoriam*). São Paulo: Atlas, 2007, p. 372-402.

ROMERO, Eduardo Silva. A Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) e os Contratos de Estado. In: **Revista de Direito Bancário, Mercado de Capitais e Arbitragem**, Ano 6, n. 17, jan. 2003, Ed. Revista dos Tribunais, p. 257-295.

TAWIL, Guido Santiado; LIMA, Ignácio J. Minorini. El Estado y el Arbitraje: Primera Aproximación, In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, Ano 4, n. 14, julho de 2007, Ed. Revista dos Tribunais, p. 99-150.

UNIVERSITY OF LONDON. Queen Mary. School of International Arbitration. **Corporate Attitudes and Practices: Recognition and Enforcement of Foreign Awards**. 2008. Disponível em: <<http://www.arbitrationonline.org>>. Acesso em: 26 set. 2011.

_____. Queen Mary. School of International Arbitration. **2006 International Arbitration Study: Corporate Attitudes and Practices**. 2006. Disponível em: <<http://www.arbitrationonline.org>>. Acesso em: 26 set. 2011.

A Lei nº 9.613, de 3 de Março de 1998, e as Recomendações do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo de 2012 – A importância da inclusão de crimes tributários no rol de crimes antecedentes

Rosely Palaro Di Pietro*

1 Introdução. 2 Breve histórico das principais medidas internacionais de combate à lavagem de dinheiro. 3 Lei nº 9.613, de 1998 – Origem e críticas. 4 Orientações do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo. 5 Relevância da adoção das medidas previstas na terceira Recomendação do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo. 6 Conclusão.

Resumo

A Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, foi promulgada visando combater o crime de lavagem de dinheiro. Trata-se de uma resposta ao compromisso firmado na Convenção de Viena e às Recomendações do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo. Os crimes antecedentes expressos nos incisos do art. 1º da referida norma, contudo, não estão em concordância com as Recomendações após a revisão de 2012. A importância da

* Procuradora da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC), Editora-Adjunta da Revista da PGBC. Professora de Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB), especialista em Direito Econômico (UnB) e em Direito Penal (Faculdade Fortium).

adequação da norma nacional verifica-se para que o Estado brasileiro permaneça desfrutando de um bom conceito internacional.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro. Recomendações do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo. Convenção de Viena. Crimes antecedentes.

Abstract

Law 9,613 of March 1998, was enacted to combat the crime of Money Laundering. This is a response to the commitment in signing the Vienna Convention and the Financial Action task Force on Money Laundering Recommendations. The predicate offenses expressed in items of art. 1 of that standard, however, are not in agreement with the recommendations following the review of 2012. The importance of the adequacy of the national standard is the case for the Brazilian state remains enjoying a good reputation internationally.

Keywords: *Money Laundering. Financial Action task Force on Money Laundering Recommendations. Vienna Convention. Predicate offenses.*

1 Introdução

É inegável que as distâncias entre as nações já atuaram como um obstáculo não só ao comércio, mas também ao aprimoramento da atividade ilícita internacional. Entretanto, com o avanço tecnológico e o desenvolvimento dos meios de comunicação e de transporte, as distâncias encurtaram e a circulação de capital foi facilitada (fenômeno conhecido como globalização).

Nesse diapasão, a atividade criminosa também pôde se desenvolver, aproveitando a facilidade de atuar simultaneamente em diversos países e a ausência de normas específicas coibindo condutas nocivas até então inexistentes ou desconhecidas.

Entretanto, aos poucos, essas atividades passaram a ser observadas pela comunidade internacional, que percebeu sua nocividade. Constatou-se que a impunidade, pela ausência de legislação proibitiva, vinha causando danos socioeconômicos e permitindo o fortalecimento de organizações criminosas.

A conduta observada consistia na transformação de ativos financeiros ilícitos, provenientes de ação criminosa, em ativos lícitos, hábeis a serem investidos, gerando recursos para patrocinar novos crimes. Verificou-se que, para essa transformação, empresas de fachadas eram constituídas e mecanismos do sistema financeiro eram utilizados.

Essa espécie de conduta passou a ser conhecida pela denominação “lavagem de dinheiro”. Na verdade, cabe esclarecer que o *nomen juris*¹ utilizado em alguns Estados diferem, mas a conduta é idêntica, razão pela qual não será discutida, aqui, tal denominação.

A partir de então, a sociedade vem buscando dificultar tal conduta. Reuniões de membros de diversos países foram realizadas, culminando com várias decisões e compromissos firmados.

Entre tantas iniciativas, destaca-se internacionalmente o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI) – ou *Financial Action Task Force on Money Laundering* (FATF) –, instituído em 1989 pelo G7 (grupo dos sete países mais industrializados do mundo) e que, atualmente, é composto por membros de 35 países, incluindo o Brasil. De suas reuniões culminaram recomendações que nortearam legislações e normas por todo o mundo.

No Brasil, foi editada a Lei nº 9.613, de 1998, também conhecida como a Lei da Lavagem de Dinheiro que, desde o início, passou a receber críticas com relação a crimes antecedentes.

Com as recentes reformulações das recomendações do GAFI, maior ficará a distância entre o que foi definido na legislação pátria e o que a comunidade internacional espera que se adote.

A reformulação do elenco de delitos prévios à lavagem de dinheiro constante na norma tornou-se imprescindível para que o Estado brasileiro esteja adequado a essas novas Recomendações.

¹ Apesar de não ser escopo do presente trabalho explorar as denominações que tal conduta já adquiriu ao longo do tempo nos diversos Estados, convém mencionar apenas alguns deles: “branqueamento de capitais”, “lavado de ativos”, “crime do colarinho branco” etc.

2 Breve histórico das principais medidas internacionais de combate à lavagem de dinheiro

Segundo relatos históricos, a Itália teria sido o primeiro país a detectar e legislar acerca desse tema, em 1978, coibindo a prática de lavagem de dinheiro, em que pese a conduta ter sido denominada assim pela norma penal. (BRAGA, 2010, p. 43-44)

Posteriormente, os Estados Unidos da América (EUA), em 1986, sancionaram a *Money Laundering Control Act*, primeira norma efetiva contra a lavagem de dinheiro naquele país. A denominação “lavagem de dinheiro” para a conduta foi, então, pela primeira vez expressa numa norma. Foi uma alusão às atividades criminosas dos anos 1920, encobertas e dissimuladas pelas lavanderias de roupas. (BRAGA, 2010, p. 44)

O primeiro instrumento internacional que iniciou a jornada contra o delito de lavagem de dinheiro foi a Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, de 27 de junho de 1980. Foram adotadas medidas contra a transferência e o encobrimento de capitais de origem criminosa exortando os sistemas bancários a participar, identificando clientes em operações suspeitas de conexão com condutas criminosas.

Em 1988, foram aprovados dois outros instrumentos internacionais que são considerados verdadeiros marcos no combate à lavagem de dinheiro em escala mundial: a Declaração dos Princípios de Basileia² e a Convenção de Viena³.

O primeiro foi criado pelo Comitê sobre Regulamentação e Práticas de Controle das Operações Bancárias, composto pelos Bancos Centrais e autoridades de controle dos países componentes do G10 (grupo dos dez países mais industrializados do mundo), visando impedir que o sistema financeiro dos Estados seja utilizado na lavagem de dinheiro e práticas criminosas.

Foi importante identificar que as instituições financeiras são utilizadas, em algum momento, em alguma etapa do processo de lavagem de dinheiro e que estas têm que participar efetivamente do combate a tal atividade criminosa, adotando as regras de boa gestão bancária, conhecendo seu cliente e verificando transações financeiras não usuais ou suspeitas.

2 Aprovada em 12 de dezembro de 1988.

3 Oriundo da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena, a 20 de dezembro de 1988.

A seu turno, a Convenção de Viena trouxe um conjunto de medidas de combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e o reconhecimento da conexão desse e de outros delitos com a conduta de lavagem de dinheiro, que permite às organizações criminosas transnacionais fazerem uso do proveito de sua atividade delitativa, fortalecendo-se ainda mais. Tornou-se o gatilho, o impulso para a criação de um grupo específico para o combate de tal modalidade criminosa. (BRAGA, 2010, p. 82)

Assim, em 1989, sob a influência dessa Convenção, o G7, na cúpula celebrada em Paris, em 14 e 15 de julho de 1989, criou o FATE, visando implantar medidas contra a atividade de lavagem de dinheiro.

O Grupo foi inicialmente constituído de 16 membros e, durante 1991 e 1992, expandiu-se para 28. Atualmente, conta com 36 membros.⁴

Por meio das reuniões desse grupo, foram aprovadas, em 1990, as quarenta Recomendações, que foram acrescidas, posteriormente, de mais nove Recomendações especiais. As Recomendações do GAFI foram revistas algumas vezes, sendo que a última revisão ocorreu recentemente, em fevereiro de 2012, quando todas as Recomendações foram aglutinadas em apenas quarenta novamente.

Além desses atos, o Convênio de Palermo, firmado na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, em 2000, merece destaque, pois previu, entre as medidas para combate à lavagem de dinheiro, a regulamentação e o controle de instituições financeiras, bancárias ou não, e o controle de fronteiras do trânsito de numerário e títulos negociáveis, além de ter previsto também a cooperação internacional.

Como se percebe por essa síntese, o esforço das nações em coibir a referida prática delituosa resultou em vários instrumentos normativos, aos quais o Brasil tem se submetido, firmando a maioria dos acordos.

Entretanto, a legislação interna ainda não reflete integralmente essa adesão, o que pode transmitir insegurança aos organismos internacionais.

⁴ Informação contida no *site* do Grupo, disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/document/52/0,3746,en_32250379_32236869_34027188_1_1_1_1,00.html>. Acesso em: 10 mar. 2012.

3 Lei nº 9.613, de 1998 – Origem e críticas

Como é sabido, o Brasil possui vários fatores atrativos à criminalidade internacional organizada: vasta área territorial, dificultando a vigília de fronteiras; longa costa marítima e áreas de mata virgem, que facilitam a entrada e saída de pessoas do país; proximidade territorial com países notoriamente conhecidos pela produção de substâncias narcóticas (BRAGA, 2010, p. 61); economia emergente, com diversas oportunidades de investimento externo; legislação específica contra a lavagem de dinheiro considerada por muitos obsoleta.

Ocorre que, desde a Convenção de Viena, as pressões internacionais pela edição de normas coibindo a atividade de lavagem de dinheiro em todo o mundo tornaram-se cada vez mais importantes, ficando claro que somente com a edição de normas internas em cada Estado seria possível o combate de tal criminalidade.

O Brasil firmou a Convenção em 1988 e, a partir de 26 de junho de 1991, por meio do Decreto nº 154, ratificou seu conteúdo, tornando-o norma interna cogente.

Em virtude disso, foi promulgada a primeira lei tipificando especificamente o delito de “lavagem de dinheiro” (Lei nº 9.613, de 1998), criando, em seu art. 1º, um rol taxativo de crimes que podem ser considerados delitos antecedentes à conduta. A norma é híbrida, pois possui não só tipos penais, mas também artigos de natureza processual e de natureza administrativa.

Em relação aos tipos processuais, a lei cinge-se, em síntese, a estipular algumas regras específicas para o delito, com vistas a impedir a liberação do acusado antes do trânsito em julgado da sentença, estabelecer regras de competência e outras, visando regular apreensão de bens e seu destino.

Já no que tange às regras de caráter administrativo, a mais relevante para a efetividade da ação nacional contra a prática da lavagem de dinheiro, foi a instituição do órgão denominado Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), que constituiu a Unidade de Informação Financeira (*Financial Information Unit* [FIU]) pátria, instituído consoante recomendação do GAFI.

Órgão ligado à Fazenda Nacional, o Coaf tem a atribuição de receber comunicações, analisar e comunicar às autoridades competentes atividades financeiras indicativas, em tese, de prática de lavagem de dinheiro.

Todavia, a lei, já no seu nascedouro, recebeu críticas diversas,⁵ principalmente no que se refere ao rol de delitos prévios e aos dispositivos processuais.

Segundo o legislador pátrio, a Lei nº 9.613, de 1998,⁶ é de segunda geração, por elencar, de forma taxativa, uma lista de delitos prévios, em contraposição com outros países, que optaram por considerar que todo e qualquer ilícito penal pode ser antecedente ao crime de lavagem de dinheiro.

Cabe, aqui, mencionar que existem divergências doutrinárias acerca do que seria considerada uma lei de primeira, segunda ou terceira geração, entendendo alguns que a lei pátria deveria se entendida como de terceira geração (MAIA, 2004, p. 68). Todavia, não é escopo do presente trabalho se debruçar especificamente sobre esse tema, pois, seja qual for a conclusão, o fato é que a Lei nº 9.613, de 1998, está defasada em relação ao que o próprio Estado brasileiro se comprometeu em fazer.

Já se percebeu que a existência desse rol taxativo vem permitindo que o sujeito ativo do delito se utilize de tal lacuna para obter o proveito da lavagem de seus ativos. Exemplo disso, vale citar a impossibilidade da incriminação por lavagem de dinheiro tendo como delito prévio o estelionato ou roubo.

Uma vez que a atividade criminosa em questão muitas vezes envolve etapas realizadas em outros países, a delimitação de crimes prévios impede, em alguns casos, a “dupla tipificação” necessária para que o Brasil possa extraditar estrangeiro que tenha praticado um dos crimes não previstos no referido rol previamente à lavagem do ativo (CONSERINO; VASCONCELOS; MAGNO, 2011, p. 18).

Para Conserino (2011, p. 20), quando o crime prévio ao delito de lavagem de dinheiro ocorra em outro país, deve haver a previsão dos crimes antecedentes relacionados nos dois ordenamentos jurídicos, tanto no pátrio quanto no alienígena, para o perfeito enquadramento penal.

5 Braga (2010, p. 62) destaca que “com relação a esta problemática, começaram a ser implantadas, de forma atrasada e obsoleta, medidas destinadas a combater a lavagem de dinheiro”.

6 Exposição de motivos: “[...] As primeiras legislações a esse respeito, elaboradas na esteira da Convenção de Viena, circunscreviam o ilícito penal de ‘lavagem de dinheiro’ ou bens, direitos e valores à conexão com o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins. [...] Adveio, então, uma legislação de segunda geração para ampliar as hipóteses dos ilícitos antecedentes e conexos, de que são exemplos as vigentes na Alemanha, na Espanha e em Portugal. [...] Outros sistemas como a Bélgica, França, Itália, México, Suíça e Estados Unidos da América do Norte, optaram por conectar a ‘lavagem de dinheiro’ a todo e qualquer ilícito precedente. A doutrina internacional considera a legislação desses países como de terceira geração [...]. A orientação do projeto perfilia o penúltimo desses movimentos”.

Importante, no entanto, ressaltar que há entendimento doutrinário no sentido de que o inciso VII do art. 1º da citada norma permite o elastecimento do rol, pois puniria a lavagem de dinheiro sempre que qualquer crime antecedente tenha sido praticado por organização criminosa. Nesse sentido, não importa qual crime – não infração penal, que compreende crime e contravenção penal – é praticado previamente, desde que realizado por organização criminosa, está configurado o crime de lavagem de dinheiro (DE SANCTIS, 2008, p. 28).

Por outro lado, na ânsia de criar uma norma que atendesse às pressões internacionais, o legislador brasileiro, usando como modelo leis de outros países, inseriu, na norma, dispositivos processuais avessos aos direitos elencados em nossa Carta Magna (DE SANCTIS, 2008, p. 44), o que é reprovável.

É plenamente viável a coibição de tal conduta nociva sem que seja necessária supressão ou redução de direitos de natureza constitucional.

A reforma do art. 1º, por exemplo, operará muito mais efeito no combate à criminalidade do que a supressão do direito de apelar em liberdade,⁷ pois aquele terá reflexos transnacionais.

Aliás, cabe mencionar que esse instrumento normativo já sofreu três⁸ reformas parciais e provavelmente virá a ser reescrito mais algumas vezes, haja vista os diversos projetos nesse sentido tramitando no Legislativo.

4 Orientações do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo

O GAFI, como já foi mencionado, aprovou as primeiras Recomendações (quarenta no total) em 1990. Desde então, elas foram revistas em 1996; em 2001, foram acrescentadas de oito Recomendações especiais sobre o financiamento ao terrorismo; em 2003, foram novamente revistas; em 2005, foi acrescentada uma nova Recomendação especial; e, recentemente, em fevereiro de 2012, as quarenta Recomendações foram mais uma vez revistas e as nove Recomendações

7 Segundo o art. 3º da Lei nº 9.613, de 1998: “Os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”.

8 Por meio da Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, foi introduzido, no art. 1º, o inciso: “VIII – praticado por particular contra a Administração Pública estrangeira”. A Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, reformulou a composição do Coaf. Por fim, a Lei nº 10.701, de 9 de julho de 2003, tipificou o crime de financiamento ao terrorismo e o incluiu como delito prévio no inciso II do art. 1º.

especiais foram agregadas, ficando o texto, atualmente, com apenas quarenta Recomendações novamente.

Recomendação, cumpre esclarecer, segundo entendimento doutrinário predominante, é um instrumento criado por organismo internacional com algumas diretrizes que, em regra, são cumpridas pelos estados-membros desse organismo, mas não são obrigacionais – nem aos estados-membros,⁹ nem aos demais Estados –, ao contrário de Convenção, que possui natureza obrigacional (CONSERINO; VASCONCELOS; MAGNO, 2011, p. 6).

Nesse diapasão, Ramadier (CONSERINO; VASCONCELOS; MAGNO, 2011, p. 598) entende que a convenção “cria uma obrigação internacional a cargo do Estado que a aceita”.

Assim, as recomendações do GAFI não são cogentes – são consideradas uma espécie de *Soft Law*, já que vêm despidas de previsão de sanção internacional. Ao passo que a Convenção de Viena, por exemplo, que o Brasil ratificou, é cogente e gera obrigação – normas dessa espécie são conhecidas como *Hard Law*.

Todavia, o descumprimento de uma recomendação pode gerar consequências não muito desejáveis, como o país passar a integrar uma “lista negra” ou “lista dos países não cooperantes”. Simplesmente o fato de integrar esse elenco, por si só, já traz consequências ao Estado relacionado, o que faz alguns juristas entenderem que as Recomendações do GAFI são, na verdade, uma espécie de *Hard Law*. Aliás, esse aspecto das Recomendações torna a discussão sobre a reforma legislativa de fundamental importância, consoante será observado no tópico seguinte.

Antes da revisão de 2012, a primeira Recomendação do GAFI já dispunha que:¹⁰

Os países deveriam incriminar o branqueamento de capitais de acordo com o disposto na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena), de 1988, e na Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo), de 2000. Os países deveriam aplicar o crime de branqueamento de capitais a todos os crimes graves, por forma a abranger o conjunto mais alargado de infrações subjacentes. As infrações subjacentes podem ser definidas por referência a

⁹ Registre-se que existem controvérsias acerca da obrigatoriedade das recomendações aos estados-membros do organismo.

¹⁰ Conforme publicado na página do Coaf na internet. Site <<https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/publicacoes/downloads/40%20Recomendacoes%20-%20GAFI-FAFT.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

todos os crimes ou por referência a um limiar, ligado ou a uma categoria de infrações graves, ou a uma moldura penal aplicável à infração subjacente (critério do limiar), ou a uma lista de infrações subjacentes, ou ainda a uma combinação destes critérios.

Quando os países optarem pelo critério do limiar, as infrações subjacentes deveriam incluir, pelo menos, todos os crimes qualificados como graves pelo seu direito interno, ou incluir as infrações puníveis com pena de duração máxima superior a um ano de prisão. Nos países cujos sistemas jurídico-penais contemplem penas mínimas, as infrações subjacentes deveriam incluir todas as infrações puníveis com pena de duração mínima superior a seis meses de prisão. Qualquer que seja o critério adotado, cada país deveria incluir, no mínimo, um conjunto de infrações que se integrem nas categorias de infrações designadas.¹¹

Ou seja, o organismo internacional já entendia que o rol de delitos antecedentes à lavagem de dinheiro deveria ser bem mais amplo do que contempla a lei brasileira, ou que, ao menos, todas as infrações graves deveriam ser consideradas com prévias.

Assim, as quarenta Recomendações foram categorizadas nesta última revisão, de 2012, da seguinte forma:¹²

- a) *AML/CFT policies and coordination;*
- b) *Money laundering and confiscation;*
- c) *Terrorist financing and financing of proliferation;*
- d) *Preventive measures;*
- e) *Transparency and beneficial ownership of legal persons and arrangements;*
- f) *Powers and responsibilities of competent authorities and other institutional measures;*
- g) *International cooperation.*

11 Infrações designadas compreendem, segundo o Glossário das Recomendações: participação num grupo criminoso organizado e em ações ilegítimas para obtenção de fundos, nomeadamente através de chantagem, intimidação ou outros meios; terrorismo, incluindo o financiamento do terrorismo; tráfico de seres humanos e tráfico ilícito de migrantes; exploração sexual, incluindo a exploração sexual de crianças; tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas; tráfico de armas; tráfico de bens roubados e de outros bens; corrupção e suborno; fraude; contrafação de moeda; contrafação e pirataria de produtos; crimes contra o ambiente; homicídio e ofensas corporais graves; rapto, detenção ilegal e tomada de reféns; roubo ou furto; contrabando; extorsão; falsificação; pirataria; e utilização abusiva de informação privilegiada e manipulação do mercado.

12 Conforme publicado na página do GAFI na internet. Site: <<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/49/29/49684543.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

Com a revisão, a primeira Recomendação passou a integrar a terceira Recomendação que vem inserta no item “b” supramencionado.

Em seu texto, o organismo passou a recomendar, entre outras coisas, que o rol de crimes antecedentes previstos na legislação de cada Estado contenha, também, crimes fiscais, aumentando a lista do que considera ser infrações designadas ou *designated categories of offences*.

Portanto, é evidente que a Lei nº 9.613, de 1998, tornou-se ainda mais defasada em relação ao que estipulou o GAFI, uma vez que tais crimes não constam em nosso rol.

5 Relevância da adoção das medidas previstas na terceira Recomendação do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo

As Recomendações do GAFI deixam claro que os delitos prévios à lavagem de dinheiro devem ser todos os delitos graves (e, como graves, o GAFI reconhece os delitos apenados mais severamente), ou que a lei deve prever um rol de crimes antecedentes, contendo, no mínimo, as infrações designadas por ele (*designated categories of offences*).

O rol constante da Lei de Lavagem de Dinheiro, conforme dito anteriormente, não prevê todas as infrações relacionadas pelo organismo internacional. Não previa antes da revisão e, agora, com o acréscimo dos delitos fiscais, mais distante ficou da aplicação da Recomendação.

O Brasil vem contornando a situação até o momento, buscando o enquadramento das condutas não relacionadas na lei em atividade de organização criminosa para, assim, obter o reconhecimento da modalidade típica de lavagem de dinheiro. Todavia, isso nem sempre acontece e a impunidade ao delito acaba sendo o resultado.

Parte da doutrina vem afirmando que, para solucionar a questão, bastaria alterar o art. 1º da norma de modo a abranger toda infração penal como delito prévio, a exemplo do que ocorre em outras nações, como os Estados Unidos. Aliás, existe, inclusive, projeto de lei nesse sentido proposto no Poder Legislativo.

No entanto, a dificuldade se coloca quando se observa que ficariam equiparados como delitos antecedentes crimes graves, de menor potencial ofensivo e contravenções penais, sendo que essa última modalidade de infração penal sequer é apenada com pena de prisão.

O argumento é forte, mas deve-se sopesar o bem jurídico que o tipo incriminador do delito de lavagem de dinheiro visa proteger, que não é o mesmo do crime antecedente, como afirmam alguns. Na verdade, apesar da ausência de consenso com relação a isso, é razoável que se entenda tratar de um delito pluriofensivo, cuja incriminação visa tutelar a Ordem Socioeconômica e a Administração de Justiça.

Nesse sentido entende Braga (2010, p. 98-99), após análise das diversas correntes doutrinárias:

As considerações anteriores serviram-nos de apoio e fundamento para apresentar nosso raciocínio, no sentido de tratar-se aqui de um crime de natureza pluriofensivo, tendo então, o crime de lavagem de dinheiro, como objeto jurídico protegido, a Administração de Justiça e a ordem socioeconômica.

E, de fato, não há dúvidas de que a ordem socioeconômica é afetada com a instabilidade do sistema financeiro causada por fluxos de capitais de origens escusas e com a construção de verdadeiros impérios criminosos.

É evidente, também, que a Administração da Justiça é abalada pela ocultação dos bens oriundos do crime antecedente, por meio das condutas típicas da lavagem de dinheiro, dificultando a persecução penal e a punição de tais delitos.

Portanto, uma vez que o bem jurídico tutelado pela norma penal em tela é bem mais amplo do que apenas o do crime prévio, não existe razão para entender-se que a alusão à prática de “qualquer infração penal” como antecedente à lavagem de dinheiro seria incoerente, pela equiparação dos delitos de diversos níveis de gravidade.

Outro argumento contra a inclusão específica dos crimes contra a ordem tributária no rol do art. 1º da Lei nº 9.613, de 1998, apresenta-se na própria Exposição de Motivos da norma, em seu item 34,¹³ que aponta como obstáculo

13 “34. Observe-se que a lavagem de dinheiro tem como característica a introdução, na economia, de bens, direitos ou valores oriundos de atividade ilícita e que representaram, no momento de seu resultado, um aumento do patrimônio do agente.

à tipificação o fato de que no delito fiscal não há a agregação de valores novos ao patrimônio do sujeito ativo.

No caso da sonegação fiscal, o agente deixaria de pagar o que é devido e permaneceria com seu patrimônio inalterado, razão pela qual não seria viável enquadrar a conduta subsequente que tentasse ocultar os valores oriundos de tal delito como lavagem de dinheiro.

O que se percebe, no entanto, é que o legislador pátrio laborou equivocadamente, pois não existe a necessidade de que o crime de lavagem de dinheiro resulte em acréscimo ao patrimônio do agente, não sendo esse seu objeto material.

Já se tem entendido que o objeto material corresponde ao bem, ao proveito de origem ilícita em si, não sendo necessário que esse acresça ao patrimônio do agente.

Portanto, não há óbice no nosso ordenamento jurídico à reforma legislativa com vistas a crescer o crime fiscal como antecedente, ou mesmo a alterar o art. 1º de forma a estender os delitos prévios a toda infração penal.

Relevante ressaltar, que, em que pese o BCB, autoridade brasileira responsável pela regulamentação infralegal do Sistema Financeiro Nacional (SFN), ter sido diligente e reformulado rapidamente as normas acerca do tema,¹⁴ adequando-as às novas Recomendações do GAFI, somente isso não é suficiente

Por isso que o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal. Seria desarrazoado se o projeto viesse a incluir no novo tipo penal – lavagem de dinheiro – a compra, por quem não cumpriu obrigação fiscal, de títulos no mercado financeiro. É evidente que essa transação se constitui na utilização de recursos próprios que não têm origem em um ilícito.”

- 14 O BCB divulgou em sua página que “atualizou as normas sobre procedimentos a serem adotados pelas instituições financeiras na prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, atendendo ao compromisso internacional de implementar as recomendações do GAFI. As principais medidas são: a) A Circular nº 3.583, de 12 de março de 2012, determina que instituições financeiras não devem iniciar qualquer relação de negócio com clientes, ou dar prosseguimento a relação já existente, se não for possível identificá-lo plenamente. A norma também esclarece que políticas e procedimentos internos de controle, implementados pelas instituições financeiras no Brasil, devem ser estendidos às suas agências e subsidiárias situadas no exterior, devendo o BC ser informado sobre a eventual existência de legislação estrangeira que limite tal aplicação. b) A Circular nº 3.584, de 12 de março de 2012, dispõe que as instituições autorizadas a operar no mercado de câmbio no Brasil, com instituições financeiras do exterior, devem se certificar de que a sua contraparte no exterior tenha presença física no país onde está constituída e licenciada ou seja objeto de efetiva supervisão. c) A Carta-Circular nº 3.542, de 12 de março de 2012, amplia os exemplos de operações e situações que podem configurar indícios de ocorrências do crime de lavagem de dinheiro, os quais foram ampliados de 43 para 106, distribuídos em catorze categorias, que incluem o financiamento do terrorismo. A norma enriquece o elenco de operações ou situações que podem ser consideradas suspeitas ou atípicas, melhorando a qualidade das comunicações das instituições financeiras ao COAF. Com a adoção das medidas, a estrutura normativa do BCB estará plenamente alinhada às recomendações internacionais.” Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/textonoticia.asp?codigo=3444&IDPAI=NOTICIAS>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

para que o Brasil não corra o risco de ser incluído numa zona cinzenta de países pouco cooperativos.

Da mesma forma, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCLA), no âmbito do Ministério da Justiça, com a colaboração de diversos órgãos do governo, do Judiciário e do Ministério Público, tem se preocupado com as Recomendações do GAFI e tratou de elencar em suas Recomendações para 2012, entre outras, a necessidade de aprimoramento legislativo urgente, incluindo aí a tipificação do crime de terrorismo e organização criminosa¹⁵ constante no rol da lei em comento.

Porém, todo esforço que o Estado brasileiro está empreendendo para demonstrar-se cooperativo e confiável cai por terra se não houver a necessária revisão normativa.

Em breve, o Brasil será analisado pelo GAFI, e as consequências da verificação de sua não adequação normativa são potencialmente nefastas. Não só pelo abalo da imagem que vem se tentando construir, mas também, e principalmente, pelos reflexos na economia nacional. Já a comunidade internacional é desestimulada a realizar negócios com Estados não cooperativos ou pouco cooperativos.

6 Conclusão

O complexo arcabouço jurídico brasileiro é o maior empecilho para que a Lei de Lavagem de Dinheiro venha a se adequar às medidas recomendadas pelo GAFI.

Primeiramente, a divergência acerca do bem jurídico tutelado no art. 1º da Lei nº 9.613, de 1998, causa dificuldades e resistência quanto à alteração do rol

15 “Recomendação 02: Considerando a lesividade para o Estado Democrático de Direito e as graves consequências dos delitos de terrorismo, em todas as suas formas; Considerando que o processo de avaliação mútua do Brasil pelo GAFI, ora em andamento, entre as deficiências e vulnerabilidades apontadas, destacou a ausência da tipificação do terrorismo e seu financiamento; Considerando os catorze tratados ratificados pelo país, nos quais se comprometeu a tipificar e combater o delito de terrorismo; Considerando as Resoluções nºs 1267, 1269, 1333, 1363, 1373, 1390, 1452, 1455, 1526, 1566, 1617, 1624, 1699, 1730, 1735, 1822, 1904, 1988 e 1989, do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas; Considerando os riscos de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, em função da Copa 2014 e Olimpíada 2016; Considerando o papel crescentemente importante do país no cenário internacional, inclusive, reivindicando assento permanente no Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas; A ENCLA recomenda, em caráter de urgência, a tipificação do financiamento ao terrorismo e às organizações terroristas” (grifei). Página na internet do Grupo de Trabalho em Lavagem de Dinheiro e Crimes Financeiros (GTLD). Disponível no site: <http://gtld.pgr.mpf.gov.br/lavagem-de-dinheiro/enccla/docs/acoes_e_recomendacoes_enccla_2012.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2012.

de crimes antecedentes de forma a contemplar aqueles indicados pelo GAFI, incluindo os crimes fiscais.

Além disso, a própria Exposição de Motivos da norma apresenta óbice à inserção de crime tributário em seu elenco pelo fato de que nenhum aumento de patrimônio é obtido com o delito.

Consoante já foi esclarecido, nenhum desses argumentos merece prosperar, não existindo razão jurídica que fundamente tal resistência.

O importante é esclarecer que a permanência da Lei de Lavagem de Dinheiro da forma como está passará uma imagem ao referido organismo internacional diferente daquela que o Brasil vem tentando construir e, em que pese sejam as Recomendações em questão consideradas por muitos uma espécie de *Soft Law*, o fato é que sua não observância poderá resultar em prejuízo ao nosso país.

Pela postura adotada pelo próprio GAFI, que divulgou “lista negra” de Estados que sequer são membros, é evidente que o organismo objetiva que suas Recomendações sejam cumpridas por todos. Essa postura deixa transparecer que tais resoluções são, na verdade, uma espécie de *Hard Law*.

Atualmente, a forma de coerção internacional que mais frequentemente tem sido utilizada é a exclusão de um Estado do sistema, ou seja, esse Estado, em síntese, perderia direito a usufruir de benefícios comerciais. Trata-se de um bloqueio comercial pacífico, porém muito eficiente, pois potencialmente pode causar um verdadeiro desastre na economia do Estado excluído.¹⁶

Na medida em que o GAFI divulga lista de países não cooperativos ou pouco cooperativos (lista negra e cinzenta), já existem consequências comerciais indiretas para o Estado elencado, uma vez que é pouco recomendado realizar transações comerciais com empresas desse ente. Assim, indiretamente, já é sancionado o referido Estado.

Mas não se pode duvidar de que, no futuro, o aludido organismo internacional venha fazer uso da exclusão do Estado como forma efetiva de coerção ao cumprimento das suas Recomendações, razão pela qual a preocupação com a revisão da lei pátria se torna cada vez mais importante.

16 Para Accioly (2011, 453-460), existem seis espécies de soluções coercitivas de controvérsias internacionais: a retorsão, as represálias, o embargo, o bloqueio pacífico, a boicotagem e a ruptura das relações diplomáticas.

Referências

- ACCIOLY, Hidelbrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, G. E. Nascimento. **Manual de Direito Internacional Público**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e direito penal**. Tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.
- BRAGA, Romulo Rhemo Palitot. **O fenômeno da lavagem de dinheiro e o bem jurídico protegido**. Curitiba: Juruá, 2010.
- CONSERINO, Cassio Roberto; VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho; MAGNO, Levy Emanuel (Orgs.). **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2011.
- DE SANCTIS, Fausto Martin. **Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008.
- MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca Tigre. **Lavagem de Dinheiro** (Lavagem de ativos provenientes de crime) Anotações às disposições criminais da lei n. 9.613/98. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2004.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas S. A., 2006.
- MORO, Sergio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAMADIER, Voir Paul. **Conventions et recommandations de l'Organisation Internationale du Travel in Droit Social**. 1951.
- SILVA, César Antonio da. **Lavagem de Dinheiro. Uma nova perspectiva penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Escolha da Lei de Regência em Contratos Privados da Administração Pública Brasileira com Partes Estrangeiras

Danilo Takasaki Carvalho*

1 Introdução. 2 Normas cogentes e normas dispositivas na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. 3 A autonomia da vontade na Administração Pública. 4 Precedentes do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas da União sobre a matéria. 5 Conclusão.

Resumo

Busca fazer uma leitura crítica da legislação sobre a escolha, pelos órgãos da Administração Pública, da lei de regência de contratos internacionais, à luz da doutrina tradicional sobre a matéria. Com base em exame das normas aplicáveis ao assunto, dos argumentos tecidos pelos comentaristas brasileiros e dos julgamentos relevantes proferidos pelo Poder Judiciário e pelo Tribunal de Contas da União, conclui-se que é plausível a interpretação de que órgãos da Administração Pública brasileira possam escolher a lei de outro país como lei de regência dos contratos de direito privado firmados com partes estrangeiras, mesmo que sejam proponentes dos negócios jurídicos. Contudo, diante do estado atual da doutrina e da jurisprudência brasileiras, a escolha da lei estrangeira como lei de regência contratual, fora dos parâmetros estritos da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, parece envolver nível significativo de risco legal.

* Procurador do Banco Central desde 2006. Exerce a função de Procurador-Chefe da Coordenação-Geral de Consultoria em Regulação do Sistema Financeiro (Conor). Mestre em Direito (LSE, Reino Unido, 2011). Especialista em Contratos e Responsabilidade Civil (IDP, Brasil, 2009). Bacharel em Direito (USP, Brasil, 2004). As opiniões expressas neste trabalho não coincidem necessariamente com as posições do Banco Central do Brasil (BCB), de sua Diretoria Colegiada ou de sua Procuradoria-Geral.

Palavras-chave: Lei de regência. Contratos internacionais. Administração Pública. Risco legal.

Abstract

The paper aims to critically review the law on the choice of the governing law of contracts that are celebrated by Brazilian public entities with foreign parties, in light of the traditional doctrine on the issue. I examine the applicable law, analyses made by leading Brazilian commentators and relevant judgments proffered by the Judiciary Power and by the Federal Court of Auditing (Tribunal de Contas da União) to conclude that the choice of the law of a foreign country as the governing law of the contracts executed by the country's public entities with foreign parties should be considered legitimate. Nevertheless, the current state of the doctrine and judicial thinking indicates a significant level of legal risk in the adoption of the law of a foreign country as the governing law of a contract outside the strict parameters set out by the Brazilian Private International Law Act (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

Keywords: *Governing Law. International Contracts. Public Administration. Legal Risk.*

1 Introdução

A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB)¹ prevê que “[p]ara qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem” (art. 9º, *caput*) e que “[a] obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente” (art. 9º, § 2º).² Segundo entendimento de parte dos doutrinadores brasileiros (RODAS, 1985, p. 28-30; FRANCESCHINI, 1985, p. 137; ARAUJO, 1997, p. 104; DINIZ, 1999, p. 260),

1 Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

2 Art. 9º, *caput* e § 2º, da LINDB, *in verbis*: “Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. [...] § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.”

que se reproduz em número significativo de decisões dos tribunais pátrios, esses dispositivos são mandatórios. Isso significa, para esses juristas e magistrados, que os comandos do art. 9º da LINDB devem ser obrigatoriamente observados pelas pessoas domiciliadas no Brasil que celebrem contratos internacionais.

Sob uma perspectiva pragmática, isto é, a partir dos comandos de ação transmitidos pelas normas a seus destinatários (FERRAZ JR., 1986, p. 12-33), a interpretação dada por aquela parte da doutrina e da jurisprudência aos mencionados preceitos da LINDB permite aos sujeitos domiciliados no país que celebram negócios jurídicos internacionais as seguintes opções:

- a) firmar o contrato no país cuja lei desejam aplicar à relação jurídica (*lex loci celebrationis*);
- b) aplicar ao contrato a lei do país em que se encontra a parte estrangeira, caso seja ela a proponente do negócio;
- c) aplicar ao contrato a lei brasileira, caso seja a parte brasileira a proponente da avença.

Ainda segundo essa interpretação dada ao art. 9º da LINDB, em uma negociação internacional, para escolherem a lei de um país diferente daqueles em que se encontram domiciliadas, as partes deveriam assinar o instrumento no território desse terceiro país, celebrando o contrato “entre presentes”. Caso contrário, em se tratando de contrato “entre ausentes”, isto é, quando a assinatura não se dá no mesmo local, a escolha da lei recairia sobre o país de residência do proponente. (RODAS, 1985, p. 29; DINIZ, 1999, p. 267-268; AMARAL, 2004, p. 225).

O presente trabalho pretende fazer uma crítica à mencionada posição da doutrina e da jurisprudência sobre o art. 9º da LINDB, de 1942, buscando lançar novas luzes sobre o tema. Será dado enfoque à hipótese de eleição de lei estrangeira em contratos internacionais celebrados pela Administração Pública, especificamente em contratos de direito privado da administração.³ Nesse passo, serão examinados os fundamentos e os requisitos para que entidades de direito público possam adotar lei de outro país para reger as obrigações por elas assumidas em contratos internacionais, independentemente do local do domicílio do proponente.

3 Sobre a distinção entre contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração Pública, cf. as obras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 245-249), Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 567-568), Marçal Justen Filho (2006, p. 283-284 e 308-310) e Fernanda Kellner de Oliveira Palermo (2008, p. 103-132).

O estudo é apresentado por meio do seguinte roteiro. Na próxima seção, é examinada a consistência dos argumentos que sustentam que as regras do art. 9º da LINDB têm força cogente. Na seção 3, são explorados os contornos do exercício da autonomia da vontade pela Administração Pública nos referidos contratos de direito privado, para, na seção anterior à conclusão, serem apresentadas decisões precedentes do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas da União (TCU) sobre a escolha da lei estrangeira.

2 Normas cogentes e normas dispositivas na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro

A *quaestio juris* fundamental a ser apreciada neste trabalho diz respeito ao grau de liberdade que tem a Administração Pública para adentrar relações jurídicas contratuais regidas por lei estrangeira.

Preliminarmente, porém, faz-se necessário delimitar essa questão de forma mais precisa, pois os termos do parágrafo anterior podem dar a entender que se está a estudar qualquer relação jurídica contratual da qual participe a Administração Pública. As avenças às quais se dirige este trabalho são estritamente aquelas em que **não** existe poder de sujeição ou supremacia da Administração sobre sua contraparte, ou, como denominado pela doutrina, sobre os **contratos de direito privado da Administração**, nos quais predomina o regime jurídico de direito privado. Assim sendo, neste trabalho não serão abordados os **contratos administrativos**, no sentido técnico do termo.⁴

Feita a delimitação do problema, duas etapas de raciocínio parecem ser necessárias para o alcance de uma proposta de solução:

- a) definir qual é a força vinculante do dispositivo da LINDB, de 1942, que cuida da aplicação de lei estrangeira aos contratos. A saber, trata-se de norma cogente, portanto imperativa, ou de norma dispositiva, que possibilita às partes dispor livremente sobre a matéria?
- b) respondida essa questão, descobrir em que medida um ente da Administração Pública pode exercer seu poder de disposição, tendo em vista os ditames constitucionais e legais.

4 Cf. nota de rodapé anterior.

Independentemente da perspectiva filosófica que fundamenta a organização humana em sociedade e, a partir daí, legitima a existência do poder político e seu exercício por alguns indivíduos, que apresentam uma entidade coletiva – chamada convencionalmente, desde o fim da Idade Média, de Estado –, essa entidade, como titular de um poder soberano, tem capacidade para compelir os indivíduos que compõem a comunidade que lhe é subordinada à observância de regras de comportamento por ela definidas.

Esse poder de estabelecer as regras comportamentais ou de “dizer o direito”, todavia, sujeita-se sobretudo a limites espaciais, encontrando-se restrito ao território no qual se situa o Estado e, portanto, não se aplicando além de suas fronteiras (DINIZ, 1999, p. 15), ressalvadas exceções em determinadas matérias.⁵

As regras de direito estabelecidas por um Estado, para valerem e serem observadas em seu território, porém, não são sempre imperativas ou **cogentes**, impondo ou proibindo comportamentos às pessoas e, assim, impedindo essas últimas de afastar a incidência de ditas normas conforme disponham em negócios privados. Embora, como relata Pontes de Miranda (1970, p. 56), assim tenha sido “nos primeiros tempos”, o direito que se observa em época contemporânea contém traços cada vez mais marcantes de “supletividade” ou “dispositividade”, deixando aos interessados o poder de afastá-lo, caso queiram (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 56).

Tem-se, portanto, no primeiro caso (o das **normas cogentes**), a sujeição incondicional dos interessados à incidência e aos efeitos dessas regras, independentemente de suas vontades. No segundo, o das **normas dispositivas**, sua incidência ocorre sempre que as partes sejam omissas no tratamento do assunto sobre o qual dispõem as normas, o que equivale a dizer que os interessados podem, desde que o façam expressa ou implicitamente, estabelecer regras próprias, mais adequadas à consecução de seus interesses.⁶

É possível dizer, portanto, que, na presença de normas dispositivas, as partes de um negócio jurídico têm a liberdade de traçar o regime jurídico que esperam ver respeitado na transação ou, igualmente, têm a faculdade de dispor, entre

5 Cf., a exemplo, os arts. 5º e 7º do Código Penal Brasileiro, de 1940.

6 Essa descrição seria também aplicável às normas interpretativas, isto é, àquelas que somente incidem se há dúvida a respeito do sentido daquilo que estabeleceram as partes, ou seja, às normas que, embora admitam o exercício da vontade dos sujeitos, não aceitam que esse exercício seja lacunoso, ambíguo. Cf., sobre o assunto, Pontes de Miranda (1970, p. 58-61).

elas, diferentemente do que estipula a norma posta. Em não o fazendo, por outro lado, incide a norma dispositiva.

A seu turno, o exercício dessa liberdade de dispor sobre matérias não afetas a normas cogentes reside, em essência, no reconhecimento da **autonomia da vontade**, instituto que, embora tenha sofrido críticas ao longo do século passado, ainda é presente na seara civilística, com gradação, sob o nome de liberdade de contratar (TENÓRIO, 1944, p. 211).

Portanto, é mister distinguir entre situações em que se está a tratar de normas cogentes e em que casos são as normas dispositivas. Especificamente para o propósito deste trabalho, é preciso averiguar se as normas extraídas do art. 9º, *caput* e § 2º, da LINDB, de 1942, são cogentes ou dispositivas.

Nessa tarefa, estamos com Serpa Lopes (1959, p. 23-24) e Cunha Gonçalves (*apud* SERPA LOPES, 1959, p. 24), que trazem luzes à questão com auxílio da *ratio legis* da norma, isto é, de seu **fim imediato**. Segundo esses autores, sempre que se estiver diante de uma norma cujo fim seja a tutela do interesse geral ou dos direitos fundamentais, ou a manutenção da estabilidade das instituições econômico-sociais vigentes, ter-se-á o *jus cogens*, e essa norma será **coativa**. Por outro lado, quando o intérprete se deparar com norma que tem por fim “interesses meramente individuais, derivados de convenções, suscetíveis de transmissão, renúncia e transação”, terá diante de si uma norma **dispositiva**.

Posto o critério, ao serem observados os preceitos constantes da LINDB, de 1942, percebe-se que, na parte que toca aos arts. 1º a 6º, as normas ali presentes são regras de sobre-direito, isto é, são regras que disciplinam as demais regras do ordenamento no que tange a sua vigência, eficácia e interpretação.⁷ Vale dizer que, devido à finalidade a que se destinam, parece tratar-se de regras imperativas, inafastáveis pelas partes de um negócio jurídico.

De outro lado, encontram-se nos arts. 7º a 17 da LINDB, de 1942, normas de direito internacional privado brasileiro (ESPÍNOLA; ESPÍNOLA FILHO, 1995, v. 1, p. 7; DINIZ, 1999, p. 5), ou seja, regras destinadas à resolução de conflito de leis no espaço, para os fatos jurídicos que apresentam conexão com ordenamentos divergentes e autônomos (DINIZ, 1999, p. 19). Em linha com o exposto acima sobre o critério traçado por Serpa Lopes (1959, p. 23-24) e Cunha

⁷ Segundo Maria Helena Diniz (1999, p. 3), as regras presentes nos arts. 1º a 6º “contêm normas emanadas do espírito da Constituição Federal, como, p. ex., as atinentes à publicação e à obrigatoriedade das leis.”

Gonçalves (*apud* SERPA LOPES, 1959, p. 24), os textos dos citados dispositivos de direito internacional privado precisam ser interpretados para que se possa verificar se se está a tratar, conforme o caso, de normas cogentes ou de normas dispositivas. Nesse sentido, a exemplo das primeiras, pode-se citar a regra posta no *caput* do art. 7º, que dispõe sobre a personalidade e alguns direitos a ela associados, bem como sobre direitos de família – assunto que é objeto dos §§ 1º a 3º, que contêm regras atinentes ao casamento –, e as normas constantes dos arts. 8º e 10 a 17, para citar as mais evidentes.

Por sua vez, é possível encontrar norma dispositiva no art. 9º da lei, especialmente no que tange às obrigações **convencionais**, isto é, obrigações oriundas de negócios jurídicos, em que a vontade das partes parece atuar por excelência.⁸ Nesse tocante, excluídas as questões relativas à capacidade para contratar e aos vícios do consentimento, cuja disciplina prende-se às condições de manifestação da vontade e, portanto, não se sujeitam à disponibilidade dos agentes, entende-se que a essência (ou substância) e os efeitos de obrigações convencionais, nelas incluídas as obrigações contratuais, podem ser submetidos à lei que as partes elegerem para o negócio (*lex voluntatis*) (ESPÍNOLA; ESPÍNOLA FILHO, 1995, v. 3, p. 417-418).⁹

A determinação da lei aplicável às obrigações por meio do recurso à vontade das partes também parece se sustentar em outras bases científicas de direito internacional privado, segundo Cereti (1940, p. 695-696 *apud* ESPÍNOLA; ESPÍNOLA FILHO, 1995, v. 3, p. 417). Isso porque, ao contrário dos direitos das pessoas, como a cidadania e o domicílio, e os das coisas, “a obrigação não pode ser localizada no espaço, não encontra uma relação de conexão segura e constante com uma lei determinada”. (CERETI, 1940, p. 695-696 *apud* ESPÍNOLA; ESPÍNOLA FILHO, 1995, p. 417). Portanto, ainda conforme o pensamento de Cereti, nas relações jurídicas derivadas de fatos voluntários das pessoas, os elementos de conexão só poderiam ser propriamente encontrados nos atos que

8 A referência às obrigações **convencionais** é necessária, pois, em se tratando de obrigações *ex lege*, isto é, obrigações decorrentes diretamente da lei, seus efeitos são dados inexoravelmente pela própria lei, à revelia da vontade do obrigado. Dentre essas obrigações incluem-se as oriundas de delitos, quase-delitos e quase-contratos, como é o caso da gestão de negócios e da repetição do indébito. Nesses casos, via de regra, o direito aplicável é aquele do local em que se originou a obrigação, tendo em vista a essencialidade desse direito para a própria formação da obrigação (ESPÍNOLA; ESPÍNOLA FILHO, 1995, v. 3, p. 388-403).

9 No mesmo sentido, cf. o que expõe Oscar Tenório (1944, p. 210-211), que defende ser admitido o exercício da autonomia da vontade ante o art. 9º da LINDB, de 1942, embora o dispositivo não o preveja expressamente, como o fazia o art. 13 da antiga Introdução ao Código Civil, que acompanhou o Código de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916). Na mesma linha, Serpa Lopes (1959, p. 201) reconhece a liberdade de escolha da lei de regência dos contratos.

materializam a sujeição da vontade dessas pessoas a uma lei determinada, tais como os instrumentos contratuais por elas firmados.

Contudo, a referida liberdade para a escolha da lei aplicável aos contratos, presumivelmente presente no art. 9º da LINDB, de 1942, não é absoluta. A mesma doutrina que a admite registra importante ressalva de que devem ser respeitadas as regras imperativas do lugar onde for constituída a obrigação (TENÓRIO, 1944, p. 209-210; SERPA LOPES, 1959, p. 201; ESPÍNOLA; ESPÍNOLA FILHO, 1995, v. 3, p. 418). Na prática, as partes em um contrato internacional poderiam eleger a lei de regência das obrigações ali constituídas, desde que não desrespeitassem as regras cogentes do local onde as obrigações se originaram. Assim, caso a lei do lugar onde se deu o surgimento da obrigação não admita a escolha de outra legislação, e semelhante comando for imperativo, não poderão as partes, validamente, proceder de outra maneira.

Para a questão estudada neste trabalho, como visto acima, trata-se de contratação impulsionada por entidade integrante da Administração Pública brasileira com pessoa domiciliada no exterior. A descoberta do lugar de constituição da obrigação, portanto, não se faz em consulta direta e exclusiva ao *caput* do art. 9º, mas por meio de seu § 2º, que indicará o mencionado lugar, em caso de contratação entre ausentes (DINIZ, 1999, p. 258-259). Preceitua o dispositivo, *in verbis*, que “[a] obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.” Dessa forma, sendo a proposta emitida pelo ente brasileiro às contrapartes estrangeiras, parece não restar dúvida de que a obrigação se reputará constituída no Brasil, devendo, assim, ser a lei brasileira observada no que tem de normas cogentes para que eventual eleição de lei estrangeira possa ser validamente aplicável ao contrato.

O raciocínio levado a efeito até aqui é consistente com as situações em que seja escolhida a arbitragem para a resolução de conflitos e disputas sobre o contrato. É que o § 1º do art. 2º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem), permite às partes “escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.”¹⁰ É dizer: as partes poderão escolher a lei de outro Estado para

10 Para um entendimento completo do dispositivo, cita-se integralmente o art. 2º da Lei de Arbitragem, de 1996: “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.”

reger e interpretar as obrigações de um contrato, para efeito do julgamento em sede arbitral, desde que as regras eleitas não violem os bons costumes e a ordem pública do país.

Em essência, embora a ordem pública não deva ser confundida com a força imperativa das regras jurídicas, percebe-se no direito pátrio que a escolha da lei estrangeira para reger contratos cujas obrigações sejam consideradas constituídas no Brasil está condicionada à observância do tripé composto de **normas cogentes**, **ordem pública** e **bons costumes**, conforme indica a interpretação sistemática dos citados art. 9º, *caput* e § 2º, da LINDB, de 1942, e art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem, de 1996.

3 A autonomia da vontade na Administração Pública

Se é possível afirmar, como feito acima, que o ordenamento brasileiro, em prestígio à autonomia da vontade, admite a eleição de lei estrangeira para reger contratos internacionais que tenham uma das partes residente ou domiciliada no país, cabe examinar até que ponto e em que condições pode uma entidade integrante da Administração Pública exercer sua liberdade de contratar, com vistas à adoção da legislação de outro Estado para os negócios jurídicos que celebra.

A questão é pertinente, pois, ainda que neste estudo se esteja a tratar de contratos de direito privado da Administração, isto é, de relações jurídicas em que o Estado brasileiro não se faz presente com seu poder de império, de sujeição, mas sim como um particular, em princípio em pé de igualdade com a contraparte, surge dúvida sobre a possibilidade de o administrador público agir de maneira diversa ao prescrito na regra legal, como é o caso do art. 9º e § 2º da LINDB, de 1942. A solução da dúvida parece apontar para a combinação do regime de direito privado a que está submetida a Administração nas contratações ora examinadas e a natureza disponível dos citados dispositivos da LINDB, de 1942. Nessa situação, portanto, a entidade estatal poderia contratar no exercício de suas prerrogativas, como se outro agente privado fosse, usando o espaço dado pelo ordenamento para o exercício da autonomia da vontade dos indivíduos. Não obstante, é pertinente registrar que o exercício da liberdade estatal de contratar não se faz tão livremente, eis que, em razão do princípio republicano,

deve o administrador pautar-se permanentemente pela preservação do interesse público, que se materializa nos princípios incrustados em nosso ordenamento, sobretudo na Constituição da República.

A esse respeito, ademais dos princípios inseridos no Título I do texto constitucional, é necessário observar aqueles constantes de seu art. 37, *caput*,¹¹ específicos para a atividade da Administração Pública. Diante, portanto, de prescrição de observância à legalidade, à impessoalidade, à moralidade, à publicidade e à eficiência, indaga-se como o administrador público pode exercer a liberdade de contratar no que toca à eleição de lei estrangeira. Tarefa árdua, se destinada a generalizações, a resposta à indagação pode ser formulada a partir da premissa de que a adoção da lei nacional seria a primeira e mais natural atitude, tendo em vista a maior familiaridade dos servidores do Estado brasileiro, inclusive dos serviços jurídicos, com suas próprias normas e a economia de recursos que, em tese, tenderia a produzir. Assim sendo, em primeiro lugar, para que essa premissa possa ser afastada, preferindo-se a lei estrangeira à nacional, deve haver razões de fato, passíveis de comprovação ou demonstração, de que a escolha da lei brasileira tornaria inviável ou por demais dispendiosa¹² a mesma contratação.

Atendido esse requisito, o ato de escolha da lei de outro Estado deve, em prestígio aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência, recair sobre um ordenamento capaz, a um só tempo, de bem **atender aos fins** buscados com a contratação, de **propiciar segurança jurídica** à Administração e de **reduzir os custos de transação** das partes, em razão de sua notoriedade e do conhecimento generalizado de suas regras pelos participantes do mercado. É o caso, por exemplo, da adoção da lei da Inglaterra e do País de Gales ou da lei do Estado de Nova Iorque, nos Estados Unidos da América, nas transações efetuadas nos mercados financeiros internacionais, tendo em vista a familiaridade dos profissionais de finanças e de direito com as regras daqueles ordenamentos, a suposta melhor preparação desses profissionais para resolver eventuais conflitos entre as partes e a tradicional predominância daqueles sistemas jurídicos como lei de regência dos negócios financeiros internacionais.

11 “Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]” (grifei)

12 O dispêndio aqui tratado pode referir-se, no caso de um contrato de empréstimo, por exemplo, às taxas de juros cobradas pelas instituições financeiras estrangeiras, que tenderiam a elevar-se em caso de imposição de observância à lei brasileira, uma vez que o conhecimento do sistema jurídico pátrio, que não é o de uma praça financeira tradicional, implica custos àquelas instituições estrangeiras, e esses custos são corriqueiramente incorporados aos juros cobrados pelo empréstimo.

4 Precedentes do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas da União sobre a matéria

Muito poucas são as decisões judiciais acerca do tema apreciado neste parecer, não tendo sido encontrada nenhuma sobre a questão específica de **eleição de lei estrangeira para reger contratos de direito privado da Administração**. Não obstante, das decisões do Poder Judiciário e do TCU encontradas, é possível ter visão de um panorama aproximado de como a questão seria enfrentada pelos tribunais e órgãos de controle brasileiros.

Em primeiro lugar, identifica-se antigo precedente do Supremo Tribunal Federal (STF),¹³ no qual é discutida a homologação de sentença estrangeira, que promovera a homologação de laudo arbitral que, a seu turno, com base em lei da Alemanha, julgara controvérsia contratual entre empresa brasileira e empresa suíça. No aresto, embora a questão sobre a escolha de lei estrangeira não seja enfrentada diretamente, a decisão é proferida sob a premissa de que seria regular a eleição de lei estrangeira de Estado distinto daquele em que as partes se encontram domiciliadas. Ademais, encontram-se duas decisões de tribunais do Estado de São Paulo,¹⁴ que, fundadas no princípio da autonomia da vontade, admitiram a possibilidade de as partes elegerem a lei de regência de suas relações jurídicas contratuais (BOLZANI; CARVALHO, 2007, p. 107-127).

Por sua vez, os precedentes jurisprudenciais que tratam de procedimentos de **arbitragem em contratos celebrados pela Administração Pública** não enfrentam questão atinente à escolha de regras para reger as obrigações entre as partes,¹⁵ o mesmo ocorrendo com as decisões proferidas pelo TCU.¹⁶ No que diz respeito às decisões desse órgão, deve-se ressaltar que os precedentes encontrados sobre o citado assunto versavam, em sua maioria, sobre adoção de juízo arbitral em **contratos administrativos**, não se enquadrando, portanto, no

13 SE-AgR 2.178-1-Alemanha, Rel. Min. Antonio Neder, Tribunal Pleno, julg. 8/11/1979.

14 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo (extinto), AI 1.247.070-7, 12ª Câmara, Rel. Juiz Beretta da Silveira, julg. 18/12/2003; Tribunal de Justiça de São Paulo, ACi 7.030.387-8, 24ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Salles Vieira, julg. 18/10/2007, DJE 13/12/2007. O citado julgado do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo foi apreciado pelo STJ no REsp 804.306-SP, mas não se abordou questão atinente à possibilidade de eleição de lei de regência, apenas de lei de foro, isto é, da escolha do foro competente para apreciar demandas entre as partes.

15 Cf., a exemplo, MS 11.308/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julg. em 9/4/2008, DJe 19/5/2008.

16 Cf. Decisão 286/1993, Rel. Min. Homero Santos, Plenário, julg. em 15/7/2003, DOU 4/8/1993; Acórdão 906/2003, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, Plenário, julg. em 16/7/2003, DOU 24/7/2003; Acórdão 537/2006, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Segunda Câmara, julg. em 14/3/2006, DOU 17/3/2006; Acórdão 1099/2006 – Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, julg. em 5/7/2006, DOU 10/7/2006.

objeto deste artigo, que se volta para os **contratos privados da Administração**.

Assim sendo, não obstante a plausibilidade da tese exposta nas seções anteriores, a ausência de pronunciamento do Poder Judiciário ou do TCU que se tenha debruçado sobre a eleição de lei estrangeira em um caso envolvendo contratos privados da Administração deixa algum nível de incerteza jurídica sobre o tema, mesmo que a solução de controvérsias dessas avenças esteja prevista para ocorrer em sede arbitral.

5 Conclusão

Conclui-se, portanto, em face do disposto na Constituição da República e no ordenamento infraconstitucional, que é plausível a tese segundo a qual as entidades de direito público podem firmar contratos de direito privado, com cláusula de regência por lei estrangeira, ainda que se encontrem na qualidade de proponentes dos negócios jurídicos. Em todo o caso, devem ser observadas as normas cogentes do ordenamento pátrio. Para esse fim, parece razoável exigir que haja razões de fato, passíveis de comprovação ou justificação, de que a escolha da lei brasileira tornaria inviável ou mais dispendiosa a contratação pretendida.

Não obstante, também é possível concluir que o sistema jurídico brasileiro, no estado atual de desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência, não dispõe de flexibilidade para a escolha de lei estrangeira como lei de regência de contratos entre ausentes com partes domiciliadas no exterior, sejam eles celebrados por particulares ou por entidades integrantes da Administração Pública. A solução prática encontrada pelos juristas tem sido a utilização da arbitragem. A possibilidade de a Administração Pública adotar a arbitragem em seus contratos e a controvérsia a ela relativa, contudo, não são abordadas neste trabalho.

Referências

- ARAÚJO, Nádia de. **Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BOLZANI, Juliana Bortolini; CARVALHO, Danilo Takasaki. Imunidades de bens de bancos centrais: a perspectiva brasileira. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**. Brasília, v. 1, n. 1, p. 107-127, dez. 2007.
- CERETI, Carlo. Título V. In: FEDOZI, Prospero; ROMANO, Santi (Coord.). **Trattato di diritto internazionale**. Padova: Cedam, 1940. v. 4.
- DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A lei de introdução ao código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. v. 1 e 3.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A Lei e o Foro de Eleição em Contratos Internacionais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos internacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. **Regime jurídico público e privado nos contratos administrativos: pontos de aproximação e afastamento**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral**. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

RODAS, João Grandino. Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos internacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Comentários à lei de introdução ao código civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959. v. II.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. **Revista de direito administrativo**. São Paulo, v. 248, mai./ago. 2008.

TENÓRIO, Oscar. **Lei de introdução ao código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944.

Direitos Fundamentais, Sigilo Bancário e Contas Públicas

Fernando Meneguetti Chaparro*

1 Introdução. 2 Princípio da publicidade e sigilo bancário. 3 Do direito ao sigilo bancário. 4 Do contraditório e ampla defesa. 5 Interpretação das normas constitucionais. 6 Considerações finais.

Resumo

Pretende-se abordar criticamente os processos judiciais que envolvem pedido do Ministério Público para que este tenha acesso a dados de contas bancárias, protegidos por sigilo, titularizadas pela União, pelos estados e pelos municípios, bem como pela Administração Indireta desses Entes, independente de prévia autorização judicial, evidenciando o conflito entre o princípio constitucional da publicidade e o direito ao sigilo bancário.

Palavras-chave: Sigilo bancário. Direitos fundamentais. Autorização judicial. Princípio da publicidade.

Abstract

It is intended to address critically the lawsuits involving the request of the Attorney General to have access to this data bank, protected by secrecy, securitized by

* Procurador Federal em Paranavaí/PR. Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (Unipar). Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Paranaense de Ensino.

the Union, states and municipalities, as well as the Administration of Indirect loved, regardless of prior judicial authorization, showing the conflict between the constitutional principle of publicity and right to bank secrecy.

Keywords: Bank Secrecy. Fundamental Rights. Judicial Authorization. Principle of publicity.

1 Introdução

Tornou-se constante o ajuizamento de ações civis públicas manejadas pelo Ministério Público com a finalidade de obrigar instituições financeiras a fornecerem dados de contas bancárias de titularidade da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, suas autarquias e fundações, sem prévia autorização judicial.

Recentemente, a título de exemplo, noticiou-se nos meios de imprensa a Ação Civil Pública nº 0000234-34.2011.4.05.8402, em trâmite perante a 9ª Vara Federal do Rio Grande do Norte (Subseção de Caiacó), proposta pelo Ministério Público Federal em face do Banco do Brasil S/A. O que se pretende na ação é a obtenção de acesso a dados bancários de entes públicos, independentemente de prévia autorização judicial. Nesses autos, foi deferida liminar, a fim de que o *Parquet* Federal livremente obtivesse dados bancários dos entes públicos domiciliados no âmbito daquela jurisdição federal.

Ao que parece, esta será uma conduta nacional do Ministério Público Federal e Estadual, tudo sob o argumento de preservação do interesse público na fiscalização dos Poderes Executivo e Legislativo. Desde já, é possível identificar princípios constitucionais em rota de colisão. Vale citar o dispositivo da decisão exemplificada:

Diante desse cenário, DEFIRO O PEDIDO DE LIMINAR para antecipar a tutela, determinando que o réu forneça os dados, incluindo documentos, relativos a movimentações de contas bancárias destinadas ao manejo de recursos públicos e geridas por entidades integrantes da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, sempre que requisitado pelo

Ministério Público Federal, sob pena de aplicação de multa diária no valor de R\$10.000,00, por cada requisição.

O tema já foi abordado, sob viés semelhante, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no Acórdão em Mandado de Segurança sob 22.801-6/DF, impetrado pelo Banco Central do Brasil (BCB) contra ato do Tribunal de Contas da União (TCU).

A origem da lide reside na recusa dos órgãos do sistema financeiro em atender as requisições do Ministério Público, sob a alegação da proteção do sigilo prevista na Lei Complementar (LC) nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Argumenta-se nas multiações civis públicas que o princípio da publicidade da Administração Pública (art. 37, CF/1988) deve sobressair em relação ao sigilo dos dados bancários dos entes públicos (art. 5º, X e/ou XII, CF/1988), haja vista o interesse maior da sociedade – no caso, representada pelo Ministério Público – no controle das contas públicas.

Já o C. STF ementou o acórdão da seguinte forma:

Mandado de Segurança. Tribunal de Contas da União. Banco Central do Brasil. Operações financeiras. Sigilo.

1. A Lei Complementar nº 105, de 10/1/2001, não conferiu ao Tribunal de Contas da União poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil. O legislador conferiu esses poderes ao Poder Judiciário (art. 3º), ao Poder Legislativo Federal (art. 4º), bem como às Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§ 1º e 2º do art. 4º).

2. Embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no art. 71, II, da Constituição Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário.

3. Ordem concedida para afastar as determinações do acórdão nº 72/1996 – TCU – 2ª Câmara (fl. 31), bem como as penalidades impostas ao impetrante no Acórdão nº 54/97 – TCU – Plenário. (STF – MS 22.801-6/DF – Rel. Menezes Direito – j. 17/12/2007 – unânime).

Inúmeras indagações exsurgem da presente contenda hermenêutico-constitucional, entre elas se o Estado-Administração é titular de direitos fundamentais; se é de natureza absoluta o princípio da publicidade da Administração Pública; a legitimidade do órgão do Ministério Público, sob a ótica constitucional, para acessar dados bancários livremente; a preservação do direito constitucional do contraditório e ampla defesa dos Entes Públicos interessados; a viabilidade – prática – da efetivação da ordem judicial que defere o pedido do Ministério Público.

2 Princípio da publicidade e sigilo bancário

Não há dúvida de que a publicidade da atuação do Estado na gestão da *res publica* é uma regra. Trata-se de compatibilização com o regime democrático, no qual todo o poder emana do povo, e, via de consequência, a sociedade – titular do poder – deve ter conhecimento do que se passa na atuação dos seus representados e de qualquer outro agente público. Não pode haver, segundo doutrina de escol, em um pretense Estado Democrático, o ocultamento de informações que interessam à coletividade, notadamente em relação àquele que é diretamente afetado pela omissão estatal (MELLO, 2009, p. 114).

O art. 37 da Lei Maior erigiu a publicidade a princípio constitucional. Deve a Administração Pública dos três Poderes, bem como dos demais órgãos estatais, na acepção lata, atuar com transparência e publicidade, oportunizando à sociedade e aos respectivos órgãos de controle o conhecimento dos atos praticados no exercício da função pública.

Tão significativo é o princípio da publicidade que a Constituição destina a um tribunal específico a competência para apreciar as contas dos administradores públicos e de todos aqueles que manejam com verba pública (art. 70), outorgando aos membros dos Tribunais de Contas direitos e garantias gozadas pelos membros do Poder Judiciário. Tamanho é o interesse do Constituinte na transparência da gestão pública que a prestação de contas é tema inserido no texto constitucional, incluindo a obrigação do Presidente da República de prestar contas, o qual, se faltar com esse dever, deve responder à Câmara dos Deputados.

Entretanto, o próprio Constituinte ponderou algumas situações nas quais estaria autorizado o silêncio sobre atos governamentais, com o intuito de resguardo da segurança do Estado ou da sociedade (art. 5º, XXXIII). A primeira leitura que se faz do arcabouço constitucional, pois, é a de que o princípio da publicidade, embora de relevância ímpar, não é absoluto. Aliás, não há direito absoluto no sistema jurídico brasileiro.

O rol de garantias e direitos fundamentais demonstra a assertiva. Existe o direito fundamental à vida, no entanto, em caso de guerra declarada, autorizada está a pena capital; se existe o direito à propriedade, esta deve ser exercida de forma sustentável, produtiva, sob pena de desapropriação; se o indivíduo tem direito à liberdade, pode ser preso, se cometer crime; se existe o direito à intimidade, também é constitucional o direito à liberdade de imprensa, e assim muitas outras situações supostamente antagônicas entre direitos constitucionais. O E. STF, em acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello, já enfrentou e consolidou o entendimento de que não há direito fundamental de caráter absoluto.

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16/9/1999, DJ de 12/5/2000)

Confirmando a interpretação, verifica-se que o Constituinte de 1988 (art. 55, valendo conferir também o art. 52, III, IV e XI; art. 66, § 4º) tratou de excepcionar a publicidade administrativa em outros pontos da relação Estado-Sociedade. Note que, em situação de máximo interesse social-democrático, o princípio

da publicidade não incide, basta visualizar o art. 55, § 2º, da Constituição, que autoriza aos deputados e senadores **decidir secretamente** sobre a perda de mandato de parlamentar, notadamente em caso de **falta de decoro**.

Trata-se de cláusula constitucional considerada de suma importância pelo STF, que chegou a julgar inconstitucional emenda de Constituição Estadual estabelecendo o voto aberto:

Emenda constitucional estadual. Perda de mandato de parlamentar estadual mediante voto aberto. Inconstitucionalidade. Violação de limitação expressa ao poder constituinte decorrente dos estados-membros (CF, art. 27, § 1º c/c art. 55, § 2º). (ADI 2.461 e ADI 3.208, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 12/5/2005, Plenário, DJ de 7/10/2005).

Fica resguardado o sigilo também nos processos administrativos de cunho disciplinar, para preservar a intimidade do investigado.

Destarte, o administrador público deve atuar com a máxima transparência, publicando seus atos em órgãos de imprensa, na internet, informando a sociedade sobre projetos relevantes (audiências públicas), apresentando relatório de atividades aos órgãos de controle externo e interno, prestando suas contas, enfim, propiciar meios para que a sociedade e os órgãos oficiais exerçam o controle da probidade e legalidade da administração. Esse é o objetivo. Somente quando houver proibição constitucional ou o ato administrativo praticado envolver a segurança do Estado e da sociedade deve-se manter o necessário sigilo.

3 Do direito ao sigilo bancário

A Constituição Federal protege com sigilo a comunicação de dados de propriedade do cidadão (art. 5º, XII). Alguns doutrinadores enquadram o sigilo bancário nessa expressão constitucional (CORRÊA, 2000, p. 165-210), enquanto outros entendem que o assunto seria mais bem encaixado na proteção da privacidade do indivíduo (inciso X), tratamento adotado pelo STF e também pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), na opinião de Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 428).

No entanto, a verdade é que ambos os incisos estão inseridos no rol dos direitos fundamentais (Título II) e individuais (Capítulo I) do texto constitucional. Mas, tratando-se de direitos do indivíduo previstos na Constituição, não há como se afastar do seguinte questionamento: o Estado, pessoa jurídica de direito público, é titular de direitos fundamentais? Ou, pelo contrário, é apenas o destinatário passivo dessas determinações constitucionais, respeitando e fazendo respeitar os direitos individuais dos cidadãos?

A primeira celeuma doutrinária residiu na dúvida se os direitos fundamentais seriam de titularidade apenas de seres humanos ou também de pessoas jurídicas, matéria que foi objeto de súmula de jurisprudência do STJ (Súmula 227). Silva (2009, p. 192-193) explica que há direitos inerentes à pessoa física (direito ao voto, normas sobre sistema prisional, p. ex.), bem como outros que somente se aplicam à pessoa jurídica (v.g. incisos XXIX, XVIII e XIX), um rol que lhes é comum, além de alguns que são supraestatais, afetos a todo ser humano (brasileiros, estrangeiros residentes ou não).

Os componentes do Estado Federal são classificados como pessoa jurídica de direito público interno: União, estados, Distrito Federal e municípios. É sabido também que os direitos e as garantias fundamentais têm sua gênese calcada na proteção do indivíduo contra os abusos estatais. Como, então, beneficiar o Estado com referida tutela de direitos?

Aprofundando o estudo, a primeira tese visível é a de que não há como negar, de forma absoluta, que o Poder Público seja destinatário de direitos fundamentais. Alguém sustentaria que a União, v. g., não detenha direito fundamental à propriedade de “seus” imóveis? Ou de “suas” reservas financeiras? Essa propriedade não merece a mesma proteção da qual desfruta o particular? Não há como sustentar que estados e municípios não possuam direito fundamental ao devido processo legal, ao juiz natural, ao direito de resposta e por que não ao dano moral à sua imagem? Nesse último caso, há precedente jurisprudencial recente, no qual a Advocacia-Geral da União (AGU) obteve a condenação, em segundo grau, de empresa de telefonia, em dano moral à imagem do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) – autarquia federal – pelo indevido corte de serviços telefônicos.

Não obstante, há doutrina abalizada que defende a inaplicabilidade de tratamento idêntico entre direitos fundamentais da pessoa jurídica e da pessoa

natural, entendendo que há possibilidade de restrição legislativa de direitos fundamentais de pessoa jurídica, tal qual ocorre com os estrangeiros não residentes no país (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 85).

Deve-se admitir, ademais, que o Estado possui facetas de órgão político-administrativo e também de pessoa jurídica. Ora atua calcado na relação de poder que mantém com a sociedade; outrora, no entanto, age como um ente privado, celebrando contratos de compra e venda, permutando, locando, enfim, praticando atos comuns às pessoas físicas e jurídicas, obedecendo, naturalmente, às regras específicas que lhe impõe a legislação administrativa.

A resposta está com Canotilho (2003, p. 423), pois ensina o mestre português que se deve avaliar a posição do Estado na relação concreta, se como Poder Estatal, ou na condição de pessoa jurídica comum, encetando negócios jurídicos inerentes a qualquer pessoa (negócio, processo administrativo, contrato etc.). Vale citar:

Por outro lado, a “natureza” dos direitos fundamentais não é, na Constituição de 1976, puramente individualista, prosseguindo certas pessoas coletivas de direito público interesses protegidos por direitos fundamentais específicos. Além disso, estas mesmas pessoas podem encontrar-se em “típicas situações de sujeição” e não numa posição de “proeminência” ou de “poder”. Assim, as universidades gozam de constitucionalmente de autonomia científica, pedagógica, administrativa e financeira (artigo 76º/2), sendo aceitável (mas trata-se apenas de uma posição de aceitabilidade) conceber esta autonomia como um direito fundamental e não como uma mera garantia constitucional.

[...].

Não é pelo fato de serem públicas que elas deixam de ser associações e, conseqüentemente, deixam de ser titulares de certos direitos fundamentais reconhecidos às pessoas coletivas (ex.: direito de propriedade, direito de defesa judicial, direito de petição e representação, direito de impugnação contenciosa de atos administrativos lesivos dos seus direitos e interesses, direito do bom nome e reputação).

É o fenômeno da irradiação dos direitos fundamentais para outras dimensões, deixando a clássica relação indivíduo-Estado para adentrar nas relações privadas: particular-particular e também Estado-indivíduo, quando o

interesse público garantido por direito fundamental for ameaçado por interesses meramente particulares.

Quando se pretende justificar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privatísticas, distanciando-se do clássico modelo cidadão *versus* Estado, reconhece-se que existem outras formas de poder além do soberano poder estatal. Sem dúvida, há corporações privadas atuando no mercado consumidor, *exempli gratia*, em franca desproporção jurídica relativamente aos consumidores, embora, formalmente, devam receber da lei tratamento isonômico. Nesse sentido, ensinam Dimoulis e Martins (2009, p. 98):

O reconhecimento do efeito horizontal parece ser necessário quando encontramos, entre os particulares em conflito, uma **evidente desproporção de poder social**. Uma grande empresa é juridicamente um sujeito de direito igual a qualquer um de seus empregados. Enquanto sujeito de direito, a empresa tem a liberdade de decidir unilateralmente sobre a rescisão contratual. Na realidade, a diferença em termos de poder social, ou seja, o desequilíbrio estrutural de forças entre as partes juridicamente iguais é tão grande que poderíamos tratar a parte forte como detentora de um poder semelhante ao do Estado. (grifei)

O reconhecimento da titularidade do Estado aos direitos fundamentais justifica-se pela evolução da sociedade. Se ao tempo da revolução francesa jamais se poderia cogitar de atribuir direitos fundamentais ao Estado, posto que a intenção da revolta era mesmo cessar abusos e indevidas intromissões estatais na esfera individual, atualmente, na vigência do Estado Social Democrático – que tem o aval para cada vez mais concretizar políticas públicas nas áreas sociais, econômicas, de saúde, segurança, o que não pode ser feito sem grande intervenção e em potencial conflito de interesses com particulares e órgãos de controle (Tribunal de Contas, Ministério Público, polícia, partidos políticos etc.) – não há como subtrair essa titularidade ao Estado, que, em última razão, é a sociedade.

Pertinente para estudo e reflexão citar o ensinamento sempre atual de Barbosa (2011, p. 65):

Não negueis jamais ao Erário, à Administração, à União, os seus direitos. São tão invioláveis, como quaisquer outros. Mas o direito dos mais

miseráveis dos homens, o direito do mendigo, do escravo, do criminoso, não é menos sagrado, perante a justiça, que o do mais alto dos poderes.

Reconhecida ao Estado a titularidade de direitos fundamentais, especialmente quanto ao direito ao sigilo da comunicação de dados, ou à privacidade desses dados, cumpre analisar se, no conflito de direitos desse jaez, tem eco constitucional a opção pela irrestrita aplicação do princípio da publicidade de dados bancários de entes públicos, em detrimento do sigilo outorgado pela Constituição.

4 Do contraditório e ampla defesa

Particular situação jurídico-processual tem se revelado na ação institucional do Ministério Público, cuja atuação pode se proliferar para outros órgãos (Defensoria Pública, associações, Poder Legislativo). Não há inclusão da União, estados, Distrito Federal, municípios e suas autarquias e fundações no polo passivo da demanda.

Portanto, os titulares da relação jurídica de direito material (sigilo bancário) não são sequer cientificados das ações, e mais, na hipótese de decisão liminar positiva, têm o direito violado sem a possibilidade do contraditório e ampla defesa, verdadeiro dogma do Estado Democrático de Direito.

A instituição financeira, depositária dos dados bancários, tem a obrigação legal de manter sigilo. Os titulares de contas bancárias podem renunciar a esse direito e naturalmente fornecer os dados ou autorizar os bancos para que forneçam seus respectivos informes bancários. Entretanto, quando há resistência da instituição financeira materializada na lide, inafastável é a participação processual do titular do direito ao sigilo, sob pena de a coisa julgada formada entre Ministério Público e instituições financeiras atingir a esfera individual de terceiros (art. 472, Código de Processo Civil – CPC) sem qualquer oportunidade de participação contraditória.

É que, na essência, os entes públicos acima citados não devem ser considerados terceiros, mas sim partes, já que o direito lhes pertence e o Estado-juiz não pode julgar a demanda de forma diversa em relação aos bancos e entes públicos. A tese jurídica é única: ou há direito ao sigilo ou não; ou o banco deve fornecer ou

não; se o banco está obrigado a revelar os dados, os titulares das contas bancárias também estão forçados a suportar essa decisão.

A relação contratual de depósito bancário envolvendo instituições financeiras e pessoas jurídicas de direito público é protegida pelo sigilo bancário. A ruptura desse sigilo é possível em hipóteses previstas em lei. Portanto, há um ponto comum entre todos os contratos de depósito bancário, que é o dever legal de sigilo. Daí porque existente litisconsórcio entre bancos e entes públicos, nos termos do art. 46, inciso II, do CPC: “os direitos ou obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito”.

Obviamente, o magistrado estará vinculado ao pedido. Se houver pedido de quebra do sigilo bancário “genérico” em contas da União, não haverá necessidade de se litigar contra estados, Distrito Federal e municípios, pois, embora a sanção jurídica seja a mesma – acessar dados bancários de contas públicas, sem prévia autorização judicial –, o pedido está restrito a contas da União.

Entretanto, postulando o Ministério Público Federal, por exemplo, acesso a contas bancárias de qualquer dos entes políticos, suas autarquias e fundações, visto existir inúmeros convênios federais de repasses de verbas públicas, sob fiscalização, todos os entes deverão compor a lide, pois se trata de litisconsórcio necessário (art. 47, CPC).

Nessas ações, destarte, deve o magistrado exigir do autor a inclusão dos demais legitimados passivos na lide, sob pena de extinção do processo, tudo para garantir o direito fundamental ao acesso à Justiça dos participantes da relação jurídica material. Ainda que exista o entendimento de que a falta de citação dos legitimados passivos acarrete a ineficácia da decisão para os ausentes, e não nulidade do processo, a boa técnica e o princípio da economia processual recomendam a inclusão de todos aqueles que possam ser atingidos pelo resultado da ação (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 175).

Como se trata de demanda com grande potencial multiplicador, os Ministérios Públicos Federal e dos Estados e do Distrito Federal devem se organizar para ajuizarem ações únicas e abrangentes (efetividade, economia, segurança jurídica), contra todas as instituições financeiras e a União, por exemplo, pelo Ministério Público Federal; e contra cada Estado, pelo Ministério Público Estadual, deixando somente as demandas municipais sujeitas à ações específicas do membro do *Parquet* local.

5 Interpretação das normas constitucionais

O primeiro aspecto do dispositivo sob estudo a se questionar é se admite a quebra do sigilo de dados bancários. O art. 5º, inciso XII, excepciona somente as comunicações telefônicas quanto ao sigilo, e tão somente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A restrição constitucional é explícita: somente se autoriza, por ordem judicial, a quebra do sigilo telefônico. A Constituição Federal, pois, já elegeu o direito que sofreria a restrição. Os demais direitos objeto da proteção fundamental não seriam atingidos nem mesmo por ordem judicial.

Eis aqui a importância de se distinguir o assento constitucional do sigilo bancário, se no inciso X ou no inciso XII do art. 5º. Esse último dispositivo autoriza apenas a interceptação de dados de comunicação telefônica. Embora já dito que o STF se posiciona pela primeira posição, necessário citar a justificativa do então Ministro do STF Nelson Jobim (*apud* FELDENS, 2002, p. 217-218), participante da Assembleia Nacional Constituinte:

[...] Estava-se protegendo a comunicação, o ato comunicacional é que se protegia e não o resultado do ato comunicacional. O que era absolutamente proibido e é absolutamente proibido pelo inciso XII, nem mesmo por autorização judicial, é a quebra da comunicação por correspondência, é a quebra da comunicação telegráfica, é a quebra da comunicação de dados, mas não está se protegendo o dado, ou seja, o resultado da comunicação. O que se veda é que alguém intercepte a correspondência, é que alguém intercepte comunicação telegráfica, é que alguém intercepte a comunicação de dados. Mas o texto constitucional autorizou a interceptação de uma delas só, que é a interceptação telefônica. Esta foi autorizada. Por que não autorizou as outras? Por uma razão muito simples e muito clara à época em que discutíamos o texto em 1988. É porque das quatro comunicações, a telefônica é a única que não deixa vestígios, em que o resultado da comunicação desaparece instantaneamente, porque não fica registro. Da comunicação por correspondência fica a correspondência, da comunicação por telégrafo fica o telegrama, da comunicação de dados ficam os dados, da comunicação telefônica não fica nada, só fica o registro, *v.g.*, de que Nelson ligou para Everardo e conversou com ele durante três minutos. É por isso, exclusivamente por isso, que o texto constitucional autoriza, e única e exclusivamente, a interceptação da comunicação autorizada pelo juiz [...]

Destarte, a melhor posição é a de que o sigilo bancário se encontra protegido pelo inciso X do art. 5º da Constituição Federal. As pessoas jurídicas também são destinatárias da proteção dos direitos da personalidade (vida privada). Os entes políticos são pessoas jurídicas de direito público, porém têm sua vida privada, embora em grau reduzido em relação às empresas particulares. Vida privada como sinônimo de autonomia na regulação de suas atividades administrativas e financeiras.

Nas contendas entre Ministério Público e instituições financeiras, o núcleo essencial argumentativo é o de que o princípio da publicidade deve inibir, na hipótese, o direito individual dos entes políticos da privacidade dos dados bancários. Essa privacidade, na realidade, não existe, já que a Constituição prevê o direito de os órgãos de controle obterem acesso a dados bancários, desde que por meio judicial, precedido, obviamente, de justificativa, tudo para manter equilibrado o princípio da separação de poderes e autonomia administrativa.

Embora possa parecer legítimo o pleito de acesso irrestrito do Ministério Público, não há eco constitucional e hermenêutico a sustentar o pedido e as decisões positivas que se multiplicam.

Como já visto, não existe direito absoluto na Constituição Federal, sendo que os direitos e as garantias fundamentais são previstos para serem cumpridos pelo Estado, porém não se nega a possibilidade de limitação de um pelo outro, em determinado caso específico, cabendo ao intérprete sopesar e ponderar valores e aplicar a melhor interpretação possível, a fim de preservar a máxima efetividade dos direitos constitucionais.

O sigilo dos dados bancários foi regulamentado, posteriormente à Constituição, pela LC nº 105, de 2001. Antes era tratado pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, recepcionada pela nova ordem constitucional.

Bem se vê da leitura da LC nº 105, de 2001, que o diploma regulamentou, integralmente, as hipóteses de quebra do sigilo bancário, disciplinando o **devido processo legal (judicial ou administrativo)** pelo qual o Estado relativizará o direito fundamental à privacidade e intimidade das pessoas.

Não há, pois, reserva absoluta de jurisdição para se obter acesso aos dados bancários. O legislador complementar estabeleceu, *numerus clausus*, os órgãos e as situações necessárias para se legitimar a invasão estatal na esfera privada. Em regra, cabe ao Poder Judiciário decidir sobre a liberação de acesso a dados

bancários. O legislador entendeu que o Poder Judiciário, imparcial e titular do poder jurisdicional, faria bem o papel de moderador na análise da presença, ou não, de indícios para se autorizar a quebra do sigilo, de modo que se preserva, de um lado, o direito fundamental do cidadão e, de outro, o interesse de órgãos estatais na investigação cível ou criminal.

Excepcionalmente, e considerando que todo o poder emana do Povo, a legislação também autorizou o Congresso Nacional – seja pela Câmara, seja pelo Senado, bem como eventualmente por comissões parlamentares de inquérito (CPIs), porém desde que a indicação pela quebra do sigilo seja aprovada em plenário – a obter, diretamente, dados bancários de instituições financeiras, sem a prévia chancela do Poder Judiciário.

O E. STF, apreciando caso semelhante, desautorizou o TCU a realizar quebra de sigilo bancário *sponte propria*. Trata-se do MS 22.801-6/DF, relator o Ministro Menezes Direito, j. 17/12/2007. No caso, o relator foi pragmático: se a lei que disciplinou a matéria mencionou somente o Poder Legislativo Federal e o Poder Judiciário como órgãos autorizados a deliberar sobre a autorização de divulgação de dados bancários, não há de se estender tal prerrogativa ao TCU:

Verifica-se, ainda, que a Lei Complementar em questão foi exaustiva acerca da matéria. Nessa hipótese, embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da Constituição Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação específica na lei que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia do sigilo bancário.

Verifica-se nos debates da votação que se abordou a posição do TCU como órgão auxiliar do Poder Legislativo. Portanto, deferir-se a pretensão da Corte de Contas seria inverter a ordem natural das coisas, já que o auxiliar deteria maior parcela de poder de investigação do que o Poder Legislativo, do qual é exigido decisão por maioria qualificada (plenário) para acessar dados bancários.

Esse mesmo raciocínio aplica-se ao caso dos pedidos do Ministério Público, posto que esse órgão não é Poder de Estado. Não foi contemplado pela lei

complementar (discussão democrático-social) como órgão autorizado a investigar, livremente, dados bancários. As decisões judiciais que autorizam essa prática proposta pelo MP subvertem o sistema constitucional de proteção das liberdades públicas, na medida em que defere a um membro isolado do *Parquet* o direito de oficiar para instituições financeiras e, livremente, sem qualquer fundamentação indiciária, acessar dados de contas bancárias dos entes públicos.

Uma simples interpretação sistemática do sistema constitucional-legal desbanca essa conclusão. Primeiro porque está se tratando de restrição a direitos fundamentais, e pedido ministerial e respectivas decisões alargam hipóteses de invasão a esses direitos, o que destoia da melhor exegese sobre o tema. Segundo porque a interpretação autêntica da norma constitucional, realizada pela lei complementar, estabeleceu que, fora do controle judicial, o Poder Legislativo Federal somente poderia ter acesso se houvesse amplo consenso, através de decisão plenária de suas Casas Legislativas ou de CPI instaurada, ao passo que se pretende atribuir a um membro do Ministério Público – que não detém legitimidade política – tal prerrogativa não prevista em lei.

É evidente que a hermenêutica jurídica não deve se ater somente ao texto da lei. Muito menos somente à lei. A Constituição Federal deve nortear o intérprete na resolução de conflitos aparentes de normas, ainda que de mesmo escalão, como, no caso, o direito do cidadão à publicidade da atuação do administrador público, ou, como bem disse Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 122-123), no direito fundamental à boa administração e o direito fundamental ao sigilo de dados bancários em contas estatais.

Barroso (1999, p. 147) explica que há limites para o processo interpretativo e que o operador do Direito deve considerar no estudo da norma jurídica duas situações, pois a análise da norma-princípio (aberta por natureza) não deve ser idêntica à norma-regra, de caráter fechado:

A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição.

As normas-princípio (ou simplesmente princípios) distinguem-se das normas-disposição (também referidas como regras) pelo seu maior grau de abstração e por sua posição mais destacada dentro do ordenamento.

São formuladas de maneira vaga e indeterminada, constituindo espaços livres para a complementação e desenvolvimento do sistema, por não se limitarem a aplicar-se a situações determinadas, podendo concretizar-se num sem número de hipóteses.

As normas-disposição, por sua vez, comparativamente às normas-princípio, apresentam um grau de abstração reduzido e têm eficácia restrita às situações específicas às quais se destinam.

É de bom alvitre ressaltar que, embora o princípio da publicidade não seja, explicitamente, declarado como um direito individual e fundamental, assim deve ser considerado, diante da disposição do § 2º do art. 5º (existência de outros direitos e garantias decorrentes dos princípios adotados pela Constituição). Canotilho (2003, p. 1271) ensina sobre a possibilidade do choque entre direitos fundamentais e bens jurídicos coletivos protegidos constitucionalmente:

Podem existir conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade. Não se trata de qualquer “valor”, “interesse”, “exigência”, “imperativo” da comunidade, mas sim de um bem jurídico. Exige-se, pois, um **objeto** (material ou imaterial) **valioso** (bem) considerado como digno de proteção, jurídica e constitucionalmente garantido. Nesta perspectiva, quando se fala em bens como “saúde pública”, “património cultural”, “defesa nacional”, “integridade territorial”, “família”, alude-se a bens jurídicos constitucionalmente “recebidos” e não a quaisquer outros bens localizados numa pré-positiva “ordem de valores”. (grifei)

Streck (2009, p. 259) doutrina:

I. As palavras da lei são constituídas de vagezas, ambiguidades, enfim, de incertezas significativas. Não é novidade, nem mesmo para a dogmática jurídica mais tradicional – que parcela significativa das palavras da lei são plurívocas. Mas isso não pode significar que cada intérprete possa atribuir os sentidos que mais lhe convierem. Daí a importância da hermenêutica.

O C. STF, antes mesmo da promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988, já sinalizara sobre a necessidade de os magistrados operarem com o devido cuidado em matéria de controle de constitucionalidade, acautelando-se ainda mais nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade das leis, pois

tal atitude, atualmente encarada por muitos com banalidade, constitui uma séria crise do Estado de Direito, pois macula a integridade do Poder Legislativo (produtor da lei), do Poder Executivo (sancionador da lei) e do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, valendo citar excerto de v. acórdão preferido na Representação nº 1.417-7/DF:

Mostrou Lúcio Bittercourt (Controle Jurisprudencial da Constitucionalidade das leis, 1949, p. 93) que essa regra de conciliação hermenêutica deixa raízes nos clássicos americanos, como *Cooley e Willoughby*, e na jurisprudência secular da Suprema Corte. É elementar, lê-se em julgado vetusto, que, se a lei é suscetível razoavelmente de duas interpretações, segundo uma das quais, seria inconstitucional, e válida, segundo a outra, o dever da Corte é adotar aquela construção que salve a lei do vício de inconstitucionalidade (187 US 197): “*if the statute is reasonably susceptible of two interpretations, by one of which it be unconstitutional and by other valid, it is our plain duty to adapt that construction which will save the statute from constitutional infirmity*”.

A presunção de constitucionalidade das leis exige que o magistrado, ao deixar de adotar uma norma que em tese é presumidamente compatível com a Constituição, como o é a questão da LC nº 105, de 2001, deve justificar cabalmente sua opção em contrariar a interpretação adotada pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. Se assim não agir, incide na gravíssima atuação como legislador positivo, na qual a interpretação do juiz se sobrepõe à do legislador, substituindo-se o querer do magistrado pelo querer da Casa de Leis. Deve se preservar, pois, o espírito da lei, interpretando a lei conforme a Constituição e não o contrário, conforme adverte Coelho (2009, p. 142): “[...] os tribunais devem comportar-se como legisladores negativos, anulando as leis contrárias à Constituição, quando for o caso, e jamais como produtores de normas, ainda que essa produção se faça por via interpretativa.”

Na verdade, o que vem ocorrendo é criação judicial do direito, sem lastro constitucional ou legal explícito. Novamente a lição de Coelho (2009, p. 149), com apoio em doutrina alienígena, concluindo que tais decisões configuram as denominadas sentenças manipuladoras:

Quanto às chamadas decisões **manipuladoras** ou **normativas**, assim se consideram as sentenças de aceitação em que a Corte Constitucional não se limita a declarar a inconstitucionalidade das normas que lhe são submetidas, mas, agindo como legislador positivo, modifica (= manipula) diretamente o ordenamento jurídico, adicionando-lhe ou substituindo-lhe normas, a pretexto ou com o propósito de adequá-lo à Constituição. Daí a existência das chamadas sentenças **aditivas** e **substitutivas**, como subespécies das decisões normativas ou manipuladoras. (grifei)

Embora a Constituição Federal não tenha disposto sobre restrição aos direitos previstos no art. 5º, X – restrição constitucional imediata –, nem mesmo previsto reserva de lei restritiva, diante da possibilidade de conflitos com o direito do Estado à ação fiscalizadora no âmbito fiscal e penal, legítima a edição de norma infraconstitucional não expressamente autorizada pela Constituição (CANOTILHO, 2003, p. 1.276-1.279).

O limite do direito fundamental é o início do direito do Estado em garantir outros direitos igualmente relevantes, entre eles a prevenção contra a sonegação fiscal, crimes econômicos, que refletem, ao final, na política de arrecadação de impostos e, por conseguinte, na realização de políticas públicas constitucionalmente asseguradas. Não existe, pois, direito fundamental ilimitado (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 148).

No caso, a LC nº 105, de 2001, que é restritiva ao direito fundamental à intimidade e à vida privada (direitos fundamentais sem reserva de restrição), logrou êxito em realizar a melhor ponderação de bens e valores possível, atribuindo a máxima efetividade das normas constitucionais, já que não inibiu a atuação de órgãos de controle (Tribunal de Contas, Ministério Público, sociedade etc.), porém deles exigiu um processo legal, consistente na prévia submissão da pretensão ao Poder Judiciário, repita-se, imparcial e detentor do poder jurisdicional, haja vista existir potencial lide entre o ente público titular da conta e o órgão ministerial, tudo com vistas a filtrar pretensões consideradas, de plano, ilegítimas, desproporcionais ou de conotação meramente política. Vale citar excerto do voto do Ministro Celso de Mello:

A efetividade da ordem jurídica, **a eficácia** da atuação do aparelho estatal e **a reação social** a comportamentos qualificados pela nota de seu desvalor

ético-jurídico não ficarão comprometidas nem afetadas, se se reconhecer aos órgãos do Poder Judiciário, com fundamento e apoio nos estritos limites de sua competência institucional, a prerrogativa de ordenar a quebra do sigilo bancário. Na realidade, a intervenção jurisdicional constitui fator de preservação do regime das franquias individuais e impede, pela atuação moderadora do Poder Judiciário, que se rompa, injustamente, a esfera de privacidade das pessoas, pois a quebra do sigilo bancário não pode nem deve ser utilizada, ausente a concreta indicação de uma causa provável, como instrumento de devassa indiscriminada das contas mantidas em instituições financeiras. (grifei)

Trata-se da aplicação do princípio da concordância prática ou harmonização, proposto por Canotilho (2003, p. 1.225):

O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.

O núcleo essencial do direito ao sigilo bancário e do direito à publicidade da Administração foi garantido pela construção legislativa. Da maneira como está, o sistema jurídico está equilibrado: não se pode presumir a atuação criminosa, de má-fé ou ímproba do administrador público, pois sobre ele repousa o princípio da presunção da legitimidade dos atos administrativos e da não culpabilidade. Porém, havendo a ocorrência de fato concreto que permita supor que os dados sigilosos sejam interessantes para investigação (quem decide é o Judiciário), autoriza-se a quebra e o caminho está livre para os órgãos controladores aprofundarem-se em suas atuações.

Note que até a investigação representativo-popular (CPI) exige um fato concreto (art. 58, § 3º, CF/1988) para ser iniciada: como, então, autorizar a um membro do Ministério Público ou da Câmara do TCU o acesso diuturno a contas públicas, sem um fato-base para investigar? Como conceber a órgãos auxiliares o superpoder de acessar dados sigilosos sem qualquer controle ou limite: quem

controlaria o MP ou o TCU, por exemplo? No ponto, o Min. Celso de Mello deixa julgado:

Na realidade, sem causa provável, não se justifica, sob pena de inadmissível consagração do arbítrio estatal e de inaceitável opressão do indivíduo pelo Poder Público, a *disclosure*, das contas bancárias, eis que, a decretação da quebra do sigilo não pode converter-se num instrumento de indiscriminada e ordinária devassa na vida financeira das pessoas.

Ainda utilizando de exemplo para demonstrar a inconsistência das pretensões e decisões judiciais, suponha-se que a União queira acessar dados financeiros de conta bancária em nome do Ministério Público da União junto do Banco do Brasil S/A (instituição financeira controlada pela União). Sem dúvida, deverá requerer judicialmente tal pretensão, e demonstrar ao Poder Judiciário o porquê de sua atuação, pois terá de afirmar algum fato-base (crime, improbidade, irregularidade, enfim, um ilícito) ocorrido na administração do Ministério Público, fato que por si só já é grave, porque existe a presunção de legitimidade dos atos administrativos.

O citado precedente do STF teve lapidar voto do Ministro Celso de Mello, que, de início, registrou:

Entendo, na linha de votos por mim proferidos no MS 21.729/DF, de que foi relator originário o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, e no Inq 2.245/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, **que não assiste**, ao Tribunal de Contas da União (tanto quanto ao Ministério Público), **o poder de requisitar**, por autoridade própria, **não só** ao Banco Central, **mas a qualquer** instituição financeira, **a quebra** do sigilo bancário. (grifei)

No que se refere à aplicabilidade da garantia do sigilo bancário aos entes políticos, na parte final do seu voto, o decano do STF **estendeu a proteção às entidades sujeitas à fiscalização do TCU**, ou seja, qualquer pessoa (física, jurídica, privada ou pública) que lide com verba federal (art. 70, parágrafo único, da CF/1988). Vale citar o escólio do Ministro:

Daí **entender**, com apoio nas razões que venho de expor e naquelas constantes do douto voto do eminente Relator, Ministro MENEZES

DIREITO, **que falece**, ao E. Tribunal de Contas da União, **poder para decretar**, sob uma perspectiva **eminente** constitucional, **a quebra** do sigilo bancário e de outros registros sigilosos referentes a pessoas ou entidades sujeitas à sua ação fiscalizadora. (grifei)

A titularidade de direitos fundamentais pelo Estado decorre da expansão administrativa e do fenômeno da pulverização da organização político-administrativa do Poder Público, bem como da autonomia que alguns órgãos detêm, entre eles, e principalmente, o Ministério Público e o TCU, que não raras vezes se posicionam em litígio contra órgãos e membros dos Poderes da República.

Não obstante a autonomia administrativa e financeira dos citados órgãos ou fragmentos (membros) do Poder Público, não há como atribuir-lhes, tal como têm feito inúmeras decisões judiciais, amplos e maiores poderes do que aqueles já estabelecidos pelo Legislador, sob pena de subversão da ordem jurídica e desrespeito à Constituição e ao Poder Soberano do Estado, na sua função legislativa, executiva e judiciária, posto que a esses próprios Poderes Políticos o Estado não outorgou tamanho direito de imiscuir-se na intimidade financeira de pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado.

6 Considerações finais

Do que foi exposto, pode-se concluir que:

- a) as pessoas jurídicas de direito público são titulares de direitos fundamentais;
- b) não há direito absoluto na Constituição Federal;
- c) o princípio da publicidade é imprescindível à boa Administração Pública, e a Constituição Federal prevê algumas medidas para efetivação desse cânone, notadamente o dever de prestação de contas;
- d) o direito ao sigilo bancário é garantido às pessoas jurídicas de direito público e não é absoluto, posto que a legislação autoriza a exposição das contas bancárias desde que obedecido o *iter* legalmente previsto (autorização judicial; autorização do plenário de uma das Casas do Congresso Nacional ou de CPI);

- e) a concessão de livre acesso (sem o crivo do Judiciário) aos dados bancários, para qualquer órgão ou pessoa, é contrária ao princípio da separação de poderes e atinge a autonomia administrativa conferida a órgãos do Poder Executivo;
- f) o Ministério Público ou outros órgãos autônomos não têm suprimido o direito de fiscalizar o Poder Executivo, porém continuam sob a chancela moderadora do Poder Judiciário;
- g) nas demandas envolvendo pedido de acesso às contas bancárias, independentemente de autorização judicial, é imprescindível a inclusão da pessoa jurídica de direito público no polo passivo da ação;
- h) a LC nº 105, de 2001, é norma restritiva de direito fundamental e ponderou adequadamente as hipóteses em que a privacidade individual possa ser relativizada, aplicando o princípio da concordância prática, já que garante o direito individual constitucional, e, ao mesmo tempo, não afasta a possibilidade de órgãos estatais terem acesso a contas bancárias, desde que justificadamente.

Referências

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU). Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=146133&id_site=1116>. Acesso em: 21 set. 2011.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Disponível em: <http://books.google.com/books?id=4SXbdpSart8C&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q=uni%C3%A3o&f=false>. Acesso em: 21 set. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo, Saraiva, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORRÊA, Luciane Amaral. O princípio da proporcionalidade e a quebra do sigilo bancário e do sigilo fiscal nos processos de execução. In: SARLET, Ingo (Org.). **A Constituição concretizada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FELDENS, Luciano. **Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **A Constituição e o Supremo**. Obra publicada pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 7 maio 2010.

A Intervenção da União nos Termos da Lei nº 9.469, de 10 de Julho de 1997

João Osvaldo Caporal Junior*

1 Introdução. 2 Aspectos dogmáticos e problemas relacionados à aplicação da norma contida no artigo 5º da Lei nº 9.469, de 1997: 2.1 Evolução histórica da legislação; 2.2 Requisitos e natureza: 2.2.1 A intervenção da Lei nº 9.469, de 1997: assistência ou amicus curiae? 2.3 Cabimento; 2.4 Submissão à coisa julgada; 2.5 Constitucionalidade. 3 Conclusão.

Resumo

O presente trabalho tem por objeto a intervenção especial da União nos moldes do art. 5º da Lei nº 9.469, de 1997. O plano metodológico da obra consiste em uma breve exposição da evolução legislativa que culminou na edição do dispositivo ora vigente. Depois, abre-se espaço a uma abordagem crítica do tema, com referências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da problemática envolvendo aspectos dogmáticos do instituto, definindo-lhe os requisitos, investigando a sua natureza, elencando hipóteses de cabimento e debatendo a sua constitucionalidade.

Palavras-chave: Intervenção anômala da União. Assistência. Princípio da adaptação do procedimento. Formalismo-valorativo.

* Procurador da Fazenda Nacional em Porto Alegre. Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da UFRGS.

Abstract

The present work has as its object the special intervention of the Union along the lines of art. 5º of Law n. 9,469/1997. The methodological plan of the work consists in a simple statement of legislative developments that culminated in the prevailing edition of the device. Then it comes a critical approach to the subject, with doctrinal and jurisprudential references about the problems involving the dogmatic aspects of the institute, with the definition of its requirements, investigation of its nature and a list of its assumptions, ending with a debate about its constitutionality.

Keywords: Anomalous Union Intervention. Assistance. Principle of change in procedure. Formalism-evaluative.

1 Introdução

A Lei Ordinária Federal nº 9.469, de 10 de julho de 1997, resultado da conversão da Medida Provisória nº 1.561-6, de 12 de junho de 1997, estatuiu uma espécie de intervenção de terceiros com fundamento apenas na qualidade das pessoas jurídicas de direito público envolvidas e independente da demonstração de existência de interesse jurídico na demanda.

Esse dispositivo, sobre proceder a uma relativa inovação no instituto da intervenção de terceiros, tornando despicienda a comprovação de interesse jurídico, tem sido objeto de severas críticas por parte da doutrina, circunstância revelada, inclusive, através da irônica consagração da denominação do instituto jurídico como intervenção “anômala” da União. Em contraponto, malgrado a posição doutrinária, que a enxerga como autêntica anomalia, sua aplicação vem encontrando espaço na praxe jurídica, conforme inúmeras decisões judiciais que dão amparo à intervenção da União com espeque no citado dispositivo de lei.

Neste trabalho, portanto, envidaremos esforços para examinar, desde um ponto de vista crítico, o instituto encerrado no art. 5º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 9.469, de 1997.

Inicialmente, pretendemos expor a evolução histórica da legislação relacionada à intervenção da União no direito positivo brasileiro, até

alcançarmos o atual estágio. Passaremos, então, à análise dos requisitos para a intervenção e examinaremos a questão da sua natureza jurídica. Posteriormente, será dado enfoque a aspectos tangentes ao cabimento, à submissão à coisa julgada e à constitucionalidade do preceito normativo, sempre com escoras na doutrina e na apresentação de alguns julgados que consideramos interessantes e adequados para demonstrar de que maneira o instituto vem sendo trabalhado na jurisprudência.

2 Aspectos dogmáticos e problemas relacionados à aplicação da norma contida no artigo 5º da Lei nº 9.469, de 1997

2.1 Evolução histórica da legislação

O art. 70 da Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, previa a intervenção da União nas causas em que figurassem, como autores ou réus, os partidos políticos e as sociedades de economia mista ou empresas públicas com participação majoritária federal, bem assim órgãos autônomos especiais e fundações criados por lei federal.

Muito se controverteu sobre a necessidade de deslocamento da competência para a Justiça Federal nas causas em que, embora originariamente processadas na Justiça Estadual, a União interviesse com base nesse dispositivo.

Após acesos debates, seguiu-se a publicação da Súmula nº 517 do Supremo Tribunal Federal (STF), segundo a qual “as sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal quando a União intervém como assistente ou opoente”.

Em 16 de novembro de 1972, o extinto Tribunal Federal de Recursos, ao apreciar o Conflito Negativo de Jurisdição nº 1.174/ES, decidiu, por unanimidade, que o art. 70 da Lei nº 5.010, de 1966, havia sido revogado com o advento da Constituição Federal de 1969.

Posteriormente, o mesmo tribunal editou a Súmula nº 61, com o seguinte teor:

Para configurar a competência da Justiça Federal, é necessário que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, ao intervir como assistente, demonstre legítimo interesse jurídico no deslinde da demanda, não bastando a simples alegação de interesse na causa.

O art. 70 da Lei nº 5.010, de 1966, posto não fora expungido do direito positivo pela Constituição de 1969, foi finalmente revogado expressamente pelo art. 7º da Lei nº 6.825, de 22 de setembro de 1980, que praticamente lhe repetiu a redação.

Firmou-se, então, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o entendimento de que a intervenção da União na qualidade de assistente apenas deslocava a competência para a Justiça Federal se estivesse comprovada a existência de interesse jurídico.

A Lei nº 6.825, de 1980, foi revogada pela Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, que, tirante excluir a previsão de possibilidade de intervenção da União em processos em que figurassem, como autores ou réus, os partidos políticos, não trouxe outras grandes inovações ao instituto, mantendo quase incólume a redação original.

Finalmente, a Lei nº 8.197, de 1991, foi revogada pela Lei nº 9.469, de 1997, que, ao introduzir, no parágrafo único do art. 5º, a possibilidade de intervenção da União e das demais pessoas jurídicas de direito público a despeito da presença de interesse jurídico, bastando a comprovação de potenciais reflexos de natureza econômica advindos da decisão judicial, implicou significativa modificação no sistema de intervenção de terceiros até então conhecido.

2.2 Requisitos e natureza

Eis a redação do art. 5º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 9.469, de 1997:

Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou réus, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.

Depreende-se da intelecção do preceito em destaque que a União, bem como as demais pessoas jurídicas de direito público (autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais), estão autorizadas a intervir em causas cuja decisão possa trazer-lhes consequências financeiras desfavoráveis, ainda que indiretas, caso em que estarão dispensadas de comprovar a existência de interesse jurídico.

O objetivo dessa intervenção é propiciar à União a prestação de esclarecimentos a respeito de questões de fato e de direito, sendo-lhe permitida, outrossim, a juntada de documentos e memoriais que reputar úteis ao deslinde da *quaestio vexata*.

A União e as demais pessoas de direito público estão licenciadas a interpor recurso, hipótese em que serão consideradas “partes” para fins de deslocamento de competência.

Há apenas um requisito legal que deflagra a possibilidade de intervenção especial da União e das autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais, a saber: a existência de lide pendente caracterizada pela potencial repercussão econômica prejudicial aos terceiros intervenientes da decisão judicial proferida no feito.

Como visto, a lei não erigiu como requisito a comprovação da existência de interesse jurídico que justifique a intervenção.

Entretanto, desde logo se diga que considerável parte de abalizada doutrina critica o instituto justamente por autorizar a intervenção à míngua da presença de interesse jurídico, que é aquele decorrente da

circunstância de a decisão da causa ser capaz de influir na situação jurídica do terceiro, como acontece, *v.g.*, no caso do sublocatário, que tem interesse jurídico em intervir na ação de despejo proposta em face do locatário-sublocador (art. 59, § 2º, da Lei nº 8.245/1991), porque a rescisão do contrato de locação importa na extinção da sublocação, por força do art. 15 da Lei nº 8.245, de 18/10/1991. (ARAÚJO FILHO, 2006, p. 88)

Os autores dividem-se quanto à definição da natureza jurídica do instituto previsto no art. 5º da Lei nº 9.469, de 1997, se seria uma espécie de assistente ou se poderia ser reputado como um exemplo de *amicus curiae*. Esse tema constituirá, pois, objeto do tópico seguinte.

2.2.1 A intervenção da Lei nº 9.469, de 1997: assistência ou *amicus curiae*?

A assistência (Código de Processo Civil – CPC, art. 50) é uma modalidade de intervenção *ad coadjuvandum*, em que o terceiro intervém em lide pendente com o objetivo de prestar auxílio a uma das partes, podendo ocorrer em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus da jurisdição. O assistente, em qualquer hipótese, recebe o processo no estado em que se encontra. Pode ser simples (art. 50, *caput*) ou litisconsorcial (art. 54).

A assistência simples caracteriza-se pelo fato de o assistente manter com o assistido relação jurídica suscetível de ser afetada, a depender do resultado da demanda. O assistente não possui, no entanto, relação jurídica alguma com o adversário do assistido.

Já a assistência litisconsorcial ocorre quando a sentença houver de influir na relação jurídica existente entre o assistente e o adversário do assistido; ou seja, nessa hipótese, o assistente possui interesse jurídico direto na causa, e não meramente reflexo.

A principal consequência prática da distinção entre as duas hipóteses de assistência está nos poderes outorgados a cada um dos tipos de assistente. O assistente simples atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido, *ex vi* do art. 54 do CPC. O assistente litisconsorcial, diferentemente, será considerado, em suas relações com a parte adversa, como litigante distinto, e os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros, nos moldes do art. 48 da lei adjetiva civil.

Cássio Scarpinella Bueno (2006, p. 216) entende cuidar-se de espécie de *amicus curiae*, expondo desta forma o seu pensamento:

A contextualização do instituto como *amicus curiae*, parece-nos, tem o condão de aclarar alguns dos desafios interpretativos sugeridos pelo dispositivo quando lido em seu conjunto. Quaisquer tentativas de enfrentá-lo fora desse contexto revela dificuldades insuperáveis de sistematização, além do evidente desconforto intelectual da ressalva de se tratar, fora do contexto que aqui propugnamos, de uma “assistência” que é anômala, que é *sui generis*,

que prescinde da demonstração de interesse jurídico e que, justamente por essas anomalias, assistência já não pode ser.

Nesse sentido, também, Athos Gusmão Carneiro (2003, p. 252) sustenta “que se trata de intervenção atípica, a título de *amicus curiae*, como as do art. 31 da Lei nº 6.385/1976, ou do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/1999”.

Leonardo José Carneiro da Cunha (2004, p. 623) não compartilha desse entendimento e professa que

o *amicus curiae* desponta como auxiliar da justiça, criado para contribuir com o aprimoramento técnico da decisão judicial, enquanto a intervenção anômala decorre de um interesse econômico da Fazenda Pública, que pretende ver o êxito de uma das partes.

Luiz Paulo da Silva Araújo Filho questiona o enquadramento da figura como hipótese de *amicus curiae* e sugere tratar-se de hipótese de intervenção incidental ou transitória, restrita ao incidente de apresentação de esclarecimentos. Afirma o professor fluminense (2006, p. 198):

Acreditamos que, aprofundando a ideia, o parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.469/1997 deva ser interpretado no sentido de que a participação processual das pessoas jurídicas de direito público, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo, para tanto, juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria, não caracteriza intervenção de terceiros permanente, na medida em que a pessoa jurídica de direito público não ingressa no processo como sujeito do contraditório instituído perante o juiz, não passa a ser parte, nem mesmo acessória. Ela simplesmente leva ao conhecimento do juiz, em seu próprio interesse, os esclarecimentos que reputa úteis, sem – repita-se – tornar-se parte efetiva do processo. Essa intervenção, portanto, segundo a distinção de Hernando Devis Echandia, é apenas incidental ou transitória e restringe-se ao curtíssimo incidente de apresentação dos esclarecimentos.

Comungamos da opinião perfilhada por Leonardo José Carneiro da Cunha no sentido de que a figura não pode ser classificada como uma espécie de *amicus curiae* na medida em que a pessoa jurídica de direito público intervém com o propósito prioritário de acompanhar o desfecho da causa e de prestar

esclarecimentos acerca de questões de fato e de direito, podendo fazê-lo com fundamento em interesse meramente econômico, o que torna a sua participação no processo necessariamente parcial, diferentemente do amigo da corte, cujo papel, por definição, é propiciar à sociedade civil, representada por intermédio de atores idôneos, a possibilidade de prestar, de alguma forma, uma contribuição para a formação dos provimentos jurisdicionais, conforme ensinamento de Daniel Ustárroz (2009, p. 381-382).

Ademais, a ausência de interesse jurídico não é suficiente para descaracterizá-la como modalidade de assistência, pois, até o advento da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, o ordenamento jurídico brasileiro convivia com uma previsão de assistência independente de comprovação da existência de interesse jurídico e que constituía exceção ao regime do art. 50 do CPC. Trata-se da norma entabulada no art. 30 do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, mais conhecido como a antiga Lei de Falências, que assim dispunha:

Art. 30. Aos credores que tenham apresentado a declaração de crédito de que trata o art. 82, ficam garantidos os direitos seguintes, desde o momento da declaração da falência:

I – intervir, como assistentes, em quaisquer ações ou incidentes em que a massa seja parte ou interessada.

No sentido do quanto vem sendo exposto, interessante acórdão do STJ esclarece que a figura colocada no art. 5º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 9.469, de 1997, possui a natureza de assistência simples, ou seja, cuida-se de intervenção *ad coadjuvandum*, submetida ao procedimento estipulado pelo art. 50 do CPC. No julgado em comento, destacou-se a inviabilidade de a União invocar o dispositivo com o objetivo de intervir em feito já transitado em julgado. Nessa hipótese, somente poderia discutir a justiça da decisão em processo autônomo, distinto daquele revestido pela imutabilidade da *res judicata*. Eis a íntegra do acórdão:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO C/C PERDAS E DANOS AJUIZADA CONTRA A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. ILEGITIMIDADE DA UNIÃO PARA MANEJAR RECURSO

DE APELAÇÃO. INAPLICÁVEL, NO CASO, O ART. 5º, *CAPUT* E § ÚNICO, DA LEI Nº 9.469/1997, PORQUANTO INEXISTENTE CAUSA PENDENTE (ART. 50, *CAPUT*, DO CPC) A JUSTIFICAR A INTERVENÇÃO NA MODALIDADE ASSISTÊNCIA SIMPLES. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. 1. Não se há falar em violação do art. 535 quando o Tribunal de origem se manifesta acerca de todas as questões relevantes e essenciais ao desate da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida. É de se notar que os dispositivos de que a recorrente pretendia prequestionamento diziam respeito ao mérito do recurso, circunstância que torna a análise despicienda, porquanto a apelação não foi sequer conhecida. 2. Nos termos do art. 5º, *caput*, da Lei nº 9.469/1997, “a União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais”. Por outro lado, o § único do mencionado artigo proclama que “as pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes”. 3. Portanto, não se está diante de hipótese de litisconsórcio necessário, nem mesmo de assistência litisconsorcial. O mencionado dispositivo, ao explicitar a finalidade da intervenção – para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer –, por exegese lógica, também deixa claro que se trata de intervenção *ad coadjuvandum*, ou seja, está-se diante de intervenção simples. Com efeito, conquanto a Lei nº 9.469/1997 autorize a intervenção da União em feitos dessa natureza, esta receberá o processo no estado em que se encontra (art. 50, § único, do CPC), não havendo cogitar-se em recurso contra decisões proferidas antes de sua participação. 4. Por outro lado, nos termos do *caput*, do art. 50, do CPC, para a admissão da intervenção de terceiros na modalidade assistência simples, é antecedente necessário a existência de causa pendente, vale dizer, causa cuja decisão não transitou em julgado, circunstância não verificada na espécie. Em realidade, a sentença contra a qual a União manejou apelação – sentença de liquidação por arbitramento –, há muito, transitara em julgado, inexistindo, com isso, o aludido requisito. 5. Vale dizer, portanto, que a União não pode recorrer em processo onde não havia sua intervenção

regular, porquanto o acórdão proferido em sede de liquidação de sentença já transitara em julgado, ficando-lhe ressalvada, contudo, a discussão futura quanto à justiça da decisão. 6. As matérias concernentes ao mérito do recurso restam prejudicadas. 7. Recurso especial não conhecido. (REsp 708040/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 9/3/2009)

É importante frisar que a legislação outorgou à União e às pessoas jurídicas de direito público legitimidade para interpor recurso, o que, *data venia* de opiniões contrárias, afasta totalmente a plausibilidade do argumento no sentido de que esta modalidade interventiva possa ser equiparada a um exemplo de *amicus curiae*.

Trata-se de hipótese de intervenção de terceiros por meio da qual as entidades legitimadas ingressam no processo na condição de assistentes em virtude de um interesse não necessariamente jurídico, mas de ordem econômica, e, no eventual caso de interporem recurso, a sua participação acarretará a modificação da competência.

Perscrutados os requisitos e estudada a natureza jurídica da intervenção do art. 5º da Lei nº 9.469, de 1997, cabe estudarmos alguns aspectos referentes ao cabimento da medida, aos efeitos da decisão proferida em feito em que a União interveio com esteio no dispositivo, bem como aferir a sua constitucionalidade.

2.3 Cabimento

A intervenção da União com fulcro no art. 5º da Lei nº 9.469, de 1997, é admissível em qualquer causa, mesmo que nela figurem particulares. É cabível no processo de conhecimento, à semelhança do que sucede com a assistência, em qualquer tipo de procedimento – ordinário, sumário e, também, nos procedimentos especiais – e em todos os graus de jurisdição.

Entretanto, quando está pendente apelação de sentença proferida pelo Juízo Estadual e o pedido de intervenção é protocolizado no Tribunal de Justiça, incumbe ao Tribunal Regional Federal (TRF) examinar o pleito e, se admitida a intervenção, prosseguir no julgamento da causa.

O aresto transcrito abaixo, sufragado em sede de recurso repetitivo, pôs fim à controvérsia que existia sobre a competência para analisar o pedido de intervenção deduzido somente após a prolação da sentença pelo Juízo Estadual.

Entendeu-se que, nessa hipótese, o feito deve ser remetido para o TRF com a finalidade de analisar o pedido e, somente se for o caso, prosseguir no julgamento, sem a anulação automática da sentença proferida pelo juiz estadual.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. DISCUSSÃO RELATIVA AO EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE O CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO PROPOSTA APENAS CONTRA A ELETROBRÁS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. PEDIDO DE INTERVENÇÃO NO FEITO FORMULADO PELA UNIÃO APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA. ART. 5º, DA LEI 9.469/1997 E 50, DO CPC. DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA PARA O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL PARA APRECIACÃO DO PEDIDO DE INTERVENÇÃO E JULGAMENTO DOS RECURSOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC. 1. Demanda envolvendo questões referentes ao empréstimo compulsório sobre energia elétrica proposta unicamente contra a Eletrobrás, perante a justiça estadual. Na hipótese, a União requereu o ingresso no feito, com fundamento nos artigos 5º, da Lei 9.469/1997 e 50, do CPC, após a prolação da sentença pela justiça estadual. 2. No que se refere à competência para dirimir questões referentes ao empréstimo compulsório sobre energia elétrica, a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido que a competência da justiça federal é definida em razão das partes litigantes e não da matéria em discussão, de sorte que, sendo a demanda proposta unicamente em desfavor da Eletrobrás, a competência para sua apreciação é da justiça estadual, ao passo que, ingressando a União no feito, a competência passa a ser da justiça federal, por força do que determina o artigo 109, inciso I, da Constituição Federal. 3. O pedido de intervenção da União realizado após a prolação da sentença enseja tão somente o deslocamento do processo para o Tribunal Regional Federal, para que examine o requerimento de ingresso na lide e prossiga (se for o caso) seu julgamento, sem a automática anulação da sentença proferida pelo juízo estadual. 4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ. 5. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a manutenção da sentença de primeiro grau e a remessa dos autos para o competente TRF, a fim de que se proceda à apreciação do pedido de intervenção da União e, se aceite, se realize o julgamento das apelações. (REsp 1111159/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Seção, DJe 19/11/2009)

Deve-se observar como critério para seu cabimento a compatibilidade com o rito e com a amplitude da cognição do juiz. Assim, não tem cabimento nos Juizados Especiais Cíveis, em face da vedação constante no art. 10 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e porque se trata de rito que privilegia os princípios da celeridade e da economicidade processuais.

Nos casos em que a cognição é limitada, também não tem lugar a intervenção especial da União, em razão da incompatibilidade da exigência da prova pré-constituída com a possibilidade de o interveniente juntar documentos e memoriais a fim de esclarecer questão de fato ou de direito.

Assim, é inadmissível a intervenção da União com base no art. 5º da Lei nº 9.469, de 1997, em sede de mandado de segurança. Isso porque a faculdade de juntar documentos e apresentar memoriais ordena o rito do *mandamus* e, à toda evidência, não se compagina com um de seus pressupostos constitucionais, que é a existência de direito líquido e certo, cuja principal característica é a possibilidade de comprovação de plano mediante documentação idônea capaz de solapar a presunção de legitimidade dos atos administrativos. Note-se, ainda, que, em obséquio ao princípio do contraditório, uma vez que a participação da União implicasse a juntada de documentos, seria de rigor que o juiz abrisse vista à outra parte, elastecendo para além do recomendável o prazo de tramitação do processo.

A jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido da inviabilidade da intervenção da União com base no art. 5º da Lei nº 9.469, de 1997, em sede de mandado de segurança, mas sob o fundamento de que o referido preceito não seria aplicável ao rito disciplinado pela Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.

PROCESSUAL – MANDADO DE SEGURANÇA – INTERVENÇÃO – PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO – LEI 9.469/1997, ART. 5º. O art. 5º, Parágrafo Único da Lei 9.469/1997 não alcança o processo de Mandado de Segurança. Bem por isso não é lícito às pessoas jurídicas de direito público invocarem o permissivo nele contido, para intervirem em tais processos. (EDcl no AgRg no MS 5690/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Seção, DJ 18/3/2002, p. 164)

Entretanto, a singeleza deste argumento não soa plausível, por si só, para justificar a não admissão da intervenção no *writ of mandamus*, conforme analisado alhures.

Nesse sentido, Leonardo José Carneiro da Cunha (2007, p. 164-165) explicita os fundamentos que o levam a concluir pelo não cabimento da medida incidentalmente ao mandado de segurança:

À evidência, não parece ser realmente cabível, no mandado de segurança, a intervenção anômala prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.469/1997. A impropriedade dessa intervenção, no rito do remédio constitucional, não decorre da impossibilidade de se aplicarem as regras próprias da legislação comum, pois as disposições do procedimento ordinário aplicam-se, subsidiariamente, a qualquer procedimento especial (CPC, art. 272, parágrafo único).

Na verdade, o que impossibilita a intervenção anômala no mandado de segurança é a circunstância de, por meio dela, a pessoa jurídica de direito público poder esclarecer questões de fato e de direito e, sobretudo, juntar documentos e memoriais reputados úteis ao desenleio da controvérsia. Ora, a juntada de documentos e de memoriais pode ordenarizar o rito do mandado de segurança, atingindo um de seus requisitos constitucionais, que é, justamente, o direito líquido e certo, cujo significado está relacionado com a comprovação de plano ou mediante documentos pré-constituídos das alegações feitas pelo impetrante. É que, no mandado de segurança, a cognição, embora exauriente, é realizada *secundum eventum probationis*, cabendo ao impetrante elidir, desde logo, a presunção de legitimidade dos atos administrativos, com prova documental pré-constituída.

Admitir, no mandado de segurança, a intervenção fundada no parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.469/1997 poderia, como visto, gerar uma ordenarização do rito específico do remédio heroico. Com efeito, aceita a intervenção anômala, a pessoa jurídica de direito público poderia juntar documentos e memoriais reputados úteis ao caso. Em acendrada obediência ao princípio do contraditório, deve o juiz dar ciência à parte contrária da juntada do documento, facultando-lhe a oportunidade, num prazo designado, de sobre ele manifestar-se. Haveria, realmente, desvirtuamento no trâmite processual do mandado de segurança, com dilações incompatíveis com a celeridade que decorre de sua dignidade constitucional.

Tudo isso leva a crer, portanto, não ser possível, no mandado de segurança, a intervenção anômala prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.469/1997.

Uma vez que a União atravessa petição requestando o seu ingresso no feito com supedâneo no art. 5º da Lei nº 9.649, de 1997, o magistrado é obrigado a analisar o pleito, sob pena de nulidade. O STJ acolheu questão de ordem no sentido de determinar a devolução dos autos à origem, para a apreciação do requerimento.

PROCESSUAL CIVIL. QUESTÃO DE ORDEM. PLEITO DE INTERVENÇÃO. NECESSIDADE DE APRECIÇÃO. DILIGÊNCIA. 1. Nos termos do artigo 5º da Lei nº 9.469/1997: “A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais”. 2. A ausência de pronunciamento sobre postulação da entidade pública nesse sentido impõe a devolução dos autos à instância ordinária para esse fim. 3. Questão de ordem acolhida. (REsp 919.427/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJe 9/6/2009)

Aceita-se a intervenção especial da União na ação rescisória, conforme entendimento do STJ.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 5º, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC. INTERVENÇÃO. ADMISSÍVEL. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA AFASTADA. TERMO INICIAL. PRAZO. TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 495 DO CPC. Em face do disposto no art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/1997, admissível a intervenção do Estado do Rio de Janeiro como assistente no feito, independentemente da demonstração de interesse jurídico. Nos termos do art. 495 do CPC, a ação rescisória deve ser proposta no prazo de dois anos do trânsito em julgado da decisão rescindenda. *In casu*, o *dies a quo* do direito de propor a rescisória é o *dies ad quem* do prazo do recurso que, abstratamente e em tese, poderia ser interposto contra o aresto rescindendo, ainda que não tenha sido exercitado. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (REsp 620438/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, DJ 27/3/2006, p. 280)

Nada obstante, Leonardo José Carneiro da Cunha (2007) adverte que a União e as demais pessoas jurídicas de direito público só ostentariam legitimidade para ajuizar ação rescisória em relação a processos nos quais tenham assumido a condição de parte, ou seja, desde que, na demanda de origem, tenham apresentado

recurso. Do contrário, entende o professor pernambucano, não tendo ofertado recurso no feito primitivo, não seria possível “franquear à Fazenda Pública legitimidade para ajuizar ação rescisória contra sentença de mérito proferida em processo do qual não fez parte, fundamentando-se no interesse econômico previsto no parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.469/1997” (2007, p. 161).

Com razão o mencionado autor. Deveras, se a entidade de direito público não figurou no processo originário revestindo a condição de parte, não preenche o requisito estipulado pelo art. 487, inciso I, do CPC. Igualmente, se invocar somente o interesse econômico, não estará legitimada para propor ação rescisória, pois o art. 487, inciso II, do CPC exige a existência de interesse juridicamente qualificado.

Convém salientar, aliás, que tal entendimento foi expressamente acolhido pelo próprio STJ.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INCIDÊNCIA DO ART. 487, I, DO CPC. INAPLICABILIDADE DO ART. 5º, DA LEI Nº 9.469/1997 E DO ART. 22, §§1º E 2º, DA LEI Nº 9.098/1995. 1. Em atenção à expressa dicção do art. 487, I, do CPC, não tem a União legitimidade para propor ação rescisória de sentença proferida em processo onde não figurou como parte, ainda que tenha a condenação sido proferida contra uma de suas autarquias (DNOCS), entes que, por terem personalidade própria, não se confundem com a pessoa jurídica originária, ficando, nesse contexto, afastada a incidência do art. 5º, da Lei nº 9.469/1997 e do art. 22, §§1º e 2º, da Lei nº 9.098/1995. Precedentes desta Corte. 2. Recurso especial não conhecido. (REsp 265944/CE, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 6ª Turma, julgado em 10/4/2001, DJ 28/5/2001, p. 218)

A União e as demais entidades de direito público também são legitimadas para ajuizar pedido de suspensão de liminar, com o intuito de assegurar o resultado útil do processo, e o juiz está autorizado a conceder a medida com base no poder geral de contracautela, conforme transparece no aresto abaixo:

Agravo regimental. Legitimação da União. Interesse econômico. Inteligência do art. 5º da Lei nº 9.469/1997. Suspensão de liminar – Sociedade de economia mista. Possibilidade. Precedente. Requisitos preenchidos. Suspensão deferida. Agravo desprovido. – A União tem

legitimidade para intervir nos feitos em que sociedade de economia mista figure como parte, mesmo que seu interesse na causa seja apenas econômico (art. 5º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997). – A legitimidade para apresentar recursos concedida à União autoriza, nesse caso, o direito do uso dos meios indispensáveis para assegurar o resultado útil do processo, entre os quais figura a possibilidade de requerer a suspensão de liminar ou de antecipação de tutela. – Sociedade de economia mista da administração indireta tem legitimidade ativa *ad causam* para requerer suspensão de decisão (Lei nº 4.348/1964). Precedente da Segunda Turma (REsp nº 50.284/SP). – A magnitude da expressão econômica envolvida na causa em desfavor da empresa, o risco de que os efeitos da decisão possam potencializar crise no setor elétrico com a paralisação de usina térmica e a repercussão imediata em região que convive com a dificuldade gerada pelo racionamento de energia são pressupostos que autorizam a contracautela requerida. – Agravo interno conhecido e desprovido. (AgRg na Pet 1621/PE, Rel. Min. Nilson Naves, Corte Especial, DJ 14/4/2003, p. 165)

O acórdão proferido no Recurso Especial nº 1.199.573 é importante porque nele se destacam dois aspectos. Primeiro, reconheceu-se que os municípios possuem legitimidade para requerer a intervenção com base no art. 5º da Lei nº 9.469, de 1997. O segundo ponto reside na consolidação da jurisprudência no sentido de que essa modalidade interventiva prescinde da comprovação de interesse jurídico, sendo placitada mediante a mera demonstração de interesse econômico.

RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO EXISTENTE. ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL. INTERVENÇÃO ANÔMALA. ART. 5º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.469/1997. DISTINÇÃO. 1. O Município de Três Lagoas – MS ajuizou ação de cobrança em face da recorrente, pleiteando o pagamento de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza. Neste contexto, tendo em vista que o contribuinte sempre efetuara o pagamento dessa exação ao Município de Castilho – SP, tal ente público requerera sua admissão nos autos, com base nos artigos 54 do CPC, e 5º da Lei nº 9.469/1997. 2. O Tribunal de origem, por seu turno, considerou que a pretensão de intervenção no feito do Município de Castilho – SP seria inviável, diante da falta de interesse jurídico, razão pela qual não estaria presente o requisito legal do art. 54 do CPC para o deferimento da assistência litisconsorcial. 3. Os institutos da

assistência litisconsorcial e da intervenção anômala guardam importantes distinções quanto a sua natureza e requisitos, já que esta última não exige interesse jurídico para o ingresso no feito pelo ente público, bastando o mero interesse econômico, segundo ressaltou o art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/1997. Precedentes. 4. Neste sentido, tendo em vista que o Município de Castilho – SP expressamente requereu o exame de sua intervenção com base no art. 5º da Lei nº 9.469/1997 e que o juízo *a quo* apenas manifestou-se sobre a improcedência do pleito, com base no instituto da assistência litisconsorcial, previsto no art. 54 do CPC, há de se reconhecer a omissão no acórdão recorrido. 5. Recurso especial provido. (REsp 1199573/MS, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJe 10/11/2010)

Na mesma linha do julgado anterior, o STJ entendeu que o art. 5º da Lei nº 9.469, de 1997, também se aplica aos estados-membros, os quais detêm atribuição para postular o seu ingresso em feito pendente, na condição de terceiros.

A intervenção da União com arrimo no art. 5º da Lei nº 9.469, de 1997, não é admitida no processo de execução, em razão da circunstância de à Fazenda Pública ser permitido juntar documentos e memoriais para prestar esclarecimentos, faculdade que não se coaduna com as características do feito executivo.

No entanto, entendemos cabível a medida interventiva nos embargos à execução, pelo devedor ou por terceiro, em razão de constituir feito autônomo cuja natureza é de processo incidental de cognição. No seguinte aresto, restou consignado o descabimento da medida interventiva em sede de execução, em face da incompatibilidade de ritos. Na contrapartida, assentou-se o entendimento de que é cabível a intervenção especial nos embargos à execução, seja pelo próprio devedor, seja por terceiro.

PROCESSUAL CIVIL ADMINISTRATIVO – PREQUESTIONAMENTO AUSENTE: SÚMULA 282/STF – ART. 5º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.469/1997 – INTERVENÇÃO ANÔMALA – ESTADO-MEMBRO – PROCESSO EXECUTÓRIO – IMPOSSIBILIDADE. 1. O art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/1997 também atribui aos Estados-Membros a faculdade de intervir em demandas em que houver interesse econômico, independentemente da demonstração de interesse jurídico. 2. Os poderes atribuídos ao Poder Público na intervenção anômala – inerentes à fase de conhecimento – são incompatíveis com o rito executório. 3. Cabível a intervenção das pessoas jurídicas de direito público, com base no art. 5º,

parágrafo único, da Lei nº 9.469/1997, nos casos de embargos à execução, pelo devedor ou por terceiro, tendo em vista a sua natureza de ação incidental de cognição. Hipótese não configurada. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp 968.475/RR, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJe 3/5/2010)

2.4 Submissão à coisa julgada

Em relação à submissão à coisa julgada, cediço que, nos termos do art. 472 do CPC, a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Nessa hipótese, importante relembrar que a participação da União, em primeiro grau de jurisdição, restringe-se a prestar esclarecimentos a respeito de questões de fato ou de direito, podendo juntar documentos e ofertar memoriais que, a seu juízo, possam se revelar úteis à solução do litígio.

Ocorre que, se a União adquirir a condição de parte *stricto sensu* mediante o oferecimento de recurso, conforme estabelecido na última parte do parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.469, de 1997, a sentença alcançará o *status* de imutabilidade inclusive em relação a ela, de modo que não poderá rediscutir a solução dada pelo juiz em qualquer outro processo que envolva as mesmas partes.

A interpretação dessa norma, no entanto, deve ser ponderada dependendo da qualidade do interesse do terceiro e, outrossim, da forma como esse interesse foi afetado.

Com efeito, a sentença, eventualmente, pode repercutir na esfera de interesses de fato, ou mesmo jurídicos, de terceiros.

Quando a extensão *ultra partes* da eficácia da sentença atingir interesse jurídico de terceiros que não participaram do processo, essa decisão pode ser combatida de forma direta, por meio da medida judicial adequada à espécie, ou indireta, por meio de uma nova ação judicial. A impugnação direta depende, todavia, de interesse processual e de legitimidade.

A existência de interesse processual subordina-se à forma pela qual a esfera de interesses do terceiro foi atingida: se a sentença proferida em processo *inter alios* prejudicou a situação subjetiva do terceiro, ele terá interesse de agir. Nada obstante, se a sentença implicou melhoria na situação subjetiva do terceiro, este, conquanto não tenha participado do contraditório, será carente de ação por faltar-lhe interesse processual, desde que foi favorecido pela decisão.

Em resumo, a *res judicata* alcança o terceiro alienado do processo se a decisão trouxer-lhe algum privilégio, incrementando a sua situação. Não o alcança, contudo, se o provimento afigurar-se desfavorável ao seu interesse. Nesse caso, o terceiro pode impugnar a decisão diretamente, por meio do instrumento processual apropriado, ou em nova ação.

Na esteira do que foi exposto, José Rogério Cruz e Tucci (2007, p. 347-348) traça um esboço acerca de um regramento geral da eficácia da sentença e da extensão da coisa julgada em relação às partes e a terceiros, nestes termos:

1. Uma disciplina sobre os limites subjetivos que aspire a ser geral e, portanto, desfrutar de alguma utilidade heurística, deve, segundo imagino, partir do pressuposto de que, com o trânsito em julgado da sentença, a coisa julgada, em regra (art. 472, CPC), opera exclusivamente entre as partes, não produzindo qualquer prejuízo ou benefício a terceiros (terceiros indiferentes).
2. Todavia, tendo em vista a complexidade das relações jurídicas, verifica-se a possibilidade de repercussão menos ou mais intensa da eficácia da sentença ou mesmo da coisa julgada a um terceiro. Esse fenômeno, de todo excepcional, poderá acarretar prejuízo de fato a algumas pessoas (terceiros titulares de um interesse de fato).
3. Existem, ainda, outros sujeitos que sofrem prejuízo jurídico decorrente da eficácia da sentença *inter alios*, quando são titulares de um interesse incompatível com o objeto da decisão (terceiros juridicamente interessados). Quando um terceiro que experimenta prejuízo jurídico for titular de relação jurídica ligada por um nexo de prejudicialidade, no plano do direito material, com o objeto da decisão, a relação jurídica decidida influi sobre a dependente, cujo elemento constitutivo tem aquela como suporte.
4. Se o grau de dependência entre a relação jurídica decidida e aquela que tem o terceiro como titular for de tal sorte expressivo, a produzir-lhe prejuízo jurídico, poderá ele insurgir-se contra a sentença por via indireta, submetendo o direito objeto de decisão no precedente processo à (re)

apreciação judicial, ou, então, poderá impugnar diretamente a sentença, com o escopo de demonstrar que ela é equivocada ou injusta. E, para tanto, como já frisado, deve ter legitimidade e interesse processual para propor a medida judicial adequada à espécie concreta.

5. Enquanto a eficácia da sentença pode trazer prejuízo ao terceiro, a imutabilidade da decisão, por força das consequências processuais que daí advém, vincula-o tão somente quando lhe propiciar benefício.

6. Desse modo, alguém, estranho ao processo, pode ser beneficiado pelo respectivo resultado. De um lado, encontram-se os terceiros beneficiados de fato, que acabam sendo favorecidos e, de outro, os terceiros juridicamente beneficiados, que se subordinam à autoridade da coisa julgada. Nessa derradeira situação, a extensão *ultra partes* ocorre porque o terceiro, no plano do direito material, situa-se na mesma posição jurídica de um dos demandantes ou então é titular de relação conexa com a que foi decidida.

7. Esse fenômeno ocorre toda vez que a situação subjetiva do terceiro for favorecida pela sentença proferida em processo *inter alios*. A coisa julgada, em tais casos, não lesa o direito de alguém que, embora não tenha integrado o contraditório num determinado processo, foi beneficiado pelo respectivo resultado.

8. Nessas condições, com o trânsito em julgado da sentença e a consequente imutabilidade do comando que dela emerge, não se vislumbra, em relação ao terceiro, qualquer violação, necessidade de modificação ou estado de incerteza atual, que possa gerar-lhe interesse processual para agir contra a coisa julgada que lhe propiciou vantagem.

Temos que esse entendimento é plenamente aplicável ao regime da intervenção prevista no art. 5º da Lei nº 9.469, de 1997. Ora, se a União, mesmo não tendo participado de processo em que suscitado algum interesse seu, de ordem econômica, vier a ser beneficiada pela decisão proferida, não terá interesse de agir. Nessa hipótese, eventual recurso interposto com base no parágrafo único do preceito legal não poderia ser recebido.

2.5 Constitucionalidade

Fredie Didier Jr. (2008, p. 376), ao analisar a constitucionalidade do dispositivo, afirma:

Sobre a exclusividade da legitimação – a par de manifesta inconstitucionalidade, pois a desigualação é aparentemente sem sentido, além de ampliar as hipóteses de competência previstas na Constituição –, não é de se estranhar, mesmo que tenha surgido a partir de uma medida provisória, que requer, para a sua edição, relevância e urgência; basta que se observem as inúmeras prerrogativas processuais do Poder Público.

Cássio Scarpinella Bueno (2006, p. 222) vislumbra no dispositivo um vício de inconstitucionalidade formal, em entendimento assim vazado:

No que diz respeito à inconstitucionalidade da Lei nº 9.469/1997 por se tratar de lei de conversão de medida provisória, estamos com aqueles que a reputam inconstitucional. À época de sua promulgação, prevalecia o entendimento de que não era dado ao Presidente da República, mesmo em casos de relevância e urgência, criar regras processuais por aquela via excepcional.

Nada obstante essas autorizadas vozes da doutrina, estamos entre aqueles que propugnam pela compatibilidade formal e material do preceito normativo com a Constituição Federal.

Em relação à constitucionalidade formal, importante acentuar que, na época em que publicada a Medida Provisória nº 1.561, de 19 de dezembro de 1996, que deu origem à Lei nº 9.469, de 1997, ainda não havia vedação à edição de medida provisória que veiculasse normas de processo civil. Assim, apesar de verdadeira a afirmação de que a referida interdição já era apontada pela jurisprudência da época, entendemos que apenas a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, com eficácia *erga omnes*, teria o condão de extirpar a medida provisória do ordenamento jurídico por vício de incompatibilidade formal.

Certamente, a Medida Provisória nº 1.561, de 1996, não padece de vício de iniciativa somente porque a jurisprudência da época acenava para a impossibilidade de o Presidente da República editar medidas provisórias veiculando normas de processo civil.

Posteriormente, ainda antes da alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 32, de 12 de setembro de 2001, referida medida provisória foi submetida ao Congresso Nacional e transformada na Lei nº 9.469, de 1997.

Precisamente, quando do advento da vedação expressa contida no art. 62, § 1º, inciso I, da Constituição Federal a que o Presidente da República editasse medidas provisórias tratando de processo civil, a Medida Provisória nº 1.561, reeditada até a Medida Provisória nº 1.561-6, de 1997, já havia sido convalidada em lei.

Portanto, entendemos que a Lei nº 9.469, de 1997, não sofre de nenhum vício de iniciativa, tendo sido elaborada em perfeita consonância com o processo legislativo vigente na época de sua conversão, daí concluirmos pela sua constitucionalidade formal.

Quanto à constitucionalidade substancial do dispositivo em exame, percebe-se, a partir da exposição de motivos para a reedição da Medida Provisória nº 1.561-3, de 14 de março de 1997, encerradas na Mensagem nº 232, de 1997, do Congresso Nacional (CN), que sua finalidade era viabilizar a intervenção da União de modo a acompanhar o desenlace dos feitos em que houvesse a previsibilidade de que o seu declarado interesse econômico viesse a se transformar no seu indireto interesse jurídico, permitindo uma atuação efetiva da União na defesa dos interesses da coletividade.

Ora, é sabido que o processo civil é conformado por opções de natureza legislativa, como bem apanhou com invulgar perspicácia, como de amiúde, aliás, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2003, p. 3):

A estrutura mesma do processo civil não é moldada pela simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente por escolhas de natureza política, em busca dos meios mais adequados e eficientes para a realização dos valores que dominam o meio social, estes sim estruturando a vida jurídica de cada povo, de cada nação, de cada estado.

Assim, em uma perspectiva associada à maior eficácia do processo, nada obsta a que, naqueles casos em que seja possível antecipar, mesmo que de vislumbre, a ocorrência de potencial repercussão econômica do interesse da União, exerça o legislador o seu múnus constitucional adotando uma opção política que, mesmo implicando uma remodelagem na sistemática de intervenção de terceiros até então vigente, satisfaça, em *ultima ratio*, essa exigência axiológica reivindicada pela atual visão do processo civil dentro do paradigma do formalismo-valorativo,

através da qual o objetivo do processo tende à realização de valores consagrados pela sociedade, dentre os quais aparecem com realce o valor justiça, o valor segurança, o valor da paz social e o valor da efetividade.

A realização desses valores depende de instrumentos jurídicos adequados para alcançar a sua máxima eficácia. Nesse quadrante, o Direito Processual Civil responde pela tutela e pela concretização desses direitos quando ocorre uma situação de conflito de interesses ou, mesmo, quando o Poder Público se omite em sua efetivação.

Um dos pontos nucleares do direito é a relação que envolve a justiça com a realidade. A realidade esteve sempre vinculada à ideia de justiça e, indiretamente, como o direito constitui-se em instrumento cuja função é a perseguição da justiça, esteve sempre ligada à noção de sensibilidade jurídica. Destarte, ao mudar a realidade social, muda também a sensibilidade jurídica; há uma relação mutualística, de interdependência entre uma e outra esferas da vida humana. Intermediando essa relação, atuando como elemento integrador entre a realidade social e a consciência jurídica, encontra-se a justiça.

Ora, se se altera a realidade social, altera-se a concepção de justiça, e, conseqüentemente, altera-se, outrossim, o conceito de sensibilidade jurídica. Em verdade, o valor justiça é passível de sofrer adaptações formais que variam conforme a época, o lugar e a situação, a despeito de a ideia material de justiça restar inalterada. Não se tem, pois, a justiça como algo imutável, senão na sua causa material, podendo, adversamente, haver transformações no que toca à sua causa formal.

Em suma, a ideia de justiça em si é insuscetível de sofrer alterações; o que ocorre, entretanto, é que a mesma ideia de justiça pode vestir conceitos formais diferentes de acordo com fatores externos como o tempo, a comunidade e os valores que ela, comunidade, adota, e a forma como os adota, bem como relativamente às circunstâncias subjacentes a tal época e comunidade. Assim, o que certa sociedade tem por condizente com os parâmetros de justiça, em uma determinada época, pode diferir do que a mesma sociedade entende por justiça em época diversa, e assim também como é possível que, à mesma época, duas comunidades específicas vejam esse valor com lentes desiguais.

Procedendo à transposição de tal ideia para a realidade jurídica, especificamente, percebe-se, como decorrência lógica do caráter evolutivo da

história, que mesmo a concepção dos valores e interesses que devem ser tutelados pelo direito, estabelecida pela sociedade de um tempo determinado, com visão ajustada a esse tempo, pode vir a ser objeto de reformulações e de revisões ulteriores, por não se adequar aos novos paradigmas escolhidos pela sociedade do novo tempo. A realidade submete-se, a cada época, a uma determinada disposição, configurando-se de maneira diferente à medida que avança no plano cronológico. Por conseguinte, exige, e esse é um ônus desse avanço, que se estabeleça um modelo a ser seguido, seja sociológico, seja ideológico, seja político, seja jurídico.

O Direito Processual privado, objeto geral do presente estudo, a seu turno, também se desenvolveu segundo a dialética que o forçava a adaptar-se às vindouras concepções paradigmáticas da sociedade.

Com o advento do socialismo, fruto da crise do liberalismo como ideologia dominante nos domínios político e econômico, passou a ter lugar no universo político – e, em consequência, contaminando por ressonância o direito, chegando-se a adotar nas próprias constituições elementos de cunho eminentemente social – a ideia do Estado de Direito voltado para a resolução das vicissitudes existentes no plano sociológico.

Houve uma evidente mudança no sistema de modelos outrora vigente. Modificando-se os padrões sociais, alterou-se igualmente, como decorrência das reivindicações da sociedade ansiosa por novos paradigmas, a sensibilidade jurídica, e as conotações dadas ao direito pelo trabalho de juízes e de legisladores devem refletir precipuamente esse câmbio por que atravessou a realidade.

Nesse compasso, a História demonstra que o Estado do *laissez-faire* experimentou uma evolução, principalmente em suas bases econômicas, abandonando a ideia de que o mercado deveria se autorregular sem qualquer interferência estatal.

Cada vez mais o Estado aparece como protagonista de políticas públicas, com a nítida função de promover o bem-estar social através da organização da economia.

Nesse contexto, pois, é irrefragável que o Poder Judiciário assumiu um papel de extrema importância, na medida em que, cada vez mais, as demandas judiciais envolvem interesses transcendentais ao mero conflito individual entre autor e réu, de modo que os provimentos jurisdicionais transbordam seus efeitos para além das fronteiras do processo.

Precisamente, diante de uma preocupação crescente com a implementação de políticas públicas, circunstância que provoca o surgimento de fenômenos sociológicos como o ativismo judicial, é necessário que as formas de tutela do direito também se adaptem às novas configurações axiológicas presentes no seio social.

Nesse sentido, leciona o professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ao explicar o princípio da adaptação do procedimento (2003, p. 116-119):

Em relação à organização do procedimento, a questão não surge com grande intensidade, porque tende a se relativizar em face das circunstâncias concretas da causa. Vigora no particular o princípio fundamental da adequação, também chamado de adaptabilidade. O principal sustentáculo dessa ideia encontra-se, sem dúvida, na necessidade de se emprestar a maior efetividade possível ao direito processual no desempenho da sua tarefa básica de realização do direito material. Há mesmo quem veja o princípio da adequação como princípio unitário e básico, a justificar a autonomia científica de uma teoria geral do processo em geral, abrangendo não só o processo jurisdicional como também o administrativo e o legislativo. A adequação apresenta-se sob o aspecto subjetivo, objetivo e teleológico, os quais, como fatores de adaptação, devem funcionar de modo simultâneo, para que o processo alcance o máximo de eficiência.

Do ponto de vista subjetivo, podem variar as normas processuais relacionadas, por exemplo, com a legitimação processual das partes, conforme se tratar de capaz ou incapaz, de pessoa física ou jurídica, privada ou pública, ou de sujeito sem personalidade. O processo se torna mais complexo com a presença da figura do representante ou do assistente e a exigência de atos correspondentes, eventualmente, até, de autorização judicial específica. Maior complexidade haverá, também, nas hipóteses de litisconsórcio, de intervenção de terceiros, ou do Ministério Público. No que diz respeito ao juízo, pode haver mudança nas regras de competência *ratione personae*, se a parte for a Fazenda Pública, o detentor de elevada função pública, o menor abandonado, o militar. Como fatores pessoais de outra ordem influem também na competência tanto o domicílio do réu quanto o estado de casada da mulher. Da mesma forma, a competência funcional altera por completo as regras de procedimento, conforme se tratar de juízo singular ou colegiado. As normas determinadoras da suspeição, do impedimento e da incompatibilidade, impostas por circunstâncias que afetam a pessoa do juiz ou do auxiliar do juízo, igualmente influem no procedimento.

No concernente ao aspecto objetivo, a natureza do bem jurídico material objeto do processo influi de modo marcante no seu regramento. Assim, a disponibilidade sobre o objeto repercute gradativamente nos direitos e deveres processuais das partes, nos efeitos da aquiescência, na natureza da preclusão e da coisa julgada, nos vícios do ato processual e em tantos outros aspectos. A indisponibilidade de valores repercute ainda na normatividade do processo, como se constata no processo trabalhista, individual ou coletivo, nas ações de acidente do trabalho, nas de família, nas falimentares, e naquelas demandas em que for parte pessoa jurídica de direito público.

[...]

Feição relevante adquire ainda a adequação teleológica, a interferir tanto na adaptação do procedimento às diversas funções da jurisdição quanto nos ritos internos a cada um dos processos. Aliás, a existência de regras especiais para determinados procedimentos, em função da relação jurídica substancial submetida à apreciação do órgão jurisdicional, revela exatamente a necessidade de adequação do processo ao direito material.

Deveras, é bastante comum que a constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 9.469, de 1997, seja retorquida sob a singela alegação de que a intervenção da União acaba por retardar o andamento do processo, reduzindo a celeridade e a efetividade.

Esse é um argumento capcioso, na medida em que as eventuais prerrogativas processuais da Fazenda Pública não são tão distendidas a ponto de provocar a eternização da lide. Afinal, tanto os particulares quanto a Fazenda Pública possuem sua atuação impulsionada pelo sistema de preclusões, sendo que a salutar existência dos prazos peremptórios força a marcha do processo até seu desaguadouro, que é o provimento final.

Ademais, o pecado do argumento está exatamente em enxergar a efetividade do processo no encerramento rápido do feito, ou seja, o equívoco do raciocínio está em afirmar que o fim do processo coincide com o arquivamento dos autos, quando, na verdade, a efetividade consiste em solucionar o litígio.

Nesse sentido, em havendo interesse tutelado pela União, por meio de seus órgãos de representação jurídica, a norma plasmada no art. 5º da Lei nº 9.469, de 1997, não ofende, mas presta auxílio ao valor efetividade e, como consequência, aos demais valores – justiça, paz social e segurança jurídica –, na medida em que

permite que todos os atores do enredo litigioso posto *sub examine* participem e colaborem na resolução efetiva e definitiva da causa.

Diante dessas considerações, pois, concluímos que o art. 5º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 9.469, de 1997, é formal e materialmente constitucional.

3 Conclusão

Ao abordar o tema atinente à intervenção especial da União com fundamento no art. 5º da Lei nº 9.469, de 1997, concluímos tratar-se de hipótese de assistência que dispensa o requisito do interesse jurídico, bastando, para legitimar a intervenção, que a União ou as demais pessoas jurídicas de direito público demonstrem a existência de interesse econômico, ainda que indireto, na questão, afastando o entendimento que classifica a figura como um exemplo de *amicus curiae*.

Vimos que, uma vez deferido o pedido de intervenção, o procedimento a ser seguido é o disciplinado pelo art. 50 do CPC, e também constatamos que a competência para a análise do pleito é da Justiça Federal.

A participação do interveniente, em primeiro grau, é restrita ao esclarecimento de questões de fato ou de direito, facultando-lhe a juntada de documentos e de memoriais que reputar úteis ao deslinde da *quaestio vexata*. Em recorrendo, entretanto, assume a condição de parte, submetendo-se aos efeitos da coisa julgada.

A medida tem cabimento em qualquer rito – ordinário, sumário ou nos procedimentos especiais – e em qualquer grau de jurisdição. Na realidade, a sua viabilidade depende da compatibilidade com o rito e, outrossim, com a amplitude da cognição.

Assim, não é admitida a intervenção da União com base no art. 5º da Lei nº 9.469, de 1997, no mandado de segurança, no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis e nos processos executivos.

Doutra banda, é aceita em medidas cautelares e nos embargos à execução, próprios ou de terceiros. Intervindo, a União possui legitimidade para postular a suspensão de segurança.

Os intervenientes só ostentam legitimidade para ajuizar ação rescisória em relação a processos nos quais tenham assumido a condição de parte, ou seja, desde que, na demanda de origem, tenham apresentado recurso.

Em relação à constitucionalidade formal, concluímos que não havia proibição de edição de medida provisória versando sobre processo civil na época da edição da Medida Provisória nº 1.561, de 1996. Assim, ausente o vício de iniciativa, e não tendo sido declarada inconstitucional, não se pode cogitar de eventual invalidade na conversão da referida medida provisória na Lei nº 9.469, de 1997. Tão somente com o advento da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, passou a ser vedada a veiculação de normas de processo civil por meio de medida provisória.

Por fim, consideramos que a Lei nº 9.469, de 1997, também não padece de inconstitucionalidade material, pois, de acordo com o exame dos antecedentes históricos que culminaram na formulação atual da intervenção especial da União, é possível depreender que a evolução legislativa do instituto segue postulados compassados com os valores eleitos pela sociedade como mercedores de tutela jurídica, que estão encarnados em sentimentos como justiça, paz social, segurança e efetividade.

A efetividade como valor social aplicado no âmbito judicial exige, para além do fim do processo, a plena realização do direito, trazendo justiça, segurança e sentimento de pacificação social. Essa plenitude, no entanto, só é atingida quando se encerra o litígio, o que só é possível quando o provimento final considera a totalidade dos interesses envolvidos.

O instituto da intervenção de terceiros, genericamente considerado, atende a essa diretriz teleológica, mostrando-se afinado com o discurso que entende o processo civil a partir da perspectiva do formalismo-valorativo.

Encerramos com a conclusão de que a intervenção especial da União, conforme regulada no art. 5º da Lei nº 9.469, de 1997, traduz-se como resultado da exigência de adaptação do procedimento com vistas à realização do direito substancial, permitindo ampla discussão da matéria *sub examine*, de modo a compor o litígio com a garantia de participação, no palco judicial, de todos os atores que manifestem algum interesse na lide e, dessa forma, assegurando, com a máxima efetividade, a concretização do valor justiça.

Referências

- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Assistência e Intervenção da União**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BUENO, Cássio Scarpinella. ***Amicus Curiae* no Processo Civil Brasileiro: um Terceiro Enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de Terceiros**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. Da Intervenção da União Federal como *Amicus Curiae*. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 111, p. 243-258, jul./set., 2003.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Intervenção Anômala: a intervenção de terceiro pelas pessoas jurídicas de direito público prevista no parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/97. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). **Aspectos Polêmicos e Atuais Sobre os Terceiros no Processo Civil e Assuntos Afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. **A Fazenda Pública em Juízo**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 9. ed. vol. I. Bahia: JusPodivm, 2008.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. **Do Formalismo no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- USTÁRROZ, Daniel. A experiência do *amicus curiae* no Direito Brasileiro. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009**. 15º año, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2009.

Brasil: cigarra ou formiga? A proteção do consumidor nos mercados financeiros brasileiros em tempos de crescimento econômico*

Anna Lygia Costa Rego**

1 Introdução. 2 Brasil: panorama institucional da regulação dos mercados financeiros. 3 A tutela do consumidor de produtos e serviços financeiros no Brasil. 4 Estados Unidos da América: aspectos consumeristas da crise de 2008. 5 A tutela do consumidor de serviços financeiros nos Estados Unidos da América: a resposta legislativa à crise – o Dodd-Frank Act. 6 Conclusão: cotejando as experiências.

Resumo

O presente artigo analisa o padrão jurídico de proteção ao consumidor de serviços financeiros no Brasil ante a perspectiva de crescimento econômico no país para os próximos anos. Considerando-se a recente experiência norte-americana, especificamente o texto legislativo do *Dodd-Frank Act*, emitido após a crise das hipotecas *subprime*, faz-se uma análise comparativa do arcabouço regulatório de proteção ao consumidor nos mercados financeiros. Assim, avalia-se até que ponto o Brasil está preparado para a inclusão de novas classes sociais como consumidores de serviços financeiros. Conclui-se que o país adota um comportamento cauteloso, ainda que sob um prognóstico de bons resultados econômicos.

* Este artigo reflete apenas as opiniões da autora sem qualquer vinculação às entidades às quais é associada. O presente documento não constitui opinião técnica ou parecer jurídico sobre as matérias tratadas, e não deve ser considerado como aconselhamento quanto a nenhuma das legislações mencionadas.

** Professora de Direito Econômico da Universidade São Judas Tadeu. Professora Monitora de Direito Econômico Internacional e Direito Econômico Aplicado da Universidade de São Paulo. Advogada em São Paulo, na área de mercados financeiros e de capitais em Trench, Rossi e Watanabe, associado a Baker & McKenzie. Doutora em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo. Advogada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), economista pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Palavras-chave: Crise financeira de 2008. *Subprime*. Regulação de mercados. Direito do consumidor. Código de Defesa do Consumidor. *Dodd-Frank Act*.

Abstract

The present article analyses the legal pattern for consumers' protection of financial service in Brazil in the light of the expectations of economic growth of the Country for the next years. Considering the recent American experience, specifically, the content of the Dodd-Frank Act, enacted after the subprime crises, this article develops a comparative analysis of the regulatory framework for consumer's protection in the financial markets. Thus, we assess whether Brazil is prepared for the inclusion of the new economic classes as consumers of financial services. Our conclusion that the Country behaves diligently even upon the good economic forecasts.

Keywords: *Financial crisis of 2008. Subprime. Market regulation. Consumer law. Consumers Defense Code. Dodd-Frank Act.*

1 Introdução

Tendo a cigarra cantado durante o verão,
Apavorou-se com o frio da próxima estação.
Sem mosca ou verme para se alimentar,
Com fome, foi ver a formiga, sua vizinha,
pedindo-lhe alguns grãos para aguentar
até vir uma época mais quentinha!
– “Eu lhe pagarei”, disse ela,
– “Antes do verão, palavra de animal,
Os juros e também o capital.”
A formiga não gosta de emprestar,
É esse um de seus defeitos.
“O que você fazia no calor de outrora?”
Perguntou-lhe ela com certa esperteza.
– “Noite e dia, eu cantava no meu posto,
Sem querer dar-lhe desgosto.”

– “Você cantava? Que beleza!
Pois, então, dance agora! (LA FONTAINE, A cigarra e a formiga)

A despeito da crise internacional que abate o mundo desenvolvido, existe certa percepção uníssona em torno do fato de que a economia brasileira está em momento promissor. Nesse sentido, uma miríade de oportunidades surge para aqueles indivíduos e empresas que, em decorrência do crescimento, passam a poder auferir os benefícios de participar dos mercados financeiros e de capitais.

O Brasil, há alguns anos, tem se apresentado – de forma consistente – como uma boa opção para investimentos internacionais (REGO, 2010; NERI, 2010). Essa percepção tem sido referendada pelas agências de *rating*,¹ que, em 2008, concederam ao país o cobiçado *investment grade*. Como fator adicional à gama de fatores positivos, o Brasil sediará, no próximo quinquênio, dois vultosos eventos que demandam a expansão da infraestrutura nacional e, por conseguinte, constituirão vetores de atração ao investimento internacional: a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016.

As razões pelas quais o Brasil não sucumbiu à crise econômica internacional têm sido analisadas por especialistas de procedências diversas. Um dos aspectos considerados relevantes é a qualidade da regulação, que seria mais rigorosa na mitigação do risco sistêmico do que a média internacional (GARCIA; GIAMBIAGI, 2010), estabelecendo, por exemplo, melhores requisitos de capitais mínimos, monitoramento de risco operacional, crédito e mercado e impondo uma segregação mais eficiente entre os diversos tipos de serviços prestados, reduzindo o risco de contágio em crises circunstanciais. Isso sem mencionar o regime jurídico de responsabilização dos administradores de instituições financeiras e das centrais de crédito e risco mantidas pelo Banco Central do Brasil (BCB), que geram uma estrutura de incentivos aparentemente melhor do que a de outras jurisdições para incentivar o comportamento responsável por parte dos gestores (FRANCO, 2010). Esse entendimento, de que o mercado brasileiro é bem regulado, é também observável em relatórios internacionais produzidos por organismos multilaterais, como é o caso do Fundo Monetário Nacional (FMI).²

1 Moody's (*investment grade* atribuído em setembro de 2009), Standard & Poor's (*investment grade* atribuído em abril de 2008) e Fitch (*investment grade* atribuído em maio de 2008).

2 *Global Stability Financial Report*.

Assim, de certo modo, ante as dificuldades enfrentadas pelos mercados internacionais, o Brasil tornou-se um destino razoavelmente seguro e lucrativo para os investimentos das mais diversas procedências. Expectativas positivas quanto aos retornos dos investimentos, aliadas a uma boa percepção no tocante à qualidade da regulação interna e da segurança jurídica do mercado nacional, aumentaram a confiança dos investidores. Essa condição tem atraído tanto investimentos diretos quanto investimentos em *portfolio* em quantidades expressivas.³

Em decorrência dessa espiral crescente de investimentos e desenvolvimento, dados mais recentes apontam para um melhor desempenho, em praticamente todos os setores, da economia real e financeira do Brasil. De fato, os números de expansão observados nos mercados financeiros e de capitais indicam acompanhar a referida tendência, se considerados de forma agregada. Considerando-se que o mercado financeiro pode exercer uma influência pró-cíclica em relação à economia real, é razoável considerar que existe chance de o Brasil estar ingressando em uma espécie de círculo virtuoso.

Um dos elementos que merece atenção nessa curva de crescimento econômico é a introdução de novos e importantes agentes nos mercados financeiros e de capitais. Em outras palavras, tais mercados passam a abrigar indivíduos (empresas ou pessoas naturais) que antes não atuavam como investidores ou consumidores de valores mobiliários e de certos serviços financeiros. A elevação de renda da população alterou o perfil de consumo das classes sociais. Em alguns casos, a ascensão social fez com que certos indivíduos deixassem o segmento informal da economia e passassem a ter acesso ao sistema bancário e de crédito. Por sua vez, nas classes de médio poder aquisitivo, o aumento em número de componentes e a melhora da situação financeira dos indivíduos que já a integravam fizeram com que elas passassem a investir em títulos antes para elas desconhecidos ou inacessíveis. Diz-se popularmente que a população brasileira “está chegando à bolsa de valores”.

Nesse sentido, cabe mencionar o crescimento da renda das classes denominadas B, C e D, que propiciou aos seus membros se tornarem potenciais consumidores de produtos financeiros e também, em muitos casos, investidores. Em termos macroeconômicos, no primeiro trimestre de 2010, o crescimento

³ Fonte: Banco Central do Brasil. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pec/sdds/port/sddsp.htm?perfil=1>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

per capita do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro atingiu 8% em relação ao primeiro trimestre de 2009 ou 10,6% em relação ao último trimestre do mesmo ano. Pesquisas indicam ainda que a economia brasileira vem apresentando crescimento desde o fim da recessão de 2003 (NERI, 2010), recentemente, contudo, os índices de crescimento têm sido negativamente afetados pelo contexto da crise internacional (o desempenho da economia brasileira em 2011 não se mostrou tão positivo quanto em anos anteriores).

Nesse contexto geral de crescimento, o Brasil está prestes a alcançar o menor nível de desigualdade desde a década de 1960, ainda que, em termos relativos, permaneça entre as economias mais desiguais do mundo. Em números absolutos, analisando-se o período compreendido entre 2003 a 2009, 29 milhões de pessoas ingressaram na chamada classe C. Em termos relativos, as classes A e B apresentaram maior expansão, no mesmo período, quando 6,6 milhões de pessoas passaram a fazer parte dessas classes. Atualmente, a denominada “nova classe média” corresponde a 50,5% da população. Indubitável é o fato de que essa classe média demandará produtos e serviços financeiros para realizar seus desejos de consumo e planos de produção (NERI, 2010).

De fato, essa população em ascensão social tem acesso a mais bens duráveis, imóveis e, naturalmente, aos sistemas financeiro e de crédito. A expectativa a respeito da economia brasileira há ao menos quatro décadas não era tão positiva. E, em meio à tormenta internacional, o país apresenta-se e é apresentado pela comunidade internacional como um *safe harbor* para investimentos que visem a retornos razoáveis. Em tempos de bonança, a questão é: o Brasil está preparado para dias tempestuosos (realidade em boa parte do mundo), como a formiga, ou está ofuscado pela opulência do momento, como a cigarra da fábula de La Fontaine?

Nesse sentido, preocupa a questão de como melhorar a qualificação dos indivíduos recém-chegados ao mercado financeiro e de capitais ou daqueles que estão expandindo o seu leque de opções e de riscos, para que a sua participação em tais mercados seja saudável e sustentável. A crise americana traz muitas lições, porém uma delas é o doloroso fato de que parte da hecatombe financeira foi causada por operações de crédito e de aquisição de valores mobiliários por pessoas e instituições que não estavam preparadas para a sofisticação e para os riscos dos produtos financeiros a elas ofertados.

A situação criada em torno das denominadas hipotecas *subprimes* é um grande exemplo dessa constatação. O nível de endividamento e o tipo de dívida assumida pelos americanos, principalmente oriundos das classes média e baixa, mostraram-se, no decorrer da crise, incompatíveis com o perfil de seu orçamento familiar. A crise expôs a realidade de que o setor imobiliário e a economia americana estavam apoiados em um tipo de crescimento sem sustentabilidade.

Crises financeiras podem funcionar como laboratórios de testes para formuladores de políticas públicas. Nesse sentido, observar os remédios adotados pelos Estados Unidos da América (EUA) para aumentar as proteções jurídicas e as informações disponíveis aos consumidores de produtos financeiros é uma fonte para analisar a situação em que se encontram outros ordenamentos jurídicos. No caso do presente artigo, analisa-se o caso brasileiro à luz da recente experiência norte-americana.

2 Brasil: panorama institucional da regulação dos mercados financeiros

A Constituição Federal do Brasil em vigor, promulgada em 1988, dispõe em seu art. 192 que o Sistema Financeiro Nacional (SFN) está estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem. Outro princípio que rege a economia brasileira, no art. 5º da Carta Magna, dispõe que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Nesse bojo constitucional, a lei maior do SFN, Lei nº 4.595, 31 de dezembro de 1964, fixa a competência do Conselho Monetário Nacional (CMN),⁴ como órgão responsável pela formulação de políticas públicas e de regulamentação para o setor. É esse o diploma que traz as bases jurídicas para a atuação do BCB. Dessa feita, as diretrizes do CMN são implementadas pelo principal órgão regulador do SFN, o BCB, responsável pela supervisão das instituições financeiras.

4 Nos termos da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, o CMN é formado pelo Ministro da Fazenda, na qualidade de Presidente, pelo Ministro de Estado do Planejamento Orçamento e Gestão e pelo Presidente do BCB.

A lei do SFN define instituições financeiras de forma bastante abrangente, como:

[...] as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Esse critério é relevante para definir a competência do BCB para regê-las e supervisioná-las.

No mercado de valores mobiliários, por seu turno, a supervisão é de competência da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), similar nacional da *Securities Exchange Commission* (SEC) norte-americana. Esse regulador atende a disposições do CMN e também deve observar os aspectos mencionados na Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que regulamenta o denominado mercado de capitais.

Cabe destacar que as entidades reguladoras supracitadas não têm o consumidor como preocupação expressa, mas sim o investidor (no caso dos mercados de capitais) ou o cliente (no caso do mercado financeiro). Entretanto, pode-se dizer que as normas de tutela presentes nesses mercados podem ser consideradas em sua rede de proteção, uma vez que atuam, direta ou indiretamente, na proteção dos interesses dos seus participantes, sejam eles caracterizáveis como consumidores nos termos da legislação em vigor, ou não.

Em outras palavras, não é necessário ao investidor/cliente ser caracterizado como consumidor, nos termos do Código de Defesa do Consumidor (CDC) – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – para que ele goze das proteções conferidas pela normatização setorial.

Por outro lado, podemos dizer que, se um indivíduo, além de ser um cliente bancário ou um investidor, for, nos termos do CDC, um consumidor, ele contará com uma rede de proteção adicional àquela conferida pela regulamentação.

Sob o ponto de vista de arranjo institucional, é correto afirmar que as preocupações com a defesa do consumidor e com a higidez do SFN (*safe-and-soundness concerns*) são funcionalmente segregadas. As primeiras são de competência do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (do qual

os Procons⁵ e o DPDC⁶ são membros) e a segunda é de competência dos órgãos setoriais reguladores dos mercados financeiros e de capitais, como o BCB e a CVM.

A segregação de tais funções possui aspectos positivos e negativos. Os primeiros residem no fato de que não existirá uma disputa interna no órgão regulador para a tutela do consumidor, o que poderia ter como resultado a negligência dos objetivos consumeristas em favor das preocupações com higidez e estabilidade.

Por outro lado, ao não ter a defesa do consumidor como uma preocupação direta, ações regulatórias do BCB e do próprio CMN podem, ao buscar tutelar a solidez do SFN, ter como efeito adverso o incentivo a estruturas de mercado lesivas ao consumidor.

Exemplo de tais efeitos adversos é o fato de que um sistema regulador preocupado com a solidez em detrimento da concorrência ou da proteção ao consumidor apresenta, muitas vezes, viés concentracionista, incentivando a consolidação de grandes conglomerados financeiros. Nesse particular, a doutrina antitruste há muito estuda as relações entre poder de mercado e ocorrência de abusos contra o consumidor.⁷

3 A tutela do consumidor de produtos e serviços financeiros no Brasil

A tutela do consumidor no Brasil é vista com seriedade no país, seguramente, há ao menos duas décadas. No âmbito legislativo, a principal rede de proteção ao consumidor de serviços financeiros no Brasil é provida pela Lei nº 8.078, de 1990, o já citado CDC. Esse diploma estabelece importante feixe de direitos aos indivíduos que participam de uma relação de consumo.

5 Órgãos estaduais ou municipais especializados na defesa do consumidor. Atuam como auxiliares do Poder Judiciário, e uma de suas funções é atuar como *ombudsman* dos consumidores.

6 Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, órgão vinculado ao Ministério da Justiça, responsável pela coordenação de políticas públicas na área de defesa do consumidor.

7 A própria legislação antitruste estabelece como objetivos da defesa da concorrência a proteção aos direitos do consumidor. Nesse sentido, *vide* apresentação conjunta realizada pelos órgãos de defesa da concorrência e de defesa do consumidor: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_consumidor/arquivos/Ana%20Paula%20Martinez%20e%20Arthur%20Badin-7.ppt#298,16,1. Consumidor & Concorrência>.

Apesar do claro fundamento constitucional da defesa do consumidor,⁸ reputado como um dos objetivos de Estado, a indústria financeira local envidou esforços importantes para evitar a aplicação do CDC ao seu mercado. O art. 3º da referida lei, que esclarece aplicar-se o CDC aos serviços financeiros,⁹ bancários e de crédito, foi alvo de expressiva controvérsia.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal (STF) apaziguou¹⁰ a questão, considerando que a proteção ao consumidor deve, sim, ser levada ao âmbito das relações financeiras, bancárias e creditícias. Parte do mercado brasileiro aguardou o pronunciamento do Tribunal quanto à questão, de modo que as instituições financeiras se tornaram plenamente comprometidas com esse tipo *compliance* a partir da pacificação constitucional da matéria, ocorrida em 2006.

Nos termos do CDC, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Tais serviços são definidos como qualquer “atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.¹¹

A aplicação do CDC à determinada relação contratual acarreta a presunção jurídica de que o consumidor (seja ele pessoa física ou jurídica) seja hipossuficiente e vulnerável em relação ao fornecedor de bens e serviços e, em razão disso, merecedor de proteção adicional do sistema jurídico-institucional. A consequência disso é a aplicação de instrumentos fortes de proteção, baseados especialmente nos deveres de **lealdade** e de **transparência** por parte do fornecedor.

Caso um adquirente de serviços financeiros não seja caracterizado como consumidor, ele poderá contar com outras garantias jurídicas, previstas na regra geral das relações civis, o Código Civil. A diferença é que, no âmbito do CDC, as proteções são mais amplas e, para a garantia destas, existirá um aparato institucional especializado. No âmbito das proteções civis não consumeristas, todavia, o indivíduo contará basicamente com a tutela judiciária comum, com as

8 Constituição Federal do Brasil, art. 5º, XXXII, art. 170, e art. 48 das Disposições Transitórias.

9 Oferece a doutrina brasileira definição do que sejam serviços financeiros: “Sem estabelecer uma relação exaustiva, é basicamente possível considerar como serviços financeiros as movimentações em contas-correntes, os serviços de pagamentos, os serviços de débitos automáticos, de água, luz, telefone fixo, telefone celular, cartões consórcios, seguros, previdência privada, capitalizações, serviços de câmbio, prestação de fiança, empréstimos e investimentos. Efetivamente dois dos serviços financeiros que concentram as diversas questões e que envolvem elevado número de litígios e grande volume monetário são os créditos e os investimentos” (RUY, 2010, p. 22).

10 Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591.

11 Lei nº 8.078, de 1990, art. 3º.

disposições do Código Civil e com as proteções existentes na regulação setorial emitidas pelo CMN ou por outros órgãos normativos.

É correto afirmar que a proteção conferida ao consumidor no Brasil é a mais ampla possível no que diz respeito à gama de serviços financeiros abarcados pela legislação, posto que, em teoria, não existe exclusão de determinado serviço ou produto financeiro para fins de tutela dos direitos do consumidor.

A maior restrição parece dizer respeito a quem seria, de fato, considerado consumidor em uma relação financeira, bancária ou creditícia. Nos termos do CDC, consumidor é aquele reputado como **destinatário final** (sob o ponto de vista econômico) dos produtos e serviços adquiridos. Isso significa que o serviço ou produto ofertado deverá ser por ele “esgotado”, e não aplicado na cadeia de produção do mercado em que está inserido. No mercado de operações creditícias, por exemplo, esse requisito jurídico costuma ser utilizado como argumento em litígios para excluir pessoas jurídicas (ainda que de pequeno porte) da tutela dos direitos do consumidor no caso do mercado de crédito, uma vez que elas utilizam os recursos tomados para justamente financiar o seu processo produtivo.

Pode-se citar como exemplo de instrumentos jurídicos abarcados pelo CDC o estabelecimento da inversão do ônus da prova para questões de matéria civil, aplicável quando há verossimilhança na postulação do consumidor e quando ele é, de fato, considerado hipossuficiente em uma relação econômica. Outra conquista importante foi a definição clara dos direitos básicos do consumidor, entre eles incluído o direito à informação clara, precisa e completa sobre os serviços adquiridos.

A questão do dever de informar e do dever de cooperação é subjacente à ordem jurídica brasileira não apenas em razão do CDC, mas do próprio Código Civil brasileiro. O dever de informar é corolário do princípio da boa-fé objetiva, que, em síntese, pode ser exprimido como o dever de lealdade existente entre as partes no âmbito de uma relação civil. Sendo assim, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a responsabilidade pela violação do dever de transparência e de informação.

Institucionalmente, a proteção jurídica ao consumidor é desempenhada por: *i*) órgãos especializados e relativamente independentes, os denominados “Procons”; *ii*) por delegacias especializadas; e *iii*) pelo DPDC. Estes são responsáveis pela *advocacy* do direito do consumidor e pela fiscalização do cumprimento da legislação em vigor.

Em termos de agenda regulatória, o Brasil tem dedicado especial atenção à questão do tratamento do consumidor superendividado, que é objeto de movimentação dos juristas brasileiros e já enseja projeto de aperfeiçoamento do CDC. A ideia subjacente ao debate brasileiro em torno do superendividamento é de que o consumidor de boa-fé que não tem condições de arcar com suas obrigações financeiras em razão de alteração adversa de sua situação econômica seja orientado pelo Estado a organizar sua situação patrimonial. Dessa forma, poderá honrar suas obrigações em prazos e condições aceitas pelos seus credores e, ao mesmo tempo, socialmente aceitáveis.¹²

A educação financeira é outro flanco importante de atuação das políticas públicas. Nesse sentido, a Estratégia Nacional de Educação Financeira¹³ congrega esforços de diferentes órgãos (entre eles o BCB e a CVM) na consecução de diversas ações voltadas aos mercados financeiros e de capitais, a fim de aumentar o nível cultural dos brasileiros no que concerne a investimentos e crédito.

A referida estratégia, que inclui a formação de professores, a realização de cursos e a produção de boletins informativos (e.g., Boletim¹⁴ de Proteção ao Investidor-Consumidor, de iniciativa da CVM e do DPDC), iniciou-se com o mapeamento do grau de conhecimento dos brasileiros em 2008. Em agosto do mesmo ano, foi lançado o *site* da Estratégia de Educação Financeira, com a finalidade de cadastrar ações de educação financeira de conteúdo não comercial.

Em que pese o fato de que a eficácia dessas novas alternativas ainda não tenha sido efetivamente testada, o Brasil conta com arcabouço forte de proteção ao consumidor e com uma agenda pertinente considerando os problemas da economia mundial, representados pelo caso americano, na seção a seguir.

Por outro lado, do ponto de vista institucional, seria interessante avaliar a conveniência de uma agência específica para a tutela do consumidor com a mesma estatura jurídica e influência política dos demais reguladores dos mercados financeiros: o BCB e a CVM. Esta agência não necessariamente precisaria ter um cunho setorial, mas poderia ter como objetivo específico a tutela dos interesses do consumidor nos mais diversos mercados.

12 *Vide*, para maior detalhamento, os trabalhos de Marques, 2006, e Lima, 2010.

13 Criada pela Deliberação Coremec nº 3, de 31 de maio de 2007.

14 Comissão de Valores Mobiliários e Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Boletim de Proteção do Consumidor/Investidor CVM-DPDC. Brasil: Governo Federal, 2011.

Atualmente, o DPDC e os diversos Procons exercem papel importante e salutar promovendo o *compliance* das leis do consumidor no mercado brasileiro. No entanto, um órgão de natureza regulatória e fiscalizadora mais contundente poderia exercer papel preventivo mais efetivo na contenção de riscos ao consumidor.

4 Estados Unidos da América: aspectos consumeristas da crise de 2008

A crise financeira de 2008, iniciada nos EUA, cujos efeitos se avolumam nas mais diversas jurisdições, possui diversos prismas merecedores de estudo. Um dos enfoques possíveis está na lesão aos consumidores na formação dos chamados créditos *subprimes*, um dos núcleos da crise. Esses ativos de crédito foram o lastro de operações de derivativos e emissão de títulos que, pulverizados pelo mercado, tiveram como consequência o alastramento da crise pelo mercado financeiro em escala global.

A existência de clientes com perfil de risco de inadimplência elevado não é um problema *per se*. A questão perniciosa na crise teria sido a exploração do baixo grau de informação de um dos grupos envolvidos: os consumidores de produtos de crédito. Em específico, os consumidores de *house loans*, que são os financeiros referentes à aquisição de imóveis, em grande maioria, residenciais.

A explosão da bolha imobiliária americana demonstrou que os consumidores estavam mais endividados do que podiam e, em muitos casos, do que tinham ciência.¹⁵ Os contratos de financiamento de imóveis traziam intrincadas fórmulas de ajuste de preços, e era comum a existência de refinanciamentos, que, na prática, funcionavam como uma forma de obter liquidez rápida para os adquirentes dos *mortgages*. O relato de Joseph Stiglitz é preciso:

Executives are blaming the borrowers for buying houses they could not afford, but many of these borrowers were financially illiterate and did not understand what they were getting into. This was especially true in the subprime mortgage market, which became the epicenter of the crisis.

15 Na seara cinematográfica, *vide* "Inside Job", dirigido por Charles Ferguson.

Subprime mortgages were mortgages given to individuals who were less qualified than those give “conventional” mortgages, for example, because of low or unstable income. Other homeowners were encouraged by lenders to treat their houses like as ATM’s, repeatedly borrowing against their value. (STIGLITZ, 2010, p. 78)

A mudança da situação econômica dos mutuários no período de eclosão da crise fez com que estes deparassem de forma mais direta com a contundência das cláusulas dos contratos de financiamento imobiliário. Não raro, no momento dos chamados *foreclosures*, o consumidor descobria que, ao ser despejado, sua casa já havia sido alienada para um terceiro, sem que tivesse sido necessário seu consentimento ou ciência. Isso foi juridicamente possível em razão do tipo de transação jurídica subjacente, a qual muitas vezes não era suficientemente elucidada ao consumidor.

Desde 2007, o número de *foreclosures* decorrentes da crise dos *subprimes*, associados quase sempre a trágicos episódios de despejo e de episódios de desintegração familiar, está na casa dos milhões.¹⁶ Espera-se que em 2012 esse número cresça significativamente.

Millions of poor Americans have lost or are losing their homes – by one estimate, 2.3 milion in 2008 alone. (In 2007, there were foreclosures actions against almost 1.3 home properties). Moody’s Economy.com projected that a total of 3.4 million homeowners would default on their mortgages in 2009, and 2.1 million would lose their homes. Millions more are expected to go into foreclosure by 2012. Banks jeopardized the life savings of millions of people when they persuaded them to live beyond their means – though in some cases it undoubtedly did not take that much persuasion. With the loss of their homes, many Americans are losing their life savings and their dreams of a better future, of an education of their children, of a retirement in a modest comfort. (STIGLITZ, 2011, p. 79)

Embora avassaladora, a crise teria sido adstrita ao sistema de financiamento imobiliário americano se não fosse pelo fato de os créditos de caráter *subprime* terem tido seu risco disseminado pelo mercado mediante estruturas de

16 Dados disponíveis em: <www.foreclosure.com> e <economy.com>.

securitização. Portanto, os créditos oriundos dos *house loans* foram repassados mediante as denominadas operações de *asset-backed securities* ou derivativos do tipo *credit-default*, de modo que o risco dos mutuários superendividados era, na verdade, repassado a outras instituições via mercado de capitais, sem que se soubesse com precisão o tipo de risco a que se expunha a comunidade financeira internacional. Logo, um problema regulatório específico (superendividamento e concessão não diligente de crédito) tornou-se um evento de risco sistêmico, cujos efeitos ainda parecem crescentes e sufocantes.¹⁷

Em face dos abusos cometidos durante a crise, tanto na estruturação dos produtos financeiros como na sua oferta, em particular os famigerados *mortgages*, os formuladores de políticas públicas criaram um pacote de medidas de reestruturação do sistema financeiro americano, que tinha como uma das principais medidas a criação de um feixe de direitos e um arcabouço institucional específico para a defesa do consumidor. É esse feixe regulatório o objeto da seção a seguir.

5 A tutela do consumidor de serviços financeiros nos Estados Unidos da América: a resposta legislativa à crise – o *Dodd-Frank Act*

A prática legislativa norte-americana, conforme destacam alguns de seus observadores, afigura-se dotada de certo casuísmo. Os fatos históricos parecem denotar que períodos de intensa desregulamentação ou de ausência de produção normativa costumam ser seguidos por emissões de regras que parecem funcionar como remédios *ad hoc*. Especialmente se a falta de regulamentação

17 Mais uma vez, valemo-nos das palavras de Stiglitz: “It was this involvement in mortgage securitization that proved lethal. In the Middle Ages alchemists attempted to transform base metals into gold. Modern alchemy entailed the transformation of risky subprime mortgages into AAA-rated products safe enough to be held by pension funds. And the rating agencies blessed what the banks had done. Finally the banks got directly involved in gambling – including not just acting as middle men for the risky assets that they were creating, but actually holding the assets. They, and their regulators, might have thought that they had passed the unsavory risks they had created on to others, but when the day of reckoning came – when the markets collapsed- it turned out that they were too caught off guards”. E, em outra passagem: “Through a process known as securitization, the mortgages had been sliced and diced, packaged and repackaged, and passed on to all manner of banks and investment funds around the country. When the house of cards finally collapsed, it took some of the most venerable institutions along with it: Lehman Brothers, Bear Sterns and Merrill Lynch. But the travails did not stop at U.S. borders. These securitized mortgages, sold around the world, turned out to be toxic for banks and investment funds as far as northern Norway, Bahrain and China”. (STIGLITZ, 2011, p. 6 e 77)

ou a desregulamentação culminou em crises impactantes. A correspondência é flagrante: os ataques terroristas provocaram a promulgação do *Patriot Act*, os casos *Enron* e *WorldComm* pareceram propiciar a criação da Lei *Sarbanes-Oxley*, assim como a crise financeira internacional e o episódio específico *Madoff*¹⁸ pareceram ensejar o chamado *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*¹⁹ (“*Dodd-Frank Act*”), objeto da presente seção.

Reconheceu-se no âmbito legislativo, inclusive durante as diversas *hearings* para apuração dos responsáveis pelo desastre econômico, que práticas abusivas e repudiáveis estiveram presentes em diversas etapas da cadeia produtiva dos empréstimos *subprimes* e nas suas consequências financeiras (derivativos e ABS).

Esse tipo de percepção levou à criação de um diploma de escopo extenso, com caráter fortemente principiológico, a hoje internacionalmente notória Lei *Dodd-Frank*. Entre os inúmeros objetivos da norma, está a promoção da estabilidade financeira dos EUA a partir da melhora da *accountability* e da transparência no sistema financeiro. Extinguiu-se assim o conceito de *too big to fail*. Busca ainda o diploma proteger o contribuinte americano do elevado custo social dos pacotes de resgate (*bailouts*) e os consumidores contra práticas abusivas financeiras, além de outros propósitos.

No que diz respeito especificamente à proteção do consumidor nos mercados financeiros, podemos destacar, no âmbito da Lei *Dodd-Frank*, a criação de uma agência reguladora específica para essa tutela: o *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB).

Uma das ideias subjacentes à criação do *Bureau* seria a segregação dos tipos de regulação mais relevantes: de um lado, aquele referente às preocupações com a higidez do mercado e, de outro, as preocupações com o investidor/consumidor. Evitar-se-ia, assim, uma disputa interna entre os objetivos da regulação, a saber:

The subprime mortgage collapse demonstrates that when financial institutions pursue short-term profits at the expense of consumers, bank failures result. Federal regulators should have been monitoring both profitability and consumer abuses. The problem with an argument to preserve the regulatory status quo is that prudential regulators had the

18 O escândalo financeiro relacionado às fraudes cometidas por Bernard Madoff são considerados o maior episódio do gênero da história americana. (HENRIQUES, 2010)

19 A Lei *Dodd-Frank* data de 21 de julho de 2010.

authority and the opportunity to regulate predatory lending products and tactics at the heart of the subprime debacle, but they failed to do so until too late. Although each existing federal financing regulatory agency has a consumer protection division and compliance examination staff, these departments are overshadowed in terms of resources and respect from the agencies' top management by the safety-and-soundness supervision divisions. (GRAHAM, 2010)

O CFPB²⁰ foi instituído no âmbito do *Federal Reserve System* (o correspondente americano do BCB), cujo objetivo é proteger o americano médio contra os abusos da indústria financeira. Sua prerrogativa principal será regular a oferta de produtos e serviços financeiros. O CFPB tem a natureza jurídica de uma agência executiva dotada de certa autonomia ante os dirigentes do *Federal Reserve* (Fed).²¹

O propósito geral da nova agência é buscar implementar e, no que for possível, fazer valerem as novas leis de proteção ao consumidor. O princípio é o de que os consumidores tenham melhores condições de acessar o mercado de produtos e serviços financeiros de forma justa, competitiva e transparente. Contudo, a norma possui um forte caráter principiológico e ainda carece de regulamentação em muitos de seus aspectos.

Alguns críticos da norma afirmam que, apesar de seu importante propósito, a norma cria exceções e brechas que podem afetar a sua real eficácia. Por exemplo, existe a possibilidade de que as regulamentações emitidas pelo CFPB sejam revistas caso se entenda que elas afetem os *safety-and-soundness concerns*. Isso é uma opção clara por parte do legislador no sentido de que a higidez do sistema financeiro é mais relevante do que as práticas leais ao consumidor. Esse tipo de argumento pode ser utilizado pela indústria financeira para buscar neutralizar ações pretendidas pelo CFPB.

Outra questão relevante é a exclusão do escopo da norma de alguns setores e produtos relevantes como o setor de seguros e de empréstimos para aquisição de veículos (considerada a segunda forma mais popular de financiamentos após os *house loans*). Mencionam ainda os críticos da norma a possibilidade que o

20 Título X, *Sections* 1001-1058, *Dodd-Frank Act*.

21 Nos termos do *Dodd-Frank Act*, a autonomia concedida a CFPB é diante do chamado *Board of Governors* (a agência central, núcleo decisório do Fed), o qual não poderá interferir nas ações da agência, na contratação ou demissão de seus diretores ou funcionários ou ainda que as regras por ele emitidas sejam sujeitas à revisão por parte do *Board of Governors*.

Bureau considere excepcionar a aplicação de normas de defesa do consumidor a determinadas práticas aparentemente lesivas caso se julgue que elas possam trazer benefícios do ponto de vista concorrencial.²²

Outro aspecto relevante diz respeito à necessidade de educar o americano médio para a aquisição responsável do crédito. As discussões introduzidas no *Dodd-Frank Act* a respeito de educação financeira parecem ainda incipientes, carecem de regulação e planos de ação de caráter mais prático. Em todo caso, o legislador preocupa-se em disseminar cultura financeira entre as diversas classes sociais. Por exemplo, a norma prevê ações específicas para os cidadãos de idade mais avançada (*older Americans*).

Esses dois aspectos particulares da *Dodd-Frank* – a educação financeira e a proteção jurídica ao consumidor – encontram certa similaridade no que já existe no mercado brasileiro. Contudo, parece-nos que, do ponto de vista institucional, talvez ainda não exista muita concretude nas disposições ali engendradas. De todo modo, os princípios ali encerrados são um bom começo para a mudança na cultura do mercado, em que se tenta abandonar um paradigma de mera busca à lucratividade para um paradigma de lealdade e transparência junto ao consumidor.

6 Conclusão: cotejando as experiências

O Brasil tem aprendido com suas crises internas e mostra-se observador atento do complexo momento internacional. As mudanças legislativas e a articulação em políticas públicas têm sido no sentido correto: expandir os esforços em educação financeira, aumentar as proteções ao investidor nos mercados financeiros e de capitais.

A legislação nacional de proteção ao consumidor é robusta, estendendo-se sem restrições aos mercados financeiros, posição essa plenamente acatada pelos tribunais brasileiros. A consolidação do CDC e da atuação dos órgãos de defesa do consumidor mostra um sinal de maturidade no trato da proteção aos indivíduos que consomem produtos e serviços financeiros.

²² Section 1031.

Em termos de agenda regulatória, as questões em pauta no Brasil não poderiam ser mais pertinentes. Ao procurar educar o consumidor e buscar remédios para a questão do superendividamento, o país não parece estar à espera de efeitos deletérios da crise para solucionar o problema.

Nesse campo de inovação regulatória, existe, todavia, a necessidade de verificar a eficácia das medidas propostas. Se estas são capazes de, por exemplo, garantir o acesso com segurança dos novos indivíduos que ingressam todos os dias nos mercados financeiros e de capitais. Essa dúvida coloca-se também no que concerne às medidas contidas na Lei *Dodd-Frank*.

O sistema de proteção ao consumidor brasileiro, como dito, em razão da vasta aplicação do CDC, é robusto na seara *ex post*, repressiva, mas carece ainda de esforços efetivos de prevenção das condutas lesivas ao consumidor. E isso somente será possível ao se aprimorar o aparelhamento dos órgãos de proteção ao consumidor e ao expandir as iniciativas de conscientização e de prevenção junto aos indivíduos e às instituições financeiras.

As normas americanas parecem ter enfrentado uma realidade institucional mais complexa e fragmentada, em que a defesa do consumidor nos mercados financeiros não constituía um objetivo para os órgãos e não havia qualquer entidade avocando para si a defesa de tais interesses.

A nova regulamentação que cria o CFPB tenta modificar essa realidade. Entretanto, novamente, o questionamento quanto à eficácia da medida desponta. Há de se avaliar se a mera criação de um organismo é suficiente para assegurar a defesa dos consumidores; nesse sentido, por exemplo, carece de investigação se o universo de pessoas abrangidas pela nova regulamentação é representativo da gama de serviços e produtos financeiros oferecidos nos mercados financeiros de capitais.

O Brasil possui sistema em que a tutela do consumidor é desempenhada por órgãos específicos, caminho esse que os EUA buscam trilhar mediante a criação do CFPB. Contudo, as entidades atualmente a cargo da defesa do consumidor talvez não possuam a mesma força institucional dos reguladores setoriais, tais como o BCB e a CVM. Alterar esse equilíbrio de forças talvez fosse uma opção a ser avaliada para o Brasil. Ao se examinar a Lei *Dodd-Frank*, apesar da autonomia ali prevista, não há elementos significativos no debate internacional

que indiquem que o CFPB será dotado de força política institucional perante os *lobbies* da indústria e os demais reguladores e autorreguladores.

Finalmente, conclui-se que o Brasil certamente está mais próximo da formiga de La Fontaine em diversos aspectos, tendo montado, diversos anos antes da crise de 2008, a estrutura regulatória e institucional hoje perseguida pelos EUA. Contudo, considerando a situação atual, a contradição entre o prognóstico de crescimento econômico do país e de um cenário altamente adverso internacionalmente, novas ações se fazem necessárias. No tocante às fronteiras regulatórias, as boas iniciativas e as preocupações brasileiras necessitam ser convoladas em ações concretas. Para crescer de forma sustentável e com segurança, o país precisa preparar os seus indivíduos para participarem dos mercados financeiros de forma consciente e saudável.

Referências

BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: RT, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

CARPENTER, David; JICKLING, Mark. **Financial Regulatory Reform: Analysis of the Consumer Financial Protection Agency (CFPA) as Proposed by the Obama Administration and H.R. 3126**. Washington: Congressional Research Service, 2009.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS E DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. **Boletim de Proteção do Consumidor/ Investidor CVM-DPDC**. Brasil: Governo Federal, 2011.

CONSUMER FINANCIAL PROTECTION BUREAU. **Building the CFPB**. Washington: CFPB, 2011.

CORDEIRO, Antonio Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

FOGAÇA, Guilherme. A classe C vai à bolsa. **Exame**, 21 out. 2010.

FRANCO, Gustavo. Crise bancária norte-americana: algumas lições da experiência brasileira. In: GARCIA, Marcio; GIAMBIAGI, Fabio (Orgs.). **Risco e regulação**: porque o Brasil enfrentou bem a crise financeira e como ela afetou a economia mundial. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

FUNDAÇÃO PROCON – SP. **Educação financeira**. São Paulo: Fundação Procon-SP, 2010.

GARCIA, Marcio; GIAMBIAGI, Fabio (Orgs.). **Risco e regulação**: porque o Brasil enfrentou bem a crise financeira e como ela afetou a economia mundial. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GRAHAM, Ann. The Consumer Financial Protection Agency: Love it or Hate it, U.S. Financial Regulation needs it. **Discussion paper**. Texas: Texas Tech School of Law, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1566245>>.

HENRIQUES, Diana B. **The Wizard of Lies**: Bernard Madoff and the death of trust. New York: Times Books, 2010.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). O Brasil ante a crise financeira internacional. **Comunicados IPEA**, Rio de Janeiro: IPEA, n. 107, 2011.

LEVITIN, Adam. **The Consumer Financial Protection Agency**. Georgetown Law – Faculty Working Papers. Washington: Georgetown Law, 2009. Disponível em: <www.ssrn.com/abstract=1447082>. Acesso em: 12 dez. 2011.

LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento aplicado**: aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

MARQUES, Claudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli. **Direitos do consumidor endividado**: superendividamento e crédito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NERI, Marcelo Cortes. **A nova classe média**: o lado brilhante dos pobres. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2010.

REGO, Anna Lygia Costa. **Aspectos jurídicos da confiança do investidor estrangeiro no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

RIBEIRO, Alex. Avanço do crédito preocupa ex-presidente do BC. **Valor Econômico**, 11 mar. 2011.

RUY, Fernando Estevam Bravin. **Direito do investidor consumidor no mercado de capitais e fundo de investimentos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STIGLITZ, Joseph. **Freefall**. Nova Iorque: WW Norton & Company, 2010.

The Bucket Stops at CoCos*

Carla Eloy Jatahy**

Fabiana Amaral Carvalho***

Fernanda Martins Bandeira****

1 Context. 2 Why new hybrids? 3 What are CoCos?: 3.1 Types of CoCos; 3.1.1 Tier 1 vs. Tier 2; 3.1.2 Conversion or Write-Down; 3.1.3 Triggers; 3.1.4 Conversion Rate; 3.1.5 Mandatory or Contractual; 3.2 Potential Market for CoCos; 3.3 Strengths and Weaknesses of the Instruments Strengths. 4 Regulatory Proposals: 4.1 The Swiss Contingent Capital Proposal; 4.2 The Brazilian Contingent Capital Proposal. 5 CoCos in Brazil?: 5.1 Legal issues; 5.2 Economic issues; 5.3 Optimal Design. 6 Conclusion.

Abstract

Contingent convertibles (CoCos) have been engineered as an instrument to improve the banking sector's ability to sustain shocks and absorb losses, as well as strengthen the resilience of financial institutions in order to prevent taxpayer funded bail-outs. This paper analyzes the different types of CoCos, triggers, rates and legal approaches. The effects of conversion or write-downs are illustrated. Potential market and strength and weakness of the instruments are discussed. Attention is paid to the different regulatory proposals. The Brazilian legal framework is summarized and comments are made on the issuance of CoCos in Brazil regarding legal, economic and design issues.

* Disclaimer: this paper represents the views of the authors and thus should not be interpreted as the Central Bank of Brazil's(CBB) official position.

** Master in Business Administration, Erasmus University/Rotterdam School of Management

*** Master in Finance, London Business School.

**** Master in Law and Finance (candidate), Queen Mary University of London.

Keywords: Basel III. Contingent capital. CoCos. Regulation. Trigger. Bail-out.

Resumo

Títulos conversíveis contingentes foram projetados para serem instrumentos que ajudem o setor bancário a melhorar sua habilidade de suportar choques e absorver perdas, como também a fortificar a resistência das instituições financeiras com o objetivo de evitar resgates bancários com recursos públicos. Este trabalho analisa os diferentes tipos de CoCos e seus gatilhos, taxas e abordagens legais. Os efeitos de conversão e write-downs são ilustrados. O mercado potencial e os pontos fortes e fracos do instrumento são discutidos. Atenção é dada às diferentes propostas regulatórias. O quadro normativo brasileiro é resumido, e comentários são feitos sobre a emissão de CoCos no Brasil quanto a questões legais, econômicas e concepção.

Palavras-chave: Basileia III. Capital contingente. CoCos. Regulamento. Gatilho. Bail-out.

1 Context

The recent financial crisis unleashed several debates on how best to achieve a sound financial system and address the challenges presented to financial regulators. It has become a consensus that the world simply cannot afford another crisis of the magnitude just witnessed.

The costs of the past crisis are estimated by the Bank of England to have involved staggering numbers up to 2010: US\$100 billion in the US and £20 billion in the UK in terms of fiscal or foregone output costs; US\$4 trillion in the US and £140 billion in the UK in terms of loss at the level of production, given the decrease of 6.5% in world output (not counting its growth rate); not to mention millions of job losses. These numbers have done nothing but escalate.

More importantly, the tax-payer has to be shielded from footing the bill of a rescue in a situation uncalled for in his responsibilities. A fundamental and far-reaching reform is required to prevent this situation from happening yet again.

The Basel Committee on Banking Supervision (BCBS) answered this predicament by developing a comprehensive set of reforming measures called Basel III.¹ The measures aim to improve the banking sector's ability to absorb shocks derived from financial and economic stress, improve risk management and governance and strengthen banks' transparency and disclosures.

One of the main aspects of Basel III relates to the improvement of regulatory capital definition. The recent crisis unveiled the weakness of the capital held by financial institutions (FIs). Not only there was not enough capital to absorb losses, but also instruments included in the capital definition were not able to absorb losses as expected. According to the BCBS assessment (2011, p. 2):

It is critical that banks' risk exposures are backed by a high quality capital base. The crisis demonstrated that credit losses and write-down come out of retained earnings, which is part of banks' tangible common equity base. It also revealed the inconsistency in the definition of capital across jurisdictions and the lack of disclosure that would have enabled the market to fully assess and compare the quality of capital between institutions.

To this end, when redefining the regulatory capital base, Basel III has put greater focus on the ability of the instrument to absorb losses. The regulatory capital is the sum of Tier 1 and Tier 2 Capital. The former must consist of instruments able to absorb losses on a going-concern basis, *i.e.* while the institution is still functioning. The latter is formed by instruments that absorb losses on a gone-concern basis, *i.e.* when the institution is not viable anymore.

The distinction between going and gone concern loss absorption capacity is paramount for achieving the objective of raising the quality of capital base. In a nutshell, instruments can absorb losses on a going-concern basis through the cancellation of coupon/dividends, write-down,² conversion into shares or a

1 The BCBS published in 2010 two documents entitled "Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems" and "Basel III: International liquidity risk measurement, standards and monitoring" that compile the most important recommendations related to the Basel III regulatory reform package.

2 An instrument can be written-down until it completely loses its value, *i.e.* being written-off.

similar reduction in book value. On the other hand, on a gone-concern basis, the loss absorption instrument could lead to an alteration of the seniority structure of banks' capital at the point of non-viability,³ so this bondholders would have the lowest priority in case of liquidation, potentially suffering a loss ahead of equity-holders.

Common equity,⁴ which is primarily formed by common shares,⁵ is considered the component of capital most able to absorb losses because every decrease in assets or increase in liabilities directly reduces the book value of common equity. Consequently, Basel III requires Tier 1 to be predominantly formed by common equity.⁶

However, since common shares are the most expensive form of capital, requiring Tier 1 to be composed solely by common shares, would severely impact the FI's cost of capital. Thus, innovative instruments, the so-called hybrids that combine attributes of both debt and equity and are built to absorb losses on a going-concern basis may also compose the Tier 1, up to a certain limit.⁷

2 Why new hybrids?

Hybrids and subordinated debt are not new to the regulatory capital base. Since Basel II, they have been included in both Tier 1 and 2 capital definition.⁸ Notwithstanding, during the last financial crisis, most hybrid capital instruments and subordinated debt did not absorb losses as they were designed to do. This was partly due to banks' reluctance to send negative signals to the financial markets and partly due to regulatory forbearance, overestimated capital ratios and/or capital injections from the governments, which prevented the breach of regulatory ratios.

3 While there isn't a precisely defined concept of the point of non-viability, it is related to the insolvency or near insolvency situation. The going-concern period is situated before the point of non-viability and the gone-concern one after.

4 According to Basel III definitions, common equity consists of the sum of: common shares, stock surplus, retained earnings, comprehensive income and other disclosed reserves.

5 In Brazil, preferred shares are very similar to common shares, but for voting rights and thus the arguments related to loss absorption capacity extend to preferred shares.

6 According to Basel III, total regulatory capital, Tier 1 and common equity must be at least 10.5%, 8.5% and 7% of risk-weighted assets (RWA), respectively. Therefore, more than 65% of the regulatory capital must consist of common equity. See Table I for Basel III regulatory capital ratios.

7 Hybrids included in Tier 1 are limited to 1.5% of RWA.

8 See "Instruments eligible for inclusion in Tier 1 capital" (Basel, 2008).

The Basel Committee has now set forth a complete restructuring of hybrids and subordinated debt to overcome these issues.^{9,10} In fact, Basel III has introduced two sets of criteria which an instrument issued by a bank has to meet or exceed in order for it to be included in the capital definition, irrespective of its legal form. One set relates to criteria for inclusion in Additional Tier 1 capital and the other to Tier 2 capital.¹¹

The main new features of Basel III Tier 1 instruments, when compared to those of Basel II, relate to prohibition of step-up clauses, full discretion of distribution/payments cancellation and principal loss absorption through either conversion to common shares or a write-down mechanism. Step-up clauses represent an incentive for the issuer to redeem the instrument, what, in practice, shortens the maturity of the contract.¹² An instrument that is not perpetual is less able to absorb losses. Barring step-up clauses reinstates the instrument's perpetuity.

Basel II Tier I hybrids allowed issuers to cancel payments without triggering a default. According to the Basel's Press release, a condition all instruments included in Tier 1 must have fulfilled was: "the bank must have discretion over the amount and timing of distributions, subject only to prior waiver of distributions on the bank's common stock and banks must have full access to waived payments" (Basel, 2008).

Although issuers had discretion to halt payments, they were reluctant to do so for fear of showing weakness to markets and worsening their already fragile situation.¹³ This is the main reason why the instruments did not absorb losses as expected and is the main drive of Basel III hybrid changes. Basel III strengthened the full cancellation prerogative and added a principal loss absorption mechanism which is independent of the issuers' will. The principal loss absorption should happen through either conversion to common shares or a write-down mechanism at a pre-specified trigger point. The trigger event

9 Albeit viewed as a new and innovative security thought after the post-crisis world, contingent convertibles were in fact originally proposed by Flannery, in 2005.

10 Research by Flannery (2005), D'Souza *et al.* (2009), Huertas (2009), Pennacchi *et al.* (2010), and Hart and Zingales (2010) have highlighted the potential value of requiring some form of contingent equity capital infusion for banks via either conversion of existing debt, insurance contracts, or a rights offering as a buffer against loss.

11 See Annex I and Annex II, respectively, for Tier 1 and Tier 2 instruments' sets of criteria.

12 Step-up clauses are the terms in a contract that allow for changes in interest rates or distributions/payments at a pre-specified event or time in the future.

13 Pazarbasioglu *et al.* (2011).

could be determined by the fact that either a write-off, without which the firm would become non-viable, is deemed necessary by the relevant authority, or there is a decision to make a public injection of capital or equivalent support. The same changes apply to Tier 2 capital instruments, except for full discretion of distribution/payments cancellation prerogative.

The main characteristics of the Basel III Tier 1 and 2 instruments and their related issue will be the focus of this paper. The paper is organized as follows: the third section describes the main features of those instruments, the fourth section presents regulatory proposals for contingent capital, the fifth section discusses the viability of having contingent capital instruments in Brazil and the sixth section is the conclusion. Hereafter, hybrids, subordinated debt or any other instruments that meet the criteria specified in Annex I or II will be called contingent capital bonds for its contingent main feature.

3 What are CoCos?

In essence, contingent capital or contingent convertible (CoCo) is a form of long term hybrid security instrument combining the attributes of both debt and equity. A CoCo is issued as debt that mandatorily and automatically converts to equity, or is written off, upon a triggering event. A CoCo will, in general, operate in the same way as a conventional bond, namely through the payment of a coupon to holders until the instrument automatically converts when the threshold in question is breached or until payments are cancelled.¹⁴

A CoCo is engineered to recapitalize a distressed FI without recourse to taxpayer funds, acting like a fixed income security in good times and equity in bad times. Through its underlying recapitalization function, it could contain the demise of one FI, as well as the resultant chain reaction that could eventually spiral into a systemic crisis in the financial system. And by reorienting the incentives of the FI itself and its stakeholders, CoCos could even reduce risk in the financial system, by coherbing excessive risk taking and leverage.

14 According to Basel III (December, 2010): "a. the bank must have full discretion at all times to cancel distributions/payments; b. cancellation of discretionary payments must not be an event of default; c. banks must have full access to cancelled payments to meet obligations as they fall due; d. cancellation of distributions/payments must not impose restrictions on the bank, except in relation to distributions to common stockholders".

Even though CoCos do not inject new capital into the FI by transforming debt into equity or cancelling the debt itself, in a trigger breach, they improve the capital structure, the quality of the FI's capital and enable a better absorption of losses.

3.1 Types of Cocos

Current proposals for the design of CoCos' securities may combine different features according to regulatory, market or legal issues. The main features are discussed hereafter and relate to: coupon cancellation, principal write-off, conversion into shares, contingent triggers and instrument's legal form.

3.1.1 Tier 1 vs. Tier 2

As previously mentioned, current proposals for the design of CoCos' securities tend to fall into one of the two types: gone-concern (Tier 2) or going-concern (Tier 1) contingent capital.

Gone-concern contingent capital is a debt security designed to absorb losses when a financial institution is at the point of non-viability or insolvency. Debt is eradicated when the instrument is written-off or converted into common equity. According to Basel III, it must have a minimum original maturity of at least five years.

Gone-concern contingent capital is in fact a resolution mechanism, part of bail-in powers, and could involve the creation of a new entity that would be capitalized, initially at least, through the conversion of these contingent securities. This type of contingent capital makes financial liabilities junior to other liabilities, allowing the business to operate during the resolution process and reducing the economic and systemic impacts of reorganization. Because failure would imply large losses and thus a significant capital shortfall, gone-concern contingent capital would likely need to be issued in large size in order to be effective. Studies demonstrate that it would be recommendable for financial firms to issue CoCos equal to 2-4% of total assets in good times, with

a maturity of no less than 30 years (FURSTENBERG, 2011). There is a need for careful integration of their use with emergency liquidity instruments and supervisory intervention techniques to ensure that they increase, rather than decrease, the FI's chance of survival and that they do not trigger a broader loss of confidence (LASTRA, 2011).

Going-concern contingent capital differs substantially from the gone-concern kind. Losses are absorbed not only by write-off or conversion, but also by cancelled payments. According to Basel III, the instrument is perpetual, *i.e.* cannot have a maturity date. It is designed to function well in advance of resolution mechanisms are used or even considered, and thus to contain financial troubles at its inception. The recapitalization occurs at a time when there is still significant enterprise value and the recovery is still viable. Ideally, conversion will be triggered at a time when the FI, although still considered to be a going-concern, is nonetheless showing signs of financial distress, and is prevented by its own and possibly the market situation from issuing new equity and strengthening its capital base.

Going-concern CoCos' trigger should be set at a high enough capital level that it operates while the firm remains fully viable – but not so high that it is likely to be triggered in only a mild downturn. The higher the trigger, the more expensive the CoCo would be, since from the investor's point of view a higher trigger implies a greater conversion risk. At the other end of the spectrum, the trigger also should not be so low that it allows losses to mount for too long, leaving little or no value left in the firm and effectively making the contingent capital the gone-concern kind. From the investor's point of view, a low trigger would imply a low risk of conversion, and thus the risk premium for low trigger CoCos would be lower. So as to avoid the negative impact on market dynamics, triggers would need to be set off long before liquidity pressures start, in order to forestall a self-fulfilling presumption of a liquidity crisis (DUFFIE, 2010).

3.1.2 Conversion or Write-Down

Bonds with a write-down feature or “write-down CoCos” have a structure in which their principal is partially or fully reduced if the specified trigger(s) is breached, in which case the principal could even be written-off. Alternatively,

a CoCo with conversion features or “conversion CoCo” is one form to compensate debt holders with equity. Either way, leverage is reduced, the capital structure is strengthened, but no new capital is made available. Liquidity is not directly increased.¹⁵

For write-down CoCos, the value of equity rises to the extent of the write-down made, since the decrease of debt generates gains that can be allocated to retained earnings. Write-down bonds recapitalize a troubled firm without requiring fixed income investors to hold equity, which could potentially be attractive to a larger pool of investors.¹⁶ Instruments with high write-down clauses would provide a powerful incentive for bondholders to monitor the bank’s performance closely.

Principal write-down may avoid complications embedded in a conversion, for instance pricing issues, dilution risk and investors’ limitations, but might create an incentive for market manipulation to reduce debt payments.¹⁷ However, the stringency of the losses that would be imposed might mean the cost of these instruments could be steep, and thus likely to be limited to issuance by strong banks, those with a very low probability of failure.

For conversion CoCos, the total book value of equity also rises to the extent of the conversion made. Thus, conversion CoCos also present loss absorption capacity. Conversion CoCos may reduce the cost of issuance due to a remaining asset belonging to the CoCo-holder. In contrast, they may also present a dilution threat to the shareholder.

3.1.3 Triggers

All contingent capital proposals rely on a trigger to implement conversion, although different design structures for CoCos differ on the determination of the trigger that leads to conversion as well as the conversion price. The trigger determines whether and when the debt converts to equity, or is written down, to recapitalize the financial firm. There are generally four principal proposals for the trigger: capital ratios, market metrics, regulatory discretion or public sector capital injection.

¹⁵ By signaling to the market that the issue will be solved market confidence could improve liquidity.

¹⁶ For instance, pension funds, one of the largest class of investors, usually are precluded from investing in equity instruments.

¹⁷ These issues will be addressed in section 5.2.

A capital-based trigger, for instance, would force mandatory conversion if and when a bank's capital ratio (*e.g.* Tier 1 or Common Equity over RWA) falls below a threshold specified either by regulators (in advance) or in the contractual terms of the contingent bonds. It would not entail the uncertainty around a pure regulatory discretion and vulnerability to market manipulation, but it would heavily depend upon financial disclosure of the institutions. Low publication periodicity, for instance, would cripple the security. Also, even at the required quarterly information issuance, they may not provide timely information about a FI's financial condition for a situation where the market value of a bank's capital deteriorates rapidly.

A market-based trigger would convert when a FI's market-based metric of bank solvency (be it a market-based capital, leverage or Tobin's Q ratio¹⁸ or even CDS spread [HART, 2009]) descended past some level (or in a CDS case ascend past some level). Market-based measures are transparent, verifiable and observable in real time by regulators, issuers and investors. Their strength lies on the fact that they offer a timelier signal of impending distress and are not reliant on complex models which could contain erroneous assumptions, with simple and straightforward calculations. On the other hand, this same market discipline cannot work without proper and updated information and market sentiment, or even market manipulation – could provide a higher chance of false positives and force a recapitalization unnecessarily.¹⁹ In addition, not all market information might be available to countries with less sophisticated or more controlled financial markets. Also, there is a concern that market-based triggers would leave the FI's open to speculative attacks by short sellers. CoCo holders could short sell the FI's equity to drive the price down towards the trigger level, forcing a conversion and then using the proceeds to cover the short position, benefiting from the gain once its newly gained shares returned to its "normal" level.

There might be solutions for the threat stated above. The conversion trigger could be based on a weighted average of equity prices over a reasonable interval, requiring short-sellers to fund their positions for a longer period at greater costs, making the strategy not financially viable or worth it. Just like it occurred during

¹⁸ The ratio of the market value of a FI's equity to its book value.

¹⁹ As a market-based trigger, it assumes that the efficient-market hypothesis (EMH) holds. EMH asserts that financial markets are efficient in incorporating information.

the crisis in the US, imposed by the FED and the SEC, restrictions on naked short selling could be applied at certain periods. In addition, depending on the CoCo structure, if the number of shares the investors receive on conversion is fixed in advance, it is not advantageous influencing prices so as to induce an artificial conversion.

A regulatory base trigger would allow regulators to decide “why,” “when” and “how much” to convert. Regulators have an insight into the overall operations of the institutions they regulate and that allows them to make a thoughtful decision based on several inputs, as well as considerations about the stability of the financial system as a whole. On the other hand, recent experience shows that regulators might be hesitant to publicly pronounce that a financial firm is unhealthy, especially during the early stages of distress. Thus, a regulator may be unlikely to pull the trigger – affecting not only the firm and all of its stakeholders, but also likely raising alarm about the health of other financial firms – unless it is certain of a high degree of distress. This is called regulatory forbearance. By then, losses may have already risen to untenable levels, which is why this type of trigger is usually associated with gone-concern contingent capital.

Also, the models developed to quantify risks could contain errors or misguided assumptions, which could lead to a wrongful interpretation of a FI’s capital status. It could be observed that during the crisis model errors were large and egregious. To simplify the problem, since based on past historical data, they simply did not account for the new extreme volatility the crisis imposed on prices. The world had seen before a similar experience with the Long Term Capital Management (LTCM) debacle, and the pitfalls of seeking quantifiable answers to questions about the dynamics of complex systems, “The Pretence of Knowledge”, had already been addressed by Nobel laureates (HAYEK, 1974).

It could be observed as the crisis came and went, that regulatory solvency measures or capital ratios did not capture the deterioration actually occurring to FIs and offered basically no warning of impending problems, scoring poorly as a control device. Also, a regulatory based trigger creates uncertainty over the timing and circumstances of conversion. This uncertainty makes CoCos more difficult to price. All of this creates uncertainty over the effectiveness of a sole based regulatory trigger.

A public sector capital injection would also be decided by regulators. The discretion involves whether a public injection is deemed necessary or not, and such injection mandatorily sets the trigger. With a public capital injection, the CoCo would either be written-down or converted. Should it be written-down, the write-off should be permanent, so as not to have the unintended consequence of bailing out the capital instrument holders and adding a burden to taxpayers. This trigger is very important to guarantee that, even when other triggers do not properly work, public injection is only used as a fallback option.

There could be the possibility of combining different types of triggers be it market, regulatory, capital ratio or public sector capital injection. A CoCo could have a dual trigger for instance, in which for a conversion to occur the FI's market capitalization would fall below a certain level and simultaneously a broad, FI-based index would sustain material losses (MCDONALD, 2010). This dual trigger would foster the recapitalization of all issuing banks during a widespread financial crisis, while also allowing a FI to convert in a stable period.

It is worth noting that investors and regulators might be able to find some common ground on the trigger: investors might not object to giving regulators the flexibility to halt a trigger for a set period of time in disorderly markets or after stress test results. This would permit regulators to use their discretion to act in the best interests of the financial system.

3.1.4 Conversion Rate

Besides the definition of the trigger, the value of the conversion rate would also define the attractiveness of the CoCos to a wide array of investors, issuers and regulators. A conversion rate below the nominal value of the bonds can help reduce the possibility of manipulation, particularly if a market-based trigger is used, given that the conversion would not be advantageous if forced artificially. The inherent danger of share price manipulation is limited and the FI would presumably present a higher firm value. On the other hand, as it presents a smaller dilution risk, this option could fail to deter risky behavior by management. This could translate into higher issuance costs.

Conversely, a conversion rate above par value holds out a greater incentive to the issuing bank to avoid conversion, as it would seriously dilute the stock and upset the previous investors. The incentives for market manipulation would also be greater, since the CoCos' owners would benefit from a decrease in share price. This could render lower issuance costs and an implied higher cost of equity due to dilution uncertainty.

A conversion into a fixed number of shares would provide little incentives for market manipulation since the CoCo holders would receive a pre-specified fixed amount of shares. This option encourages both sides to avoid reaching the trigger breach, since depending on the rate set the conversion could bring a loss to both parties. The cost of issuance would be in tandem with the FI's robustness.

There is a proposition to structure CoCos with a call option, called Call Option Enhanced Reverse Convertible (COERC) (PENNACCHI, 2010). Structured as a bond, it converts to equity if a bank's market value of capital falls below a pre-specified trigger. On this type of structure, the conversion rate is below the price that triggers conversion and the bank's original shareholders would have the option to repurchase these shares at the bond's par value, with the intention of avoiding heavy dilution of their shareholding. As per the holders of COERC, they would almost always receive their bond's par value in cash at conversion, making it appealing to a large number of risk-averse investors. The design preserves the pre-emptive rights of stockholders who may be concerned about losing control to CoCo investors after conversion, without abdicating the incentives to managers to avoid risky behavior which could result in a sharp decline in equity prices. This risk reduction would make the instruments more attractive, improve their market eligibility for fixed income investors, and lower risk premiums.

Regarding this proposition, one has to consider the state of the existing shareholders at the time of conversion – how liquid and inclined to invest they will be, since they could also be adversely affected by the crisis. Shareholders of financially strong institutions would likely be more prone to exert their subscription rights, assuming that the faltering financial situation at the time of conversion will ultimately see a return to profitability. Shareholders of financially weaker banks, on the other hand, may lack the incentive to acquire additional shares at a time when the FI's situation is deteriorating.

3.1.5 Mandatory or Contractual

At the inception of CoCos' proposals, the trigger point was set as the point of non-viability, and was designed to represent a level beyond which a FI could not continue its operations without a public bail out or a debt write-off (point of insolvency), as determined by the supervisor. In other words, the trigger point would depend on a discretionary assessment conducted by the relevant authority over the continuity of a given institution leading to a gone-concern sequence of procedures.

Ideally, to ensure the outcome of enhancing capital and capital-like instruments' capability of bearing losses, some courses of action were endorsed by the Basel Committee, among them:

- a) Development of national and international bank resolution frameworks that enable losses to be internalized by banks at the point of non-viability;
- b) Requirement that all regulatory capital instruments include a mechanism in their terms and conditions, which ensures that they will take a loss at the point of non-viability.

Loss absorbing mechanisms introduced in the legal and policy frameworks for resolution reform²⁰ – “bail in powers” – are aimed at reducing moral hazard, realigning incentives for private solutions of failing banks and protecting taxpayers. However, the Basel Committee's Cross-border Bank Resolution Group (CBRG) recognized²¹ that there is a limited outlook for material advances within the existing legal and regulatory arrangements for banking resolution in the near term.

Additionally, a banking crisis, as a matter of public interest, must be addressed by the relevant authorities in an anticipated and integrated manner. In this sense, early intervention and resolution must be seen as part of a seamless process. Indeed, the need for effective supervision – and timely preventive measures – is essential for the proper allocation of losses and recapitalization.

Consequently, Basel III's focus on the enhanced capability of loss-absorption of FIs associated with the recognition of the importance of public intervention

20 Key Attributes of Effective Resolution Regimes – November, 2011 – Financial Stability Board.

21 Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group – March, 2010 – Cross-border Bank Resolution Group (CBRG) of the Basel Committee on Banking Supervision.

at an early stage led to the development of new instruments designed to absorb losses long before the point of non-viability, on a going-concern basis and under a contractual approach, in contrast to the statutory resolution schemes.

In this regard, the authority's intervention and the public interest involved are one of the most challenging aspects behind the new proposal. The going-concern contingent capital proposal differs from the gone-concern because the latter is completely enforced by law provisions while the former is primarily based on contract law, but is depended upon authority intervention to a certain degree.

Within a contractual approach, both parts voluntarily enter into a contract that, to be considered as capital under Basel III standards, must include provisions regarding loss absorbency mechanisms (write-down and/or conversion clauses). In this context, one of the main benefits of private law is the flexibility the participants have to design tailor made instruments through contract structuring that meet both their demands.

Another positive aspect of a private approach is that it can be adapted to different jurisdictions, without specific harmonization efforts, which is an important advantage in relation to the gone-concern proposals, mainly dependent on legislative changes and harmonization among jurisdictions to become enforceable.

On the other hand, even if a fully contractual approach is permitted, and that is desirable to a certain extent, it seems unlikely that the contract will solely be able to provide the necessary legal certainty, mainly because the reasoning behind the CoCos being written-off or converted (trigger activation) is highly intertwined with the public interest of maintaining financial stability and avoiding exposing taxpayers to bail-outs.

In effect, under a fully contractual approach, the contracts and clauses can be enforced by taking legal action, in the sense that there is a legal remedy for the breaching of a contract. Preserving one's reputation can also serve as a disciplinary incentive to uphold the demands of both parties in the contract. When participants have the faculty, but not the obligation, the contract gives rise to what is called "illusory promises" which impose no legal obligation on the promisor. While it is not the purpose of this paper to explore in details the rationale behind discretion in financial contracts, it can be assumed that it rests both on considerations of flexibility and reputation.

In the case of the hybrids and subordinated debts issued before the crisis, market reputation actually played against the expected results of discretionary clauses in terms of loss absorption. This fact allowed – but did not oblige – banks to “share” the economic downturn with subordinated creditors. So they did not act in order to avoid blemishing their reputations and weaken or endanger the whole financial system. Literature²² demonstrates that discretion may be useful in deterring moral hazard while providing a reputational feedback, but this backstop tool of excessive risk taking proved to be ineffective because:

- a) Banks avoided sending signals of deterioration at an early stage (*i.e.* reputational capital seems to be more valuable than financial capital within the financial industry);
- b) Holders of debt instruments perceived their risks as being explicitly guaranteed by governments regardless of the real condition of the FIs.

The newly proposed instruments are expected to overcome these deficiencies by linking write-off and/or conversion clauses of the debt instruments to the authority’s decision in some way, which can be as objective as a minimum regulatory capital requirement or open as a discretionary decision over the financial situation of the institution.

It could be argued that a more objective trigger could be chosen in order to avoid contract results being depended upon the public authority’s discretion, and possibly inducing forbearance, when the authority perceives unacceptable risks to act pursuant to private rights rather than public obligations. However, even with the definition of a clearly objective trigger, this trigger must be prescribed as part of a mandatory scheme, so that at least a restructuring process is initiated, sustained then by a sound legal framework that avoids unlawful deprivation of property.

Actually, the going-concern design proposal creates contractual and legal obligations to both the FI and the creditors, based upon an endogenous condition, which is the financial deterioration of the institution recognized by the authority, when the write-off or conversion clauses must come into effect. In fact, regulators could have the option to impose losses on capital instruments at an early stage, based on the social function of property and other public interest considerations.

22 Craswell, Richard and Calfee John (1986); Corrigan Gerald (1989).

It is worth reminding that the principle of peaceful enjoyment of property can only be deprived by exceptional conditions legally prescribed and in the public interest. In effect, constraining the private rights can only be justified by an explicit and proven public interest, clearly defined by law. Otherwise, it can be seen as an excessive intervention on the private sector that threatens the democratic rule of law.

In addition, it is also important to reduce the uncertainty surrounding the activation of the triggers in order to avoid negative impacts on market behavior, fire-sales by debt-holders and arbitrage opportunities. To this end, transparency and predictability provided by capital instruments defined by law seem to be crucial.

Incentives alignments also matters. The rationale is that private responses must be developed and banks (through equity and subordinated debts) should internalize the cost of the public protection. Arguably, if management has no power to stop a conversion clause – as legally defined – should a triggering event occur, it will have a greater incentive to prevent emergencies from happening and to craft plans for the unexpected. Subordinated creditors will be induced to monitor and deter excessive bank risk being taken in order to avoid loss to its investments. For its part, regulators must be able to establish the right balance between public interests and private rights while minimizing the legal risks involved.

3.2 Potential Market for Cocos

It is of interest to all stakeholders in a potential market for contingent capital – the issuing FI, investors and regulators – that this market should be considerable in size, sound and effective, so that: *i*) banks have a resilient and sizeable loss absorbing capital base (good to regulators); *ii*) are able to tap the markets more cost effectively than by issuing equities (good to issuers); *iii*) provide return and liquidity (good to investors). Since most likely each participant would favor a different structure, it will be critical for the market development that an appropriate balance between their competing interests be attained.

The contingent capital market, in order to be viable and large in size, must appeal to fixed-income investors, estimated to be worth US\$35 trillion, and thus

large enough to absorb potential issues of the magnitude from US\$925 billion to US\$1.9 trillion. With over US\$1 trillion of outstanding subordinated and hybrid debt that should be phased out by 2022, banks will have to issue loss-absorbing instruments of this magnitude in coming years.²³

It is of great importance to investors the ability to assess updated and fully disclosed information on the health of a FI. Implementation of more thorough and standardized disclosure requirements that improve accuracy, speed and transparency is thus vital. Investors must entirely recognize all the risks involved, so that they trust the CoCos' market.

From the FI' perspective, contingent capital may be preferred to equity because *i*) it is cheaper, given the tax shield,²⁴ *ii*) before conversion, it need not result in value loss to shareholders (while the forced issuance of equity automatically does) and has the accounting advantage of not having to be included in a company's diluted earnings per share until the bonds are eligible for conversion; and *iii*) it may be acceptable as additional Tier 1 or Tier 2 capital. Having debt treatment is important to the pricing of the issue and the cost to the issuer. If CoCos become too expensive, close to the cost of equity, the issue might not make economic sense. The cost of equity capital to the bank can be taken as the upper limit on the cost of CoCos.

Most traditional fixed-income investors, such as pension funds, dislike conversion to equity because their fund mandates presently preclude them from holding convertible securities or equities and would prefer a write-down instead of principal conversion, especially if it would include a write-back option if the financial institution recovers financially. Also, fixed-income investors could be precluded by their fund mandates from investing in an instrument with a discretionary trigger. A write-back is attractive to many fixed-income investors, not only because it offers the hope of regaining some – or all – of the principal, but also because it addresses another mandate issue: some fixed-income fund mandates bar investing in securities with an embedded permanent write-down feature.

Obviously, mandates may evolve as new funds are raised. A new investor base may gradually emerge for CoCos, starting with hedge funds, high yields,

23 Standard & Poor's (2010).

24 For the applicable jurisdictions.

or equity investors. Conservative investors (with a longer-term investment horizon) would be more interested in lower trigger issues and more speculative investors (prone to higher risks) would be more interested in high trigger issues.

More conservative investors would be more attracted if there were a significant premium paid for potential equity conversion over existing Tier 1 yields, and if they feel that the risk of exchange to equity is sufficiently remote. The higher risk profile of the instruments mean that low to moderate bond investors including insurers, pension funds and asset managers, may initially be reluctant to add these securities to their portfolios. However, instruments that are attractive to insurers looking for a steady return on their investments could be structured. Insurers would also benefit from the diversification of their investment portfolios. In general, regulation worldwide imposes no restrictions on insurers' ability to invest in any particular asset class, provided that the risks can be properly understood, measured and monitored. The advent of sophisticated internal models for insurers means that they indeed could be potential CoCos' investors.

The nature of conversion CoCos provides a further level of assurance since, even if a trigger event took place, there is still the potential for some upside should the bank (and its share price) recover. For investors whose mandate allows them to hold equity, that would potentially be a more attractive prospect than taking an automatic haircut.

Since contingent convertibles convert automatically and investors thus bear the risk of becoming shareholders with the embedded risk of equity, it is logical that CoCos will generally carry a higher coupon than traditional bank bonds. Whilst it is not yet clear how high the risk premium required by the market for CoCos will ultimately be, it probably will differ from FI to FI. At present, there is a market assumption that CoCos will pay coupons of between 7.5% and 11%.²⁵ Thus, CoCos would likely appeal to traditional fixed-income investors, retail investors, sovereign wealth funds, high-yield, hedge funds, and to a lesser extent, to equity investors.

Expected formats of capital instruments should be: *i*) Additional Tier 1; *ii*) Perpetual; *iii*) Non-cumulative coupon suspension; *iv*) Minimum – mandatory coupon cancellation or temporary write-down of principal for ongoing loss

²⁵ Standard & Poor's (2010).

absorption; v) Mandatory conversion if Core Tier 1 falls below certain level or permanent write-down for gone-concern loss absorption.

Regulation has an important part to play in the development of a market for CoCos and it should assist as possible, since it is the driving force behind the issuance of this new structure (instruments will be issued to raise the level of regulatory capital) and a targeted design of the regulatory framework can help new instruments gain attractiveness, market credibility and acceptance.

One other contribution to market demand could be requiring FIs to make the discretionary distribution of bonus to its staff and shareholders in CoCos. This could help catalyze the CoCo market and provide further benefits. Maintaining revenues in the FI would increase the capital base and resilience. The incentives for aligning risk among employees and shareholders could not be better. There would be no temptation to “risk it all” when facing the abyss which equity could provoke – it would also be in the employees’ interests to be risk avert also in the short term in order to avoid conversion of the CoCos. The stability of the FI, more than short-term profitability would determine the amount of compensation. Additionally, it would avoid hesitation to receive capital injection due to its dilutive impact. Haldane (2011) maintains that should 50% of UK bonuses of the large banks had been paid in capital from 2000 to 2006, capital ratios of those banks would have been 3% higher. That amounts to £70 billion, roughly the value of external capital UK banks raised during the crisis. This proposal has its pitfalls. Should an employee depart from a FI, and exit the investment, the FI would have to consolidate the trust and take the securities onto its balance sheet, diminishing the contribution of CoCos to the regulatory capital.

In the end, CoCos’ marketability will depend on the fact of whether it will be possible to find investors in a sufficient number willing to buy these securities. There are several issues and challenges involved in building a new asset class that reaches a critical mass and becomes mainstream. Several years could pass by in order for this development to occur. Nevertheless, it is plausible to imagine an investor base for CoCos emerging even in the short term. Recent oversubscribed issues have been encouraging and signal that CoCos realistically have the potential to be absorbed by the market at an acceptable price.²⁶

²⁶ Please refer to Annex III for information on securities issued to date, especially the one made by the Bank of Brazil which supposedly incorporates Basel III recommendations.

3.3 Strengths and Weaknesses of the Instruments Strengths

Contingent capital has several appealing properties. Contingent capital:

- a) increases a bank's capital when a bank is weak, which is precisely when it is hardest for a bank to issue new equity. Equity is provided in advance, instead of hastily under stress. In doing so, contingent capital reduces the "debt overhang" problem (MYERS, 1977), which is a moral hazard incentive to increase the firm's risk in investments in risky assets or higher leverage, as long as the decline in firm value is less than the decline in the value of the debt as a result of the increased default risk;
- b) enables the issuer to raise leveraged capital in a tax efficient manner due to the tax shield of debt;
- c) qualifies for Tier 1 or Tier 2 capital treatment; has a higher loss absorption capacity than other hybrid instruments issued pre-crisis; through coupon payment cancellations and write-downs;
- d) streamlines a bank's capital structure, reducing its weakness;
- e) increases monitoring and incentivize investors' activism;
- f) has a disciplining effect for management since the risk premium for CoCos is likely to increase with a FI's risk;
- g) could be attractive for a new pool of investors precluded to invest in other instruments;
- h) could potentially assist regulators on avoiding the time-consistency dilemma when temptation to forbear or bail-out is very strong. Due to political stress and bare uncertainty, it is almost impossible not to opt for the certainty of bail-out ex-post.

Weaknesses

The most controversial points of contingent capital are:

- a) the trigger. Conversion could occur when it is not desired or could not happen when desired. The determination of whether, when and by how much the debt converts to equity is crucial to the determination of the

instrument's efficiency and success. And this determination is depended upon a very fine balance;

- b) lack of new capital injection for most instruments. Even though converting debt to equity raises the book value of equity, it does not bring new cash into a firm (other than from the savings in interest payments on the debt) like a new issuance of equity;
- c) pressure over stock prices. The book value of equity would increase initially with a conversion, but the stock price could be under pressure because of the dilutive effect;
- d) alteration of the seniority structure of a FI's. Holders of CoCos could potentially suffer a loss ahead of equity holders (even though this concern could be mitigated by a structure such as COERCS, for example);
- e) tax shield. Interest payments on debt have to be tax deductible for the instrument to be cost efficient to the issuer and investors;
- f) lack of legal framework. The lack of a legal definition for the required features of the instrument creates uncertainty over its viability and precludes a higher demand for the papers.

4 Regulatory Proposals

The Basel Committee on Banking Supervision (2011) has set out standards that CoCos must meet in order to qualify as Tier 1 or Tier 2 capital. The Swiss have specified requirements for CoCos. The Dodd-Frank Act mandates the Fed to study the scope for use of some minimum amount of contingent capital as part of regulatory capital requirements. The Federal Reserve is permitted to require contingent capital, and the Financial Stability Oversight Council can make recommendations to that effect, but only after the study and subsequent report to Congress, which must be submitted until year end. The European Commission (2011) has proposed standards for debt bail-ins in order to avoid the use of taxpayer funds.

Several central banks have begun issuing proposals on CoCos standards and implementation in one form or another. Demanding a minimum amount of subordinated debt instruments that convert automatically into equity in adverse

economic conditions, prior to the point of regulatory insolvency intervention, is a requirement that has been embraced by numerous regulators as a credible means to promoting market discipline and increasing bank capitalization, which would have several advantages relative to traditional subordinated debt.

4.1 The Swiss Contingent Capital Proposal

On April 20, 2011, the Federal Council submitted a proposed package to Parliament detailing measures designed to strengthen the stability of the financial system and prevent public bail-out of Systemic Important Banks (SIBs), which should be adopted into law by 2012.

The minimum capital requirements for the two large Swiss banks are three-fold in nature and apply to both the risk-weighted capital ratio and to the leverage ratio. Part of them can be held in the form of contingent capital instruments (CoCos).

- a) The *basic requirement* is a regulatory minimum – 4.5% Core Tier 1 ratio to RWAs.
- b) The *capital buffer* – 8.5% of RWAs, comprising both common equity (5.5%) and high-trigger or Recovery CoCos (3.0%), which allows banks to absorb losses without falling short of the basic requirement and without having to suspend normal business activities.
- c) The *progressive component* – 1 to 6% of RWAs, made up of low-trigger or Resolution CoCos, is a systemic surcharge that increases with the bank's size and domestic market share.

Thus, the SIBs would have to assemble a share of up to 9% of their risk-weighted assets by issuing CoCos to strengthen their equity base. The Swiss authorities believe that banks that issue CoCos will have an incentive to lower their risk and that such instrument can provide the bank with additional capital when it may be difficult to raise it from the market. They are revising the tax framework to ensure the attractiveness of these instruments to investors and to promote issuance in Switzerland.

The triggers would be “contractually predefined” and based on common equity ratios in line with Basel III framework. The equity conversion prices

would not be predefined and could be either set at the time of conversion or at the time of issuance. Write-down could be an alternative.

For the implementation of the Swiss requirements, the same timeframe will apply as in the case of Basel III, by 2019.

4.2 The Brazilian Contingent Capital Proposal

On February 17, 2012, the Central Bank of Brazil (CBB) has submitted to public consultation a regulation proposal that redefines regulatory capital according to Basel III new proposals.²⁷ CoCos' required structure has been established in Articles 14 and 15, for Tier 1 and 2 instruments, respectively. These characteristics correspond to the criteria listed in Annex I and II with some particularities.

Tier 1 CoCos main features are: perpetual maturity; no step-up is allowed; FI must have full discretion to cancel payments; payments must be paid out of distributable items; write-off is triggered when core tier 1 reaches 5.125% of RWA or when there is a public sector injection of common equity; and write-off can be compensated by shares, i.e. debt would be converted into equity.

Similarly, Tier 2 CoCos main features are: it has a minimum original maturity of five years, no step-up is allowed, write-off is triggered when core tier 1 reaches 4.5%²⁸ of RWA or when there is a public sector injection of common equity and write-off can be compensated by shares.

Moreover, the public consultation highlights that the CBB is studying the possibility of adding a regulatory trigger to CoCo's. According to this trigger, the supervisors would have full discretion in determining the CoCo's principal write-off in case of severe risk for the FI or the financial system. The CBB is also considering altering Brazilian legislation so as to allow for the issuance of mandatory conversion or write-off CoCos.

It is important to note that no conversion rate has been established by the CBB. The market has full discretion to choose between write-off and conversion

²⁷ See <<https://www3.bcb.gov.br/audpub/edital/ExibeEdital.jsp?edt=53>>.

²⁸ The choice for the capital ratio trigger is discretionary. BCBS (December, 2011) only established a minimum trigger level for Tier 1 instruments – 5.125% of RWA.

for Tier 1 and Tier 2 instruments and to set the conversion rate. In addition, to guarantee that Tier 1 and 2 instruments would work as expected and that no public capital would be diluted at conversion, the CBB required that the FI shall have all due authorizations for write-off and conversions²⁹ and that conversion should happen before any public capital injection.

5 CoCos in Brazil?

Brazil started Basel I and II implementation in 2007. The first regulation issued defined the regulatory capital base.³⁰ Innovative instruments were allowed in Tier 1, up to a limit of 15%. However, very few innovative instruments have been issued since 2007. In June, 2011, the amount of hybrids included in Tier 1 and 2, were, respectively, R\$4.88B and R\$10.74B that together represent less than 3% of Common Equity.³¹ Why such few instruments were issued in the past few years is a very intriguing question, one which may be difficult to fully answer.

Nonetheless, it is a verifiable fact that innovative capital instruments have not been overly demanded in the past few years in Brazil for two main reasons. Firstly, there was no financial instrument defined in law able to comply with the requirements established in Resolution 3,444, dated February 28, 2007, for innovative instruments allowed in Tier 1 and 2. In consequence, these instruments were issued on a contractual tailor made basis, leading to higher issuing costs. Secondly, banks were already highly capitalized, so the appetite for innovative capital instruments was not strong.³²

The increase in the required capital base combined with the expansion of regulatory adjustments proposed in Basel III, which may alter this reality and lead to a need for capitalization.³³ Since CoCos are deemed to be cheaper to issue than common shares, demand for CoCos is expected to rise in the next few years. However, there are still obstacles to be overcome.

²⁹ Conversion is particularly sensitive to pre-emption rights. Convertible Debentures offer similar conversion issues that were partially solved in Law 6,404, dated December 15, 1976, by allowing shareholders preference to subscribe convertible debentures.

³⁰ Resolution 3,444, of February 28th, 2007, issued by the Monetary National Council.

³¹ Data collected from *Relatório de Estabilidade Financeira* (2011, CBB). Please refer to figure 1A for additional details.

³² See figure 1B.

³³ See proposed changes in "Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems" (BCBS, 2010).

5.1 Legal issues

The lack of a legal definition for the required features of the instruments which could be considered as regulatory capital, coupled with the high level of Brazilian banks' capitalization, seem to be among the reasons why the market for hybrid instruments in Brazil did not developed so far. Nevertheless, under the Basel III rules, the market and regulators in Brazil will now have to deal with higher capital requirements and the CoCos' discussion is on top of this agenda.

Within this context, the regulator's role is to set the general rules of the game, providing sustainable and sound legal and regulatory frameworks to the development of creditworthy and loss-absorbent instruments. However, while the specific design of the CoCos is attributed to the financial market, that being the reason why no conversion terms has been defined by the CBB, legal concerns must still be addressed when it comes to dilution risk and pre-emption rights within a mandatory conversion of CoCos.

According to Myners (2004), amongst others, a dilution occurs when the subscription price of new shares is set below the market price of the FI's listed shares in the secondary market. Pre-emptive rights provide shareholders with protection against this dilution by giving them the first right to subscribe and, in the event that they decide not to, sell their rights to other investors in the market. The value of these rights is broadly equal to the dilution of their existing shareholding.

Dilution risk of a CoCo conversion raises questions on how to address "the agency conflict" between shareholders and debt holders. While banks need to raise new money through the capital markets in an efficient way, which under the regulatory point of view is highly desirable, shareholders need protection from any unwelcomed dilution of their investment. It is arguable that if existing shareholders do not have the right and hence risk dilution on a large scale that this will be taken into account in valuing the bank and removing this protection could raise the cost of capital. However, it is threat of dilution that protects bondholders – who face default risk – from excessive risk taking by shareholders.

The traditional approach aims to protect existing shareholders rights by giving them preference in the issuance of new shares. Pre-emption rights is broadly admitted in the Brazilian civil law,³⁴ being necessary to provide a

³⁴ The Civil Code, dated January 10, 2002, brings the general rules concerning pre-emption or preference rights that regulate

company's shareholders with protection from wealth transfer and erosion of control, providing an important check and balance that is essential to a sound corporate governance process taken as a whole.

Nevertheless, shareholders pre-emption rights are not absolute. In certain circumstances, preference may be excluded and dilution may take place. As already established in the Brazilian law, the issuance price of new shares must take into account future earning perspectives and both market and book value of equity. If duly justified, existing shareholders' dilution may take place, regardless their pre-emption rights. Also, company by-laws are allowed to explicitly exclude pre-emption rights in the issuance of new shares, convertible debentures and warrants as part of a public offering. This same explicit exclusion must be legally enforceable in the case of CoCos.

In addition, regulation should allow for tax deduction on CoCos. It would make no sense if regulation handicapped a debt structure that would have a social benefit of potentially reducing the likelihood of a systemic financial crisis, while favoring regular standard debt that does not provide any benefit other than to its holder.

5.2 Economic issues

The Coco's write-off feature might result in wrong incentives for players. A write-off can be viewed as a transfer of wealth from the instrument holder to the common shareholders, as the common shareholders escape the liability and see their claim over the net assets grow.³⁵ Therefore, common shareholders may have an incentive to trigger conversion in order to reduce liabilities.³⁶ So as to fight this perverse incentive, one of the two following features may be added to the instrument: temporary write-down or conversion to common shares.

capital issuance. In addition, Law 6,404, dated December 15, 1976, allows shareholders preference in the subscription of new shares, equity warrants and convertible debentures.

35 This concept is not new. According to the Merton model (1974), a benchmark for structural credit risk models, equity can be seen as an option to default on bondholders. The equity of the company is seen as a European call option on the assets of the company with strike price equal to the face value of the debt.

36 Evidently, not all FI would feel driven to trigger write-off due to the risk of image. Once CoCo holders believe that managers/shareholders would trigger write-off for their own benefit, they would stop buying such instruments from the firm or would require a much higher premium, what de-incentive managers/shareholders to trigger write-off on purpose.

Write-downs can be permanent or temporary, *i.e.* followed by a correspondent write-up.³⁷ The temporary write-downs allow debt to be written-up once the economic situation of the FI is reestablished, for instance when capital ratios are restored. However, new issues arise. A temporary write-down may increase the debt overhang problem because any investment that leads to de-activating the trigger would be destined to CoCo's holders, so shareholders would have no incentive to raise equity. In addition, the rebuilding of the debt is not interesting for prudential purposes, because a high capital cushion is desired for FI that have been recently in a difficult economic situation.³⁸

Conversion to common shares may offer a viable solution, especially if it involves capital dilution. As mentioned in the previous section, the fear of having their capital diluted might even decrease the shareholders' risk appetite and increase risk management. It is important to note that an extremely high capital dilution is not desirable because it might produce the exact opposite effect – increase risk taking, also known as “gambling for resurrection” behaviour. If the trigger breach is too punitive on shareholders, they might increase risk taking to avoid at all costs reaching the trigger.³⁹

5.3 Optimal Design

In terms of regulatory policy, an optimal design might be achieved with a few legal changes. Legal issues could be mitigated by issuing law to discipline the required features of the instrument. The law would establish when a write-off is to be made, including the discretionary regulatory trigger; determine the cancellation of coupons; and allow for conversion into shares. In Brazil, Law 12,249, of June 11, 2010, might represent an important step to provide a strong legal ground for the instrument. Law 12,249 creates two new instruments called “*Letra Financeira*” (LF)⁴⁰ and *Certificado de Operações Estruturadas* (COE).⁴¹

37 Basel III is relatively silent regarding this issue.

38 Accounting issues might also be relevant. It is not clear if a debt that is written-down, but might be written-up in the future, should be removed from the balance sheet. If it is not removed it can still contribute to the FI's insolvency.

39 Could be comparable to the “all-in” poker metaphor.

40 Freely translated as Financial Note.

41 Freely translated as Structured Certificate.

LF represents a receivable, payable in cash, nominative, transferable and freely tradable instrument that may exhibit subordination clauses. Such clauses would make the instrument the most subordinated class, with exception to equity. In addition, LF could integrate the regulatory capital, as stated by Law. To fully establish the legal basis required for CoCos, the write-off/conversion features still have to be amended. Since the law determines that a LF cannot be more subordinated than equity and that it has to be payable in cash, its current design would better serve write-off CoCos, under Tier 2 capital definitions, where such an altering of the seniority structure would be less prone to happen.

COE is a structured product certificate. No further characteristics have been established in regulations so far, but power to discipline has been delegated to the National Monetary Council (CMN). Due to the broad definition of COE, it might be possible to adapt its legal base to allow for the issuance of both Tier 1 and 2 instruments. COE can present different designs. One in particular that corresponds to the CoCos' features combines debt with derivatives. Write-off and Conversion CoCos could be seen as bonds with embedded binary barrier options⁴² and as reverse convertibles,⁴³ respectively, therefore fitting the general COE description.

COE provides three advantages in comparison to the LF: *i*) allows the delivery of shares at maturity or when the conversion occurs; *ii*) does not uphold a seniority structure; and *iii*) may be perpetual. The main remaining legal aspect to be addressed is when a write-off/conversion should occur, including empowerment of the supervisor to activate the trigger, and determine the cancellation of coupons.

Regarding the economic pitfalls, they could be significantly reduced by allowing Tier 1 CoCos to be solely composed by conversion CoCos and Tier 2 CoCos to be composed either by write-off or conversion CoCos. The perverse

42 According to the Oesterreichische Nationalbank's Structured Product Handbook, bonds with embedded binary barrier options, also known as "cash-or-nothing", can be described as if the underlying assets price is above (below) a specified barrier at any "time during the term of the product," a fixed percentage of the face value is credited to the investor. The performance of the underlying asset is reflected in the bond not by a continuous curve but by a sudden jump in the redemption amount. The bonus returns on these products are also typically paid out at maturity. These products can also involve predetermined strike prices or forward start options.

43 According to the Oesterreichische Nationalbank's Structured Product Handbook, Cash-or-share bonds (also called reverse convertibles) are the simplest types of high-yield products. At maturity, the issuer has the right to deliver a certain number of shares instead of redeeming the bond at face value. This means that the investor will not profit from a rise in the stocks price. However, if the price drops, the investor has to bear the loss. The investor is compensated for this risk by means of high coupon payments.

incentive mentioned in the previous section is considered harmful for Tier 1 instruments because they have a high level trigger that is activated when the FI is still viable and recovery is expected. It would be extremely unlikely that shareholders and managers would force triggering Tier 2 CoCos because in doing so it would mean forcing the firm into the point of non-viability.

6 Conclusion

Structuring contingent capital securities to create a viable market will inevitably involve tradeoffs among the interests of regulators, investors and issuers. Finance is a complex and innovative system. It requires constant adaptation. There will most likely be trial and error in the quest for the most effective CoCo structure. Perhaps there isn't only one and there will be different structures tailored to the needs of individual FIs and investors. Whilst the contours of a market for contingent capital are still somewhat uncertain today, it does appear fairly likely that these securities will – in one way or another – be part of the future capital landscape of financial institutions.

The structure of a CoCo should be responsive to early signs of financial stress. It should reflect risk accurately, offer reliable advance warnings of bank distress and the right incentives. It is the duty of regulators to provide the legal framework in which this structure could flourish and develop its full potential. Market-based metrics of bank solvency appear to fulfill these requirements better than any other CoCo structure. That said, the inclusion of some form of regulatory trigger, especially in the case of gone-concern, is a safeguard that would be of interest to the entire financial industry.

Banks must have sufficient capital to survive a serious crisis. Logically, this capital must be of high quality, able to absorb losses efficiently. Because of interconnectivity, the whole financial system has to be strengthened. The system is only as strong as its weakest member. Banks have to allocate capital responsibly while being able to maximize risk-based returns.

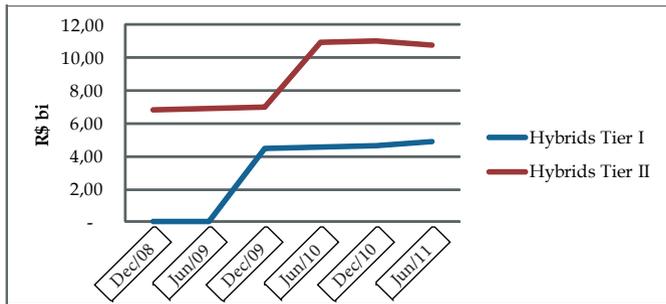
Taxpayers at all cost have to be spared to rescue banks again and again. The moral hazard of state rescue has to be eliminated – “In good times I reap the wins, in bad times I pass the bucket” should happen no more. The bucket stops at CoCos.

Table I

	Basel II	Brazil Today	Basel III
Common Equity	3.4%*	4.7%*	7 - 9,5%
Tier 1	4%*	5.5%*	8.5 - 11%
Regulatory Capital	8%	11%	10.5 - 13%

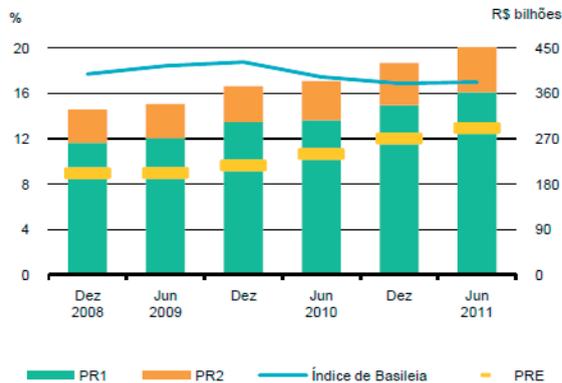
*Implicit Limits

Figure 1A – Hybrids included in regulatory capital



Source: Financial Stability Report – BCB/September/2011

Figure 1B – Regulatory Capital (PR), Required Regulatory Capital (PRE) and Basel Index (Índice de Basileia)



Source: Financial Stability Report – BCB/September/2011

Figure II – Some indications of investors yield targets and capital instruments yields in Europe

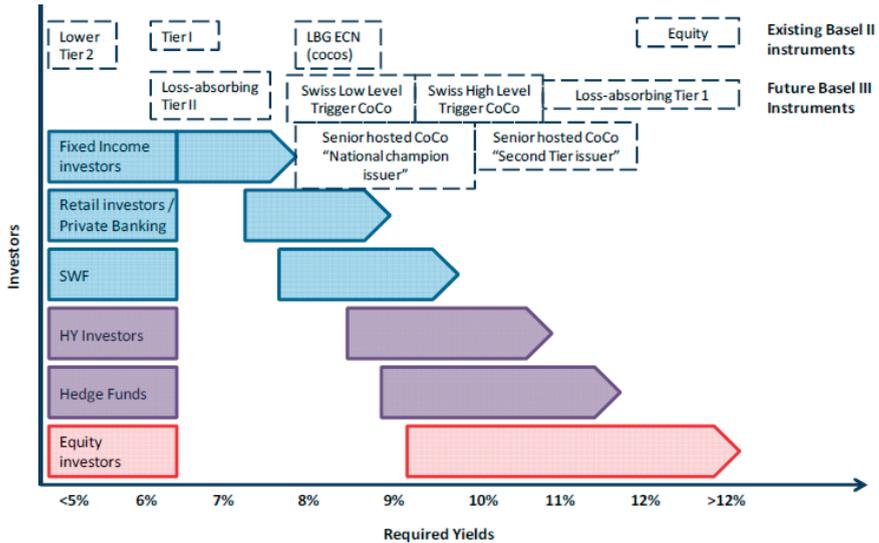
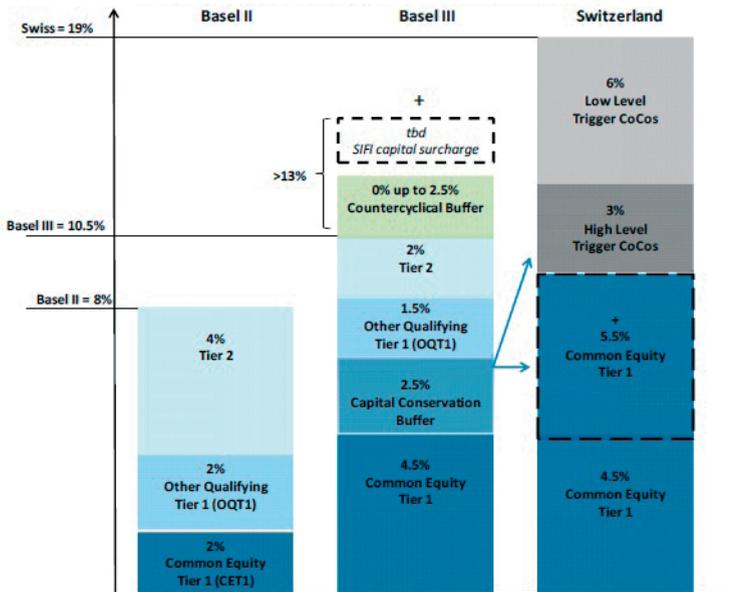


Figure III – Comparison of Swiss Proposals and Basel III Proposals



Bibliography

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION. **Proposal to ensure the loss absorbency of regulatory capital at the point of non-viability.** August, 2010.

_____. **Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems.** June, 2011.

_____. **Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems.** December, 2010.

BERG, T.; KASERER, C. **Does contingent capital induce excessive risk-taking and prevent an efficient recapitalization of banks?** April, 2011.

CALOMIRIS, Charles; HERRING, Richard. **Why and How to Design a Contingent Convertible Debt Requirement.** **Wharton Financial Institutions Center Working Paper**, 2011: 11-41.

D'SOUZA, Andre; FORAN, Brian; HAFEZ, Gaye Erkan; HIMMELBERG, Charles; MAI, Quan; MANNOIA, Jim; RAMSDEN, Richard; ROMANOFF, Scott. **Ending Too Big To Fail.** **Goldman Sachs Global Markets Institute.** December, 2009.

DUFFIE, D. **A contractual approach to restructuring financial institutions.** In: SCHULTZ, G.; SCOTT, K.; TAYLOR, J. (Ed.). **Ending Government Bailouts as We Know Them.** Hoover Institute Press, Stanford University, 2010.

FLANNERY, Mark J. **No Pain, No Gain? Effecting Market Discipline via Reverse Convertible Debentures.** In: SCOTT, Hal S. (Ed.). **Capital Adequacy Beyond Basel: Banking, Securities, and Insurance.** Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. **Market-Valued Triggers Will Work for Contingent Capital Instruments.** **Solicited Submission to U.S. Treasury Working Group on Bank Capital**, University of Florida, 2009.

HALDANE, Andrew G. **Capital Discipline.** **Paper presented at American Economic Association Meetings.** Denver CO, 2011.

_____. The \$100 Billion Question. **Comments given at the Institute of Regulation & Risk**. Hong Kong, 2010.

HART, Oliver; ZINGALES, Luigi. How to Make a Bank Raise Equity. **Financial Times**, February 7, 2010.

HUERTAS, Thomas F. Too Big to Fail, Too Complex to Contemplate: What to do about Systemically Important Firms. **Manuscript**, September 15, 2009.

MCDONALD, R. L. Contingent Capital with a Dual Price Trigger. **Working Paper**, 2010.

MYERS, Stewart. Determinants of corporate borrowing. **Journal of Financial Economics** 5, 1977: 147-175.

MYNERS, Paul. **The impact of shareholders' pre-emption rights on a public company's ability to raise new capital: An invitation to comment**. 2004.

PAZARBASIOGLU, Ceyla; JIANPING, Zhou; LESLÉ, Vanessa Le; MOORE, Michael. Contingent Capital: Economic Rationale and Design Features. **IMF Staff Discussion Note**, 2011.

PENNACCHI, George; VERMAELEN, Theo; WOL, Christian C. P. Contingent Capital: The Case for COERCs. **INSEAD Working Paper 2010/89/FIN**, 2010.

PRESCOTT, Edward. Contingent Capital: The Trigger problem. **The Federal Reserve Bank of Richmond, WP11-07**, 2011.

STANDARD & POOR'S. **Potential \$1 Trillion Bank Contingent Capital-Style Issuance Faces Uncertain Investor Interest**. 2010.

VON FURSTENBERG, G. M. Contingent capital to strengthen the private safety net for financial institutions: Cocos to the rescue? **Deutsche Bundesbank Discussion Paper, Series 2. Banking and Financial Studies**, n. 01, 2011.

VON HAYEK, Friedrich A. The Pretence of Knowledge. **Nobel Prize Lecture**, 1974.

Annex I – Criteria for inclusion in Additional Tier 1 capital

1.	Issued and paid-in
2.	Subordinated to depositors, general creditors and subordinated debt of the bank
3.	Is neither secured nor covered by a guarantee of the issuer or related entity or other arrangement that legally or economically enhances the seniority of the claim <i>vis-à-vis</i> bank creditors
4.	Is perpetual, <i>i.e.</i> there is no maturity date and there are no step-ups or other incentives to redeem
	May be callable at the initiative of the issuer only after a minimum of five years:
	a. To exercise a call option a bank must receive prior supervisory approval; and
	b. A bank must not do anything which creates an expectation that the call will be exercised; and
5.	c. Banks must not exercise a call unless:
	i. They replace the called instrument with capital of the same or better quality and the replacement of this capital is done at conditions which are sustainable for the income capacity of the bank ¹⁵ ; or
	ii. The bank demonstrates that its capital position is well above the minimum capital requirements after the call option is exercised.
6.	Any repayment of principal (<i>e.g.</i> through repurchase or redemption) must be with prior supervisory approval and banks should not assume or create market expectations that supervisory approval will be given
	Dividend/coupon discretion:
	a. the bank must have full discretion at all times to cancel distributions/payments ¹⁷
7.	b. cancellation of discretionary payments must not be an event of default
	c. banks must have full access to cancelled payments to meet obligations as they fall due
	d. cancellation of distributions/payments must not impose restrictions on the bank except in relation to distributions to common stockholders.
8.	Dividends/coupons must be paid out of distributable items
9.	The instrument cannot have a credit sensitive dividend feature, that is a dividend/coupon that is reset periodically based in whole or in part on the banking organisation's credit standing.
10.	The instrument cannot contribute to liabilities exceeding assets if such a balance sheet test forms part of national insolvency law.
	Instruments classified as liabilities for accounting purposes must have principal loss absorption through either (i) conversion to common shares at an objective pre-specified trigger point or (ii) a write-down mechanism which allocates losses to the instrument at a pre-specified trigger point. The write-down will have the following effects:
11.	a. Reduce the claim of the instrument in liquidation;
	b. Reduce the amount re-paid when a call is exercised; and
	c. Partially or fully reduce coupon/dividend payments on the instrument.
12.	Neither the bank nor a related party over which the bank exercises control or significant influence can have purchased the instrument, nor can the bank directly or indirectly have funded the purchase of the instrument

13. The instrument cannot have any features that hinder recapitalisation, such as provisions that require the issuer to compensate investors if a new instrument is issued at a lower price during a specified time frame
-
14. If the instrument is not issued out of an operating entity or the holding company in the consolidated group (e.g. a special purpose vehicle – “SPV”), proceeds must be immediately available without limitation to an operating entity¹⁸ or the holding company in the consolidated group in a form which meets or exceeds all of the other criteria for inclusion in Additional Tier 1 capital
-

Annex II – Criteria for inclusion in Tier 2 Capital

-
1. Issued and paid-in
-
2. Subordinated to depositors and general creditors of the bank
-
3. Is neither secured nor covered by a guarantee of the issuer or related entity or other arrangement that legally or economically enhances the seniority of the claim *vis-à-vis* depositors and general bank creditors
-
- Maturity:
- a. minimum original maturity of at least five years
4. b. recognition in regulatory capital in the remaining five years before maturity will be amortised on a straight line basis
- c. there are no step-ups or other incentives to redeem
-
- May be callable at the initiative of the issuer only after a minimum of five years:
- a. To exercise a call option a bank must receive prior supervisory approval;
- b. A bank must not do anything that creates an expectation that the call will be exercised;¹⁹ and
- c. Banks must not exercise a call unless:
5. i. They replace the called instrument with capital of the same or better quality and the replacement of this capital is done at conditions which are sustainable for the income capacity of the bank²⁰; or
- ii. The bank demonstrates that its capital position is well above the minimum capital requirements after the call option is exercised.²¹
-
6. The investor must have no rights to accelerate the repayment of future scheduled payments (coupon or principal), except in bankruptcy and liquidation.
-
7. The instrument cannot have a credit sensitive dividend feature, that is a dividend/coupon that is reset periodically based in whole or in part on the banking organisation’s credit standing.
-
8. Neither the bank nor a related party over which the bank exercises control or significant influence can have purchased the instrument, nor can the bank directly or indirectly have funded the purchase of the instrument.
-
9. If the instrument is not issued out of an operating entity or the holding company in the consolidated group (e.g. a special purpose vehicle – “SPV”), proceeds must be immediately available without limitation to an operating entity²² or the holding company in the consolidated group in a form which meets or exceeds all of the other criteria for inclusion in Tier 2 Capital.
-

Annex III – Securities Issued to Date

Banco do Brasil issue in detail – BB Securities may not be redeemed at the option of the Security holders. The Securities will have loss absorption capacity on an ongoing basis and shall be promptly used by the Bank, after exhaustion of accumulated profits, profit reserves (including legal reserves) and capital reserves, to offset losses. With the prior approval of the Central Bank or any other applicable Brazilian Governmental Authority, the Bank may at its option redeem the Securities, in whole but not in part, on 2023, or on any interest payment date occurring thereafter. Prior to that date, the Securities will be subject to redemption by the Bank only in a regulatory or tax, subject to the prior approval of the Central Bank or any other applicable Brazilian Governmental Authority.

The Bank expects to qualify the Securities as Tier 1 Capital or Tier 2 Capital subject to the Central Bank's approval. The Bank will be permitted to, without the prior consent of Security holders, amend the terms and conditions of the Securities at any time, to comply with any new resolution or written instruction of the Central Bank setting forth its requirements to qualify, or maintain the qualification of, the Securities as Tier 1 Capital or Tier 2 Capital as amended or supplemented by reason of implementation of the Basel III Proposals (as defined below) or otherwise. Security holders are advised that they could suffer a complete loss on their investment as a result of the inclusion of any of these amendments and that this decision could be determined unilaterally by the Bank.

The Bank will not be obligated to pay interest on the Securities in a number of events: i) payment would result in the Bank not being in compliance with applicable capital adequacy and operational limits requirements, either existing at the date of the Indenture or subsequently promulgated or enacted by the Brazilian banking or monetary authorities; ii) certain regulatory or bankruptcy events; iii) the Central Bank or any applicable Brazilian Governmental Authority determines that such Non-Principal Payment shall not be made; iv) the Bank has not paid any dividends within the applicable interest accrual period. If the Bank does not pay interest in any of these cases, the non-payment will not constitute a payment default and interest will not accrue or accumulate for those periods.

Table II – Contingent Capital Debt Issues to Date

	Classification	Issue Date	Maturity	Coupon	Size	Trigger	Conversion	Over-subscription
Lloyds	Tier 2	nov/09	10-22y	6,385%-16,125%	19,63	Core tier 1 < 5%	par value	na
Rabobank	Senior C Notes	mar/10	10y	6,88%	1,66	Equity capital < 7%	write-down	3x
Unicredit	Add Tier 1	jul/10	perpetual	9,37%	0,66	Total capital < 6%	write-down	na
Intesa Sanpaolo	Add Tier 1	set/10	perpetual	9,50%	1,33	Total capital < 6%	write-down	2x
Rabobank	Add Tier 1	jan/11	perpetual	8,38%	2,66	Equity capital < 8%	write-down	5x
Credit Suisse	Add Tier 1	fev/11	perpetual	9,50%	2,75	Equity capital < 7%	par value	na
Credit Suisse	Add Tier 1	fev/11	perpetual	9%	3,5	Equity capital < 7%	parvalue	na
Credit Suisse	Tier 2	fev/11	30y	7,88%	2	Equity capital < 7%	Par value	11x
Banco do Brasil	Add Tier 1	jan/12	perpetual	9,25%	1	Core tier 1 < 6,125%	write-down	13x

Sources: Bloomberg and Financial Times

Considerações Críticas acerca da Responsabilidade na Terceirização Trabalhista

Dayse Coelho de Almeida*

1 Considerações iniciais. 2 Conceito de terceirização. 3 Conceito jurídico de terceirização. 4 Aspectos da terceirização: tratamento jurídico e caracterização lícita e ilícita: 4.1 Tratamento jurídico; 4.2 Terceirização: lícita e ilícita. 5 Responsabilidade na terceirização: 5.1 Teoria da despersonalização de empresa e grupo econômico; 5.2 Responsabilidade por ato de terceiro. 6 Considerações finais.

Resumo

A terceirização trabalhista é um fenômeno de reestruturação produtiva, gerador de multifacetados efeitos. O estudo de tal fenômeno revela-se imprescindível ante suas consequências econômicas, sociais e jurídicas. Estas, não adstritas à localidade brasileira, mas realidade no prisma mundial. O assunto pode ser analisado de múltiplas formas, não sendo pretensão deste trabalho esgotar a discussão, mas fomentar reflexão e crítica acerca da responsabilidade na terceirização. A perspectiva analítica da responsabilidade na terceirização e o seu confronto com as normas celetistas e civilistas – postas, aplicadas analogicamente e de acordo com expresso comando normativo-celetista, assim como as consequências jurídicas advindas da terceirização lícita e ilícita e seus impactos

* Advogada e Consultora Jurídica. Docente nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Faculdade Estácio de Sergipe (Estácio/Fase) e da Faculdade Sergipana (FASER). Discente do programa de doutorado em *Derecho Laboral da Universidad de Buenos Aires* (UBA/Argentina). Mestre em Direito do Trabalho pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/RJ). Membro da Associação Brasileira de Advogados (ABA), do Instituto de Advogados do Estado de Sergipe (IASE) e da Associação Sergipana de Advogados Trabalhistas (ASSAT).

nos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores – são o ponto central do artigo. Os resultados da análise são submetidos ao crivo crítico-reflexivo da aplicação progressiva dos direitos sociais e da preservação do patamar mínimo civilizatório nas relações juslaborais.

Palavras-chave: Direitos sociais. Responsabilidade. Terceirização.

Abstract

The labor outsourcing is a phenomenon of productive restructuring, creator of multifaceted effects. The study of such a phenomenon turns out to be essential before his economical, social and legal consequences. These, not restricted to the Brazilian town, but fact the world-wide prism. The subject can be analysed in the multiple forms, not being a claim of this work to exhaust the discussion, but promote reflection and criticism about the responsibility in the outsourcing. The analytical perspective of the responsibility in the outsourcing and his confrontation with the standards labor law and civilist – arranged, hard-working and in accordance with definite prescriptive command – labor law, as well as the legal resulted consequences of the lawful and illicit outsourcing and his impacts in the basic social rights of the workers – are the central point of the article. The results of the analysis are subjected to the reflexive-critical sieve of the progressive application of the social rights and of the preservation of the least landing of citizen in the labor law relations.

Keywords: Social rights. Responsibility. Outsourcing.

1 Considerações iniciais

A partir da década de 1970 do século XX, após o fim dos anos dourados,¹ os níveis de desemprego ampliavam-se e a inflação assolava, em geral, as nações. Aquele período tortuoso iniciou-se em 1973, com a crise no ramo petrolífero

¹ Os trinta anos que sucederam ao pós-guerra foram extremamente pujantes economicamente e foram tratados pelos historiadores como anos dourados.

e incrementou-se nos anos 1980. Esses fatores desencadearam o período pós-industrial, marcado por uma série de modificações na estrutura jurídico-laboral. Como bem caracteriza Julio Armando Grisolia (2011, p. 839),

esta etapa se caracteriza por los siguientes factores: la informatización, la robotización, la electrónica aplicada, la automatización de los procesos de producción y la búsqueda de la eficiencia y el bajo costo. Se materializa en los procesos de globalización, flexibilización laboral e precarización del empleo.²

A globalização é um fenômeno econômico, social e político, fomentador de uma série de mudanças e reestruturações. Em sua faceta econômica, afeta, decisivamente, as relações de trabalho. A economia dos países é dependente e interligada, por isso as decisões político-econômicas podem significar o progresso ou o retrocesso de um país. Participar do comércio globalizado, antes de ser uma questão ideológica, é uma questão de sobrevivência no capitalismo global.

Os países elaboram formas de inserção no capitalismo globalizado, a exemplo da formação de blocos com finalidade econômica e sociointegrativa (a exemplo do Mercado Comum do Cone Sul [Mercosul] e da União Europeia). “Como consequência da integração dos países e da criação de mercados comuns, a concorrência do comércio mundial exige cada vez mais qualidade, produtividade e custos baixos” (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2011). Entretanto, para países periféricos como o Brasil e, em geral, os formadores do Mercosul, o investimento em tecnologia nem sempre é possível, em razão das vultosas quantias necessárias a tal intento, da fragilidade do comércio local e da ausência de planejamento estatal com eficazes políticas públicas de fomento ao desenvolvimento.

Ante a inviabilidade de investir-se em tecnologia, o vínculo empregatício representa fator relevante no custo da produção, e sobre ele tem repousado a pecha de entrave econômico,³ haja vista que todo e qualquer direito laboral

2 Esta etapa caracteriza-se pelos seguintes fatores: informatização, robotização, eletrônica aplicada, automatização dos processos produtivos e busca de eficiência e baixo custo. Os processos de globalização materializam-se em flexibilização do trabalho e precarização do emprego. (Tradução da articulista)

3 O aspecto puramente econômico do ser humano trabalhador implica a ofensa à dignidade da pessoa humana e retira do trabalho o valor social preconizado pelo texto constitucional. A coisificação do trabalhador, ou o seu tratamento como mero dado econômico, vem sendo combatida no plano internacional pelos tratados de direitos humanos e por diretivas e princípios da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e, no plano interno, pelas normas limitadoras da exploração desmedida e instituidoras de direitos, tais como a Constituição Federal (CF/1988), leis esparsas e, principalmente, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

implica prestação financeira direta ou indireta. Para os países periféricos, como o Brasil, resta a saída mais simples – a flexibilização de direitos, a precarização do trabalho, a redução de direitos, a supressão de direitos ou artifícios congêneres. Esse é o discurso corriqueiro apresentado como solução viável e rápida.

Nesse contexto de competitividade internacional, efetivamente global, novas formas de estruturação produtiva surgem como opções ao modelo tradicional de relação empregatícia celetista. O ponto comum entre as novidades advindas de outros países é que representam um ataque ao modelo tradicional de trabalho ou mesmo a propostas veladas de sua destruição. “[...] a terceirização trabalhista [...] é, essencialmente, desorganizadora do sistema de garantias e direitos estipulados pelo clássico Direito do Trabalho” (DELGADO, 2006, p. 44).

O cerne da questão é o ataque, velado e embutido contido no discurso salvacionista, às garantias estabelecidas em favor dos empregados e ao patrimônio jurídico-protetivo consolidado, ambos consequência da relação empregatícia e do processo histórico-evolutivo do Direito do Trabalho. A ideia de retirar direitos, a fim de preservar ou aumentar o número de postos de trabalho, numa estrutura jurídico-protetiva inferior, “equivale, na verdade, a reproduzir um sistema que não deu certo, sem que se tenha, expressamente, que admitir isso” (SOUTO MAIOR, 2007, p. 85).

As necessidades do mercado ocasionam a criação de novas formas de realização do trabalho e contratação de serviços, a exemplo de terceirização, cooperativa, consórcio de empregadores, teletrabalho, *trainee* etc. Essas novas formas de estruturação ou reestruturação produtiva devem ser alvo da mais profunda análise, discussão e crítica.⁴ Dessas novas formas de representação do trabalho, destacamos a terceirização.

4 Em outubro de 2011 foi realizada audiência pública pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) sobre a temática da terceirização. Dela participaram, entre outros grandes estudiosos, o Prof. Dr. Márcio Túlio Viana e o Prof. Dr. Ricardo Antunes. Certamente, esse é o melhor caminho para solucionar os problemas e paradoxos da terceirização. Audiência Pública – Terceirização. Site do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index3.html>. Acesso em: 16 out 2011.

2 Conceito de terceirização

A Administração de Empresas é a ciência que primeiro trouxe esta expressão, que integra o mundo jurídico. “Terceirização deriva do latim *tertius*, que seria o estranho a uma relação entre duas pessoas. Terceiro é o intermediário, o interveniente” (MARTINS, 2007, p. 19). Como explica Américo Plá Rodriguez (1996, p. 259):

Na complexidade da atividade econômica moderna, muitas vezes uma empresa encomenda a realização de uma tarefa, complementar e especializada, a outra empresa. Razões de economia de custos, de maior eficiência nos serviços, de utilização plena de equipamentos técnicos excessivos para uma só exploração, explicam a proliferação dessas contratações ou subcontratações.

A ideia da Administração de Empresas é centralizar o gerenciamento empresarial na atividade principal, deixando as atividades periféricas a cargo de outra empresa. Com isso, o ganho advirá do elevadíssimo foco no produto final, eliminando da gerência empresarial as distrações advindas das atividades de apoio, indispensáveis, também, para o alcance do objetivo-fim.

“Terceirização é o fenômeno da transferência de produção de bens ou serviços para outra empresa ou pessoa, ou seja, é a descentralização das atividades da empresa.” (MARQUES; ABUD, 2011, p. 21). “A terceirização permite flexibilizar o processo produtivo. Trata-se da reorganização da produção com a focalização das atividades fins das empresas e a externalização das demais” (LIMA, 2010). A gestão do vínculo empregatício advindo das atividades de apoio fica a cargo de uma empresa interveniente, que assume toda a responsabilidade e fiscalização do serviço, *a priori*. A empresa compradora desse serviço, a tomadora, centralizará toda a força produtiva na atividade central.

Luciano Martinez (2010, p. 197) afirma tratar-se de:

um fenômeno da organização do processo produtivo caracterizado pela contratação de uma empresa de serviços para gerenciar as parcerias [...] Note-se que a tomadora de serviços alia-se à empresa gestora por mera conveniência, criando naturais turbações na identificação das responsabilidades contratuais.

A possibilidade de empregabilidade direta tem sido amesquinhada com o tempo e o avanço da terceirização. Márcio Túlio Viana (1996, p. 61-70) alerta:

[...] do ponto de vista das empresas, a terceirização apresenta vantagens: redução de custos, crescimento de lucros, ingresso rápido e simples de mão de obra, elevação da produtividade com a concentração de forças no foco principal de atividade. Contudo, adverte que, para os trabalhadores, comporta a técnica imensa gama de desvantagens: redução de postos de trabalho, aumento da carga de subordinação, destruição do sentimento de classe, degradação de condições de higiene e segurança e redução de valores salariais.

3 Conceito jurídico de terceirização

A doutrina trabalhista estabeleceu um conceito de terceirização a partir da análise dos elementos e características do fenômeno.

Terceirização é o fenômeno no qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. (DELGADO, 2005, p. 428)

Gabriela Neves Delgado (2003, p. 136) conceitua terceirização como “instrumento facilitador para viabilização da produção global, vinculada ao paradigma da eficiência nas empresas”. A terceirização, a princípio, não desarticula a existência do emprego. Este fica mantido com a empresa interveniente. Porém, há de se vislumbrar que as empresas intervenientes são, em geral e quase que integralmente, frágeis financeiramente. A sua existência baseia-se em auferir lucros de contratos de prestação de serviços firmados. As empresas de terceirização de serviços, em verdade, nada de material produzem, prescindem de matéria-prima, dispensam ambiente de trabalho amplo para abrigar os obreiros e raramente possuem algum patrimônio, além da mobília do escritório no qual os contratos são formalizados.

Pois bem, o que se extrai deste contexto é a consequente lógica da precarização das garantias dos trabalhadores, pois há a transferência da responsabilidade de uma empresa economicamente sólida ou de um ente público para uma empresa que não possui, necessariamente, nenhum lastro econômico e cuja atividade não vai além de organizar a atividade de alguns trabalhadores e lhes repassar o valor que lhe seja pago pelo ente contratante dos serviços, o qual, ademais, não faz mesmo questão de saber se o valor pago vai, ou não, fragilizar o ganho dos trabalhadores, pois que vislumbra destes apenas o serviço prestado, sendo certo que considera, por óbvio, a utilidade de obter esse serviço pelo menor preço possível. (SOUTO MAIOR, 2011, p. 135)

Na periferia do capitalismo, no entanto, o avanço da terceirização significou o rebaixamento das condições de trabalho. Isso porque o setor público e as empresas privadas terminaram utilizando-se do expediente da terceirização para impor forte redução do custo de mão de obra. (POCHMANN, 2011)

Ainda há aspectos negativos como “a redução dos direitos globais dos trabalhadores, tais como promoção, salários, fixação na empresa e vantagens decorrentes de convenções e acordos coletivos”. (JORGE NETO, 2011, p. 276-281)

Jorge Luiz Souto Maior informa que, na França, a intermediação de mão de obra é considerada, se houver finalidade de lucro da empresa prestadora, tráfico de mão de obra. Situação também intrigante, ainda segundo o mesmo autor, é a da Espanha. Naquele país a empresa prestadora deve ter patrimônio e meios compatíveis e próprios de contratação, inibindo a mera lucratividade da simples exploração de mão de obra terceirizada (SOUTO MAIOR, 2009, p. 165-166). Como se vê, nem todo país capitalista e inserido com sucesso na economia global tem como padrão de relação jurídica a terceirização.

Na América Latina, em geral, houve excesso permissivo da terceirização com consequências extremamente negativas, gerando a necessidade de retroceder e reestabeler direitos e garantias antes previstos aos trabalhadores, como explicam Consuelo Iranzo e Jacqueline Richter (2007, 165):

En América Latina, la regulación jurídica de las relaciones triangulares ha pasado por tres etapas bien diferenciadas. La primera se caracterizo por profundizar las restricciones patronales em el uso de estas figuras y reforzar las responsabilidades tanto de quien contrataba al trabajador como

de quien recibía el servicio. Em casi todas las legislaciones se prohibieron las agencias lucrativas de colocación de trabajadores [...] En este período se construyó un Derecho del Trabajo de fuerte carácter protector. En la segunda etapa se abren las puertas para un uso ilimitado de esas figuras [...] Este es el período de la flexibilización laboral. El Derecho del Trabajo deja de tener como finalidad exclusiva la protección del trabajador para incorporar entre sus objetivos la productividad, competitividad y la generación de empleo. Em la tercera fase que hemos denominado de “tensión entre protección y flexibilización” se comienza a retroceder em la flexibilización y se recuperan espacios para la protección [...] Además las reformas vuelven a limitar las contrataciones temporales e por tiempo determinado com lo que también se trata de frenar la expansión de la externalización.⁵

Na relação jurídica da terceirização existem dois tipos de contrato. O primeiro contrato é de prestação de serviços (natureza civil) entre a tomadora de serviços (contratante) e a empresa prestadora de serviços ou interveniente (contratada). O segundo contrato é de emprego (natureza trabalhista) entre a empresa interveniente e os trabalhadores/empregados.

Inicialmente, o direito do trabalho não se ocupou em regular a terceirização porque a empresa interveniente ocupava a função jurídica de empregador, conservando o liame empregatício. Em tese, os direitos trabalhistas estavam garantidos. Com o tempo, foram aparecendo os desvios e as fraudes à legislação trabalhista propiciados pela terceirização, gerando uma demanda por solução jurisdicional do problema. Até hoje não há uma norma específica sobre a terceirização, e as tentativas de implementar uma legislação têm sido infrutíferas, lamentavelmente.

5 Na América Latina, a regulamentação jurídica das relações trilaterais passou por três etapas distintas. A primeira das fases caracterizou-se pelo aprofundamento da restrição do uso pelos empregadores e a ampliação da responsabilização de quem contratava o trabalhador e de quem recebia os serviços. Em quase todas as legislações foram proibidas as empresas intervenientes. [...] Nesse período, o Direito do Trabalho assumiu um forte caráter protetivo. Numa segunda etapa, a terceirização foi ampliada. [...] Esse é o período da flexibilização trabalhista. O Direito do Trabalho abandona a concepção protetiva do trabalhador para incorporar como objetivos a produtividade, competitividade e geração de emprego. A terceira fase é marcada pela tensão entre a proteção e a flexibilização, quando a flexibilização retrocede e ganha espaço o retorno protetivo. Além disso, as reformas voltam a limitar contratações temporárias e trabalho por tempo determinado, além de refrear a externalização (forma de terceirização). (Traduzi)

4 Aspectos da terceirização: tratamento jurídico e caracterização lícita e ilícita

4.1 Tratamento jurídico

Apesar de a terceirização trabalhista ser aplicada no Brasil há mais de três décadas, não há uma norma que a regule de forma geral.

Como a legislação brasileira não proíbe nem regula as formas de exteriorização de mão de obra, as práticas foram as mais diversas possíveis, demonstrando gritante abuso de direito (modalidade de ato ilícito – art. 187 do Código Civil) (CASSAR, 2011, p. 511).

A primeira legislação, no Brasil, que delineava a terceirização foi o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 218) apresenta breve histórico legislativo, apontando as principais normas a respeito:

Há leis que autorizam a terceirização: a empreitada (Código Civil, art. 610), a subempreitada (CLT, art. 455), a prestação de serviços (Código Civil, art. 605), a segurança bancária (Dec.-leis nºs 1.212 e 1.216, de 1966, e 1.304, de 1969), a vigilância ostensiva e o transporte de valores (Leis nºs 7.102, de 1983, 8.863, de 1994, e 9.017, de 1995), o fornecimento de mão de obra (Lei nº 8.039, de 1990, art. 15, § 1º), os serviços de telecomunicações (Lei nº 9.472, de 1997, art. 94), os serviços de limpeza e conservação no âmbito da Administração Pública (Lei nº 5.645, de 1970, e Decreto nº 2.031, de 1996) e as cooperativas (CLT, art. 442, § único). Os serviços médicos são permitidos pela Súmula nº 282, do TST.

A pressão do capital fomentou a alteração dessa restrição e o TST, visando regular e organizar as inúmeras formas de terceirização que foram surgindo, editou a Súmula nº 331.⁶

⁶ Há toda uma história evolutiva jurisprudencial até a edição da Súmula nº 331 do TST.

4.2 Terceirização: lícita e ilícita

As hipóteses de terceirização ilícita são as não enquadradas naquelas previstas nas leis e na Súmula nº 331 do TST. A figura jurídica do vínculo empregatício deve ser protegida e valorizada, a edição de normas que possibilitam a terceirização em atividade-fim é abusiva e limitadora de direitos sociais fundamentais. A situação torna-se ainda mais abusiva e materialmente inconstitucional quando o processo discursivo de formação da norma é realizado sem ampla publicidade, sem meios reais de participação popular efetiva.

A problemática mais comum na caracterização de licitude ou ilicitude na terceirização é a distinção entre atividade-meio (terceirização lícita) e atividade-fim (terceirização ilícita).

Atividade-fim⁷ é a ligada à finalidade da empresa, ao objetivo da produção empresarial ou prestação de serviço. Trata-se de atividade indispensável, sem a qual a própria empresa perde sua utilidade. É aquela atividade que, caso retirada do contexto empresarial, impõe o fim da atividade.

Para análise da atividade-fim, o princípio da primazia da realidade deve ser amplamente utilizado, uma vez que evita fraudes ao arcabouço normativo protetivo, nos termos do art. 9º da CLT.⁸ É possível utilizar, através de um critério analógico, o art. 581, § 2º, da CLT, que traz uma boa definição de atividade-fim: “Art. 581 [...] § 2º Entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade de produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente, em regime de conexão funcional”. “Atividade meio é compreendida como aquela que se presta meramente a instrumentalizar, a facilitar o alcance dos propósitos contratuais sem interferir neles” (MARTINEZ, 2010, p. 197). “As atividades-meio são aquelas que não coincidem com os fins da empresa contratante e atividades-fim são aquelas que coincidem” (NASCIMENTO, 2011, p. 218).

Poucos autores ocupam-se de explicar porque a resistência em não se permitir a terceirização de atividade-fim. Se a atividade-fim pudesse ser livremente

7 A atividade-fim normalmente vem descrita no objeto do contrato social da empresa. Porém, com a diversificação das empresas e adequação ao mercado, é possível que o contrato social esteja em desacordo com a atividade-fim de fato, quando se oportuniza a aplicação do princípio da primazia da realidade à questão.

8 Art. 9º da CLT: Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

terceirizada, nenhuma empresa contrataria mais empregados de forma direta, afinal a intermediação traz inúmeras vantagens, entre as quais a inexistência, *a priori*, de passivo trabalhista.

A busca pelo pleno emprego,⁹ princípio constitucional (art. 170, VIII), e o princípio da continuidade da relação empregatícia estariam fadados à letra morta caso pudessem ser terceirizadas atividades-fim livremente. O argumento de que as empresas prestadoras de serviço possuem inúmeros contratos e que os obreiros apenas sairiam de um contrato e recairiam em outro, *permissa venia*, parece fantasiosa. Talvez algumas dessas empresas, em verdade, possuam inúmeros contratos de prestação de serviços. Porém, o empregado estaria sempre sujeito aos riscos da atividade econômica, quer seja a manutenção dos contratos de prestação de serviços de seu empregador, quer seja o êxito licitatório e a existência de novos contratos. E uma das características do liame empregatício é a alteridade, que estaria sendo afrontada diuturnamente.

Em que pesem os argumentos apresentados realçando o risco, alguns vislumbram outras possibilidades de terceirizar atividade-fim na legislação extravagante, como se percebe no inciso II do art. 94 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, Lei Geral de Telecomunicações. Entretanto, não é pacífico na jurisprudência e na doutrina (OLIVEIRA, 2008) juslaboral se essa possibilidade seria constitucional. A seguir, dispositivo legal:

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

[...]

II – contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

Alguns vislumbram no citado dispositivo legal autorização expressa para terceirizar atividades-fim no setor de telecomunicações. Entretanto, o TST vem demonstrando, com vários acórdãos, discordar do citado entendimento, conforme a seguir:

9 Sobre este princípio há excelente trabalho acadêmico publicado no Compedi: SANTOS, Roseli Régio. O princípio da busca do pleno emprego como aplicação da função social da empresa na lei de falências e recuperação de empresas. *Anais Compedi*. Disponível em: <http://www.compedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/roseli_rego_santos.pdf> Acesso em: 8 out. 2011.

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA CONTRATANTE. O entendimento da quinta Turma e o majoritário desta Corte é de que é ilícita a terceirização da atividade-fim. Recurso de revista de que não se conhece. [...]

PROCESSO Nº TST-RR-57800-86.2007.5.01.0066. Tribunal Superior do Trabalho. 5ª turma. Publicado no DEJT em 14/10/2011

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA *IN VIGILANDO*. Nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, a Administração Pública não responde pelo débito trabalhista apenas em caso de mero inadimplemento da empresa prestadora de serviço, o que não exclui sua responsabilidade em se observando a presença de culpa, mormente em face do descumprimento de outras normas jurídicas. Tal entendimento foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADC nº 16 em 24/11/2010. Na hipótese dos autos, há registro expresso quanto à culpa do ente público a ensejar sua responsabilização subsidiária. Incidência da Súmula nº 331, IV e V. Recurso de revista não conhecido.[...]

PROCESSO Nº TST-RR-134200-39.2009.5.04.0018. 2ª Turma. Relator Min. Caputo Bastos. Publicado no DEJT em 16/9/2011.

A interpretação da jurisprudência laboral acerca do referido e citado dispositivo é que “atividades inerentes, acessórias ou complementares” significa atividade-meio. Dessa sorte, é possível perceber que há clara tendência jurisprudencial balizada no entendimento recrudescido de que terceirização em atividade-fim é ilícita, salvo expressa e inequívoca disposição normativa a esse respeito.

De igual forma, deverá ser o entendimento do TST sobre o art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que versa sobre serviços de telefonia. Observamos que o texto dessa lei é assemelhado e quase idêntico ao texto da Lei de Telecomunicações. Essa identidade faz crer que a interpretação do TST será a mesma utilizada para o setor de telecomunicações.¹⁰

10 O entendimento hermenêutico do TST é de que as Leis nº 8.987, de 1995, e nº 9.472, de 1997, não contêm, em seus textos, autorização para terceirizar atividade-fim. Porém, as concessionárias de serviços públicos não aceitam tal entendimento e têm utilizado todos os instrumentos jurídicos existentes para alcançar seu intento de terceirizar, livremente, as suas atividades-fim. Como exemplo disso, cite-se a tramitação no Supremo Tribunal Federal (STF) da ADC nº 26, movida pela Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (ABRADEE), cujo objetivo é ver declarado constitucional o art. 25, § 1º, da Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987, de 1995). O objetivo, claramente demonstrado, é terceirizar atividades-fim, comercialização de energia elétrica. O pedido de liminar para obstar as ações civis públicas foi negado pelo Min. Ricardo Lewandowski. Há, também, a Reclamação STF nº 11256, que questiona se o Tribunal Regional da

Há outras possibilidades de terceirização da atividade-fim, a exemplo: do trabalho temporário, da empreitada na construção civil (art. 455 da CLT), da indústria automobilística. Acerca do último exemplo, a indústria automobilística, ocorre comumente:

a necessidade de contratação de empresas especializadas para a colocação, durante a produção e montagem dos veículos, de rádio, ar-condicionado, blindagem e demais acessórios. [...] Esta terceirização só pode ocorrer se não houver pessoalidade e subordinação entre o trabalhador e o tomador de serviços. (CASSAR, 2011, p. 516)

Ainda que existam previsões de terceirização de atividade-fim, a interpretação deve ser restritiva, uma vez que se trata de exceção. Entender de modo diverso implica subverter a ordem lógica, transformando o disposto excepcionalmente em regra.

5 Responsabilidade na terceirização

Com a finalidade corrigir as distorções na utilização da terceirização, surgiram teorias para fundamentar a responsabilização da empresa cliente ou tomadora, mesmo que não seja ela a contratante ou empregadora dos trabalhadores. São muitos os fundamentos que justificam essa responsabilização, inclusive os metajurídicos, como os sociais.

O exame da responsabilidade civil do empregador depende da adoção do paradigma da solidariedade social que a Constituição assumiu como novo fator axiológico para a interpretação e aplicação do ordenamento. É a partir desse paradigma, que as relações privadas devem ser examinadas. (SILVA; KROST; SEVERO, 2011, p. 66-79)

O novo paradigma solidarista implica o reconhecimento de que o dano ao empregado causado pelo inadimplemento da empresa interveniente precisa ser reparado.

3ª Região (Minas Gerais) viola a Súmula Vinculante nº 10 do STF ao afastar a incidência da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 1997) e considerar ilegal a terceirização de atividade de *call center* sem analisar a inconstitucionalidade.

5.1 Teoria da despersonalização de empresa e grupo econômico

O art. 10 e o art. 448 da CLT trouxeram a ideia de que a empresa é o empregador e de que as mudanças estruturais ou de propriedade não acarretam mudanças ao obreiro, que continua com direito à manutenção de suas condições laborais e tem seus direitos adquiridos respeitados. Explica Luciano Martinez (2010, p. 177):

Observe-se que, com base em qualquer dos citados dispositivos, as transformações operadas não afetam a existência do empreendimento, tampouco os direitos de seus contratados. Nesse sentido há clara despersonalização empresarial, sendo minimamente relevantes para o contrato de emprego as alterações estruturais (mudança de sócios, conversão de sociedade por cotas de responsabilidade limitada em uma sociedade empresária etc.) ou as mudanças na propriedade (alienação, cessão, fusão, cisão, incorporação etc.). Essas modificações podem ser praticadas em atendimento às conveniências do mercado, sem que em nada afetem os contratos de emprego em curso ou os direitos adquiridos pelos empregados.

No âmbito do Direito do Trabalho, a proteção ao empregado, hipossuficiente da relação jurídico-trabalhista, não reside apenas na faceta principiológica. O art. 2º da CLT reforça a ideia de despersonalização da empresa. Essa ideia preconiza que a empresa ou atividade econômica desenvolvida é o empregador. Dessa forma, a empresa tomadora ou contratante que assume em suas dependências físicas o corpo de empregados de outra empresa (a empresa prestadora de serviços) atrai para si a condição jurídica de empregador.

As empresas unidas (tomadora e prestadora) propiciam o alcance dos mesmos objetivos em parceria, por meio de um vínculo de cooperação ou coordenação.¹¹ De acordo com esse fundamento, a empresa cliente ou tomadora também seria responsável nas obrigações trabalhistas dos empregados da

11 Para a formação de grupo econômico rural, pode estar preservada a autonomia empresarial. Art. 3º, § 2º, da Lei nº 5.889, 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, quando, **mesmo guardando cada uma sua autonomia**, integrem grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego.” (grifei)

empresa intermediadora, pois ambas locupletam-se da força de trabalho dos obreiros envolvidos, conforme o art. 2º, § 2º, da CLT, *in verbis*:

Art. 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.

O conceito de grupo econômico foi alargado pela incidência do art. 3º, § 2º, da Lei nº 5.889, de 1973. Consoante a literalidade do citado dispositivo,¹² basta um vínculo de cooperação ou colaboração para formar o grupo econômico, ante a possibilidade de preservação da autonomia das empresas. Na terceirização, justamente, há autonomia entre a tomadora e a interveniente, ligadas pelo liame colaborativo ou de cooperação. Portanto, poder-se-ia aplicar tal dispositivo diante da lacuna normativa existente e fazer incidir a responsabilidade solidária na relação terceirizada.

A terceirização não é meio fácil de eximir o beneficiário da força de trabalho dos encargos trabalhistas que, incautos, apressam-se em apregoar. Ao contrário, tem a desvantagem de retirar do empresário o poder de comandar diretamente as atividades de apoio de sua empresa e obrigá-lo a responder pela eventual inadimplência do terceiro contratado. (CAMINO, 2003, p. 240)

A terceirização não pode ser, por si só, argumento para que não seja reconhecida a condição de grupo econômico.

12 Sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma delas autonomia, integrem o grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego. (grifei)

5.2 Responsabilidade por ato de terceiro

Existe lacuna normativa acerca da responsabilidade na terceirização, o que atrai a aplicação do art. 8º da CLT.¹³ Essa aplicação viabiliza que sejam utilizados, por analogia, os dispositivos referentes à responsabilidade civil no Código Civil de 2002 e na CLT. E essa proposta atende ao:

[...] novo paradigma solidarista, fundado na dignidade da pessoa humana, modificou o eixo da responsabilidade civil, que passou a não considerar como seu principal desiderato a condenação de um agente culpado, mas a reparação da vítima prejudicada. Essa nova perspectiva corresponde à aspiração da sociedade atual no sentido de que a reparação proporcionada às pessoas seja mais abrangente possível. (SILVA; KROST; SEVERO, 2011, p. 66-79)

O tratamento da responsabilidade civil por ato de terceiro está nos arts. 932, III,¹⁴ 933,¹⁵ e 942, parágrafo único,¹⁶ do Código Civil de 2002, e deve ser aplicado por analogia à situação.

Raimundo Simão de Melo (2011, p. 152) enfatiza que os dispositivos citados impõem responsabilidade solidária passiva e objetiva:

Da leitura e interpretação sistemática dos referidos dispositivos legais decorre que alguém, mesmo não tendo praticado diretamente ato danoso para outrem, pode ter que responder pelas consequências desse ato, praticado por um terceiro com quem mantenha alguma relação jurídica estabelecida por lei ou contratualmente, sendo esta responsabilidade entre o comitente e o preposto objetiva (art. 933) e solidária (parágrafo único do art. 942).

13 “Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, **por analogia**, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.” (grifei)

14 “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: [...] III – **o empregador ou comitente**, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;” (grifei)

15 “Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, **ainda que não haja culpa de sua parte**, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.” (grifei)

16 “Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São **solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932**.” (grifei)

É o caso das terceirizações trabalhistas, que se enquadram nas figuras do comitente (tomador de serviços) e do preposto (prestador de serviços), este, que está sob a vinculação de um contrato de preposição, exercendo uma atividade sob autoridade e no interesse de outrem, sob suas ordens e instruções, cabendo àquele fiscalizá-la e vigiá-la para que proceda com a devida segurança, de modo a não causar danos a terceiros.

O citado autor explica que a Súmula nº 331 do TST aplicou responsabilidade subsidiária em virtude de ter-se baseado nos arts. 1.521¹⁷ e 1.523¹⁸ do Código Civil de 1916, devendo o citado tribunal reformular sua súmula e adequá-la ao Código Civil de 2002, mais precisamente aos arts. 932, 933 e 942, aplicando a responsabilidade objetiva e solidária (MELO, 2011, p. 156) em virtude da expressa e inequívoca previsão legal.

O contrato civil realizado entre a empresa tomadora e a empresa intermediadora não deve ser mote de lesões a terceiros, alheios à contratação, ou seja, os efeitos do contrato de prestação de serviço devem estar adstritos às partes. A empresa tomadora tem o dever jurídico contratual de escolher empresa intermediadora mais sólida financeiramente (idônea) para a realização do contrato de prestação de serviços, pois deve zelar para que as atividades oriundas da contratação não sejam lesivas aos não participantes do contrato. A doutrina civilista denomina essas obrigações de culpa *in eligendo*¹⁹ e culpa *in vigilando*²⁰ e, também, conduta negligente²¹ (culpa).

A escolha responsável da empresa intermediadora e a fiscalização são deveres jurídicos da empresa tomadora de serviços, e o descumprimento deve, irremediavelmente, acarretar responsabilidade para esta. A hipótese legal

17 “Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil: I – Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia. II – O tutor e curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições. III – O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião deles (art. 1.522). IV – Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educadores. V – Os que gratuitamente houverem participado dos produtos do crime, até à concorrente quantia”.

18 “Art. 1.523. Excetuadas as do art. 1.521, nº V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no artigo 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte”.

19 Culpa *in eligendo*: modalidade em que o agente não toma as cautelas necessárias para a escolha de uma coisa e de pessoa para exercer uma atividade. (HORCAIO, 2006, p. 235).

20 Culpa *in vigilando*: modalidade em que o agente não fiscaliza uma atividade, própria ou de terceiro, com a cautela necessária. (HORCAIO, 2006, p. 235).

21 Negligência: omissão de cautela a que uma pessoa está obrigada em face das circunstâncias em que é praticada a ação. (HORCAIO, 2006, p. 728).

genérica está prevista no art. 186 do Código Civil,²² responsabilidade indireta ou responsabilidade por ato ilícito de outrem. Também há previsão específica para a intermediação temporária, art. 16 da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

Se a terceirização no trabalho temporário prevê a possibilidade da aplicação da culpa extracontratual, o que se dizer da terceirização comum, a princípio indeterminada do ponto de vista do empregado da empresa prestadora de serviços. Não há sentido em se atribuir responsabilidade para algo efêmero e se pretender excluí-la de algo perene ou contínuo, uma vez que o sistema justralhista brasileiro é protetivo e garantista.

Dessa sorte, por analogia, podem ser aplicados os dispositivos do Código Civil, da CLT ou da Lei de Trabalho Temporário à terceirização, e todos os citados diplomas normativos contêm a previsão de aplicação da responsabilidade solidária.

Portanto, o tomador de serviços, no caso da terceirização, somente se exonerará da responsabilidade em relação aos trabalhadores terceirizados se provar caso fortuito ou força maior ou que o evento se deu sem nexo de causalidade com relação a ele, ou seja, que a conduta foi praticada fora dos limites da preposição. (MELO, 2011, p. 155)

O inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora tem duas raízes. A primeira funda-se na ausência de critérios sérios para escolha da empresa prestadora de serviços pela empresa tomadora. Se fosse escolhida uma empresa de terceirização de serviços idônea, não haveria inadimplemento das obrigações laborais dos empregados terceirizados. A segunda raiz da inadimplência da empresa de terceirização é a ausência de fiscalização da execução do serviço contratado pela empresa cliente ou tomadora, pois, caso a vigilância do contrato houvesse sido bem feita, não haveria possibilidade de haver parcelas de qualquer natureza em aberto, mormente trabalhistas e previdenciárias.

Muitas vezes, a empresa tomadora de serviços utiliza a terceirização sem nenhum critério ou utilizando como tal apenas o valor cobrado pela empresa interveniente, ignorando os impactos e as consequências desse ato para os

22 Art. 186 do Código Civil, *in verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

trabalhadores contratados. É justamente nessa hipótese que se caracteriza a culpa extracontratual. A empresa tomadora, diante da citada culpa, deverá responder, também, pelos danos causados.

Apesar dos argumentos citados, a posição da jurisprudencial do TST é de que a responsabilidade será subsidiária. A responsabilidade solidária seria possível, somente, se houvesse terceirização ilícita. Consoante dito, a terceirização lícita, havendo inadimplemento por parte da empresa de intermediação, ensejará a responsabilidade subsidiária²³ da tomadora de serviços e da prestadora. Na terceirização ilícita, forma-se o vínculo empregatício com o tomador de serviços, gerando responsabilidade solidária²⁴ entre este e a empresa intermediadora.

A ilicitude na terceirização destrói o vínculo empregatício com a empresa intermediadora e produz um vínculo empregatício direto com a empresa tomadora, ou cliente. A ilicitude na terceirização induz à responsabilidade solidária. A opção, no sistema jurídico brasileiro, da responsabilidade solidária advém da lei ou da vontade das partes. A ideia de radicalidade desse posicionamento perde força quando se pesquisa a legislação²⁵ na América Latina em geral, consoante explica Graciela Bensusán (2007, p. 42):

En materia de responsabilidad solidaria por parte de la empresa usuaria, algunos países siguen reglas más estrictas encaminadas a proteger mejor a los trabajadores, como cuando se establece ineludiblemente esta responsabilidad en casos em que la actividad subcontratada corresponda a las que normalmente desarrolla la empresa, tal como ocurre en Argentina, Panamá, Colombia y Venezuela. Incluso en el primero de estos países, la jurisprudencia establece desde 2002 que el trabajador puede optar libremente por demandar a su empleador, a la empresa con que la que aquél contrato o a ambos conjuntamente, lo cual se debió a la enorme dificultad que enfretan los trabajadores ante la insolvencia de sus empleadores.²⁶

23 [...] “nada mais do que uma forma especial de solidariedade, com benefício ou preferência de excussão de bens de um dos obrigados.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2004, p. 75).

24 Art. 264 do Código Civil. “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”.

25 A legislação sobre terceirização na América Latina, em geral, é extremamente protetiva. Citamos como exemplos legislativos relevantes sobre terceirização: Argentina (Lei nº 30, de 2003, arts. 30 e 136, da Lei do Contrato de Trabalho – LCT); Paraguai (arts. 24 a 26 da Lei nº 213, de 1993); Uruguai (Lei nº 18.098, de 2007, Lei nº 18.099, de 2007, e Lei nº 18.251, de 2008); Chile (Lei nº 20.123, de 2006, e art. 92 do Código de Trabalho Chileno); e Peru (Lei nº 27.626, de 2002, Lei nº 29.245, de 2008, e Decreto Legislativo nº 1.038, de 2008).

26 Em matéria de responsabilidade solidária da empresa tomadora, alguns países seguem regras mais restritivas e protetivas da classe trabalhadora quando a atividade terceirizada é normalmente desenvolvida na empresa, tal como ocorre na

Nos países da América Latina, a maioria dos instrumentos normativos que regulam as relações triangulares estabelece que a empresa tomadora tenha responsabilidade solidária sobre o trabalhador e deva responder pelos direitos trabalhistas (FALVO, 2009).

Há um claro descompasso entre o posicionamento de responsabilidade previsto no Brasil e o adotado na América Latina.

6 Considerações finais

Apesar da abrangência da proteção constitucional acerca dos direitos sociais, indubitavelmente, o principal destinatário são os menos favorecidos economicamente, uma vez que o atendimento de suas necessidades é um imperativo do princípio da dignidade da pessoa humana,²⁷ uma garantia de mínimo existencial (BARCELLOS, 2002, p. 231).

“Os direitos sociais, como direitos de segunda dimensão, convém lembrar, são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de implementação da igualdade social dos hipossuficientes” (TAVARES, 2010, p. 827).

As políticas públicas, *lato sensu*, compreendem as prestações positivas estatais advindas dos poderes. E cada um dos poderes tem o dever de implantar em sua seara medidas de estímulo, preservação e adimplemento do Estado em relação ao hipossuficiente. No art. 6º da Constituição da República, são caracterizados como sociais direitos de cinco naturezas distintas: trabalhistas, previdenciários, econômicos, culturais e de segurança pública. E, no texto constitucional, há artigos tratando desses assuntos, definindo e demarcando em que aspectos deve a política pública agir e beneficiar o hipossuficiente.

No art. 7º da Constituição da República, por excelência, encontram-se, minuciosamente tratados, os direitos trabalhistas.

Argentina, no Panamá, na Colômbia e na Venezuela. Inclusive, no primeiro país citado, a jurisprudência estabelece desde 2002 que o trabalhador pode escolher a quem processar, podendo optar pela empresa tomadora, a empresa interveniente ou ambas conjuntamente. Isso decorre do reconhecimento da grande dificuldade pela qual passa o trabalhador diante da insolvência de seus empregadores. (traduzi)

27 “O homem, e duma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim.” (KANT, 2003, p. 68)

Observa-se que, no trato dos direitos sociais individuais do trabalho, a Constituição foi extremamente generosa, tratando de açambarcar diversos dos direitos trabalhistas presentes na História jurídica nacional, criando, ainda, outros, em caráter inovador. (TAVARES, 2010, p. 836)

Apesar de encontrar, facilmente, autores na área jurídica e na Administração que alçam a terceirização à condição de solução de todo problema econômico e indispensável ao desenvolvimento e êxito empresarial, começam a surgir estudos em programas de mestrado²⁸ sobre empresas que aplicaram a terceirização e não obtiveram resultados satisfatórios. É chamada de primeirização a movimentação no sentido de retroagir a terceirização para as contratações diretas, no modelo tradicional bipolar empregatício. Não se trata, pois, a terceirização de solução perfeita, tampouco de vetor decisivo para o sucesso econômico de uma empresa.

[...] Direito do Trabalho, emergente na fase da socialização do direito, prepondera a função instituidora de modelos socialmente adequados. Esse ramo especial do Direito insere regras não aplicadas espontaneamente pela comunidade, mas que, à luz da solidariedade entre os homens, devem ser observadas. [...] Não revela assentamento do que se praticava no rito social, mas, pelo contrário, intervém drasticamente, para cercear a prática vigente, transformando-se, em prol do avanço da própria sociedade. [...] O que deu particularidade a esse ramo do Direito é justamente o modo novo com que fez a regulação das relações de trabalho que, [...] implicou uma mudança na forma de conceber a igualdade das pessoas, a qual deixa de ser um ponto de partida do direito, para se converter em meta ou aspiração da ordem jurídica. (SILVA; KROST; SEVERO, 2011, p. 66-79)

Tão complexo fenômeno, como é o da terceirização trabalhista, deve ser analisado consoante os princípios inspiradores de nossa Constituição da República, sob pena de transformar os dispositivos protetivos constitucionais trabalhistas em instrumentos incapazes de realizar seu desiderato. Como bem ensinou Pontes de Miranda (1987, p. 15-16):

Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios e que se precisa, ou se

28 Como os estudos de Jorge Veiga Júnior e Walimir Maia Rocha Lima Neto. *Vide* Referências, ao final deste artigo.

entende, devam ser cumpridos – o que é pior [...] no momento, sobre a Constituição que, bem ou mal, está feita, o que nos incumbe, a nós, dirigentes, juízes e intérpretes, é cumpri-la. Só assim saberemos para que serviu e a que não serviu, nem serve. Se a nada serviu em alguns pontos, que se emende, se reveja. Se algum ponto a nada serve, que se corte este pedaço inútil. Se a algum bem público desserve, que pronto se elimine. Mas, sem cumprir, nada saberemos. Nada sabemos, nada poderemos fazer que mereça crédito. Não cumpri-la é estrangulá-la ao nascer.

Portanto, pugna-se pela proteção e pelo respeito às normas-princípios constitucionais, valorizando os direitos fundamentais sociais insculpidos pelo legislador originário, a fim de que sejam alcançados os objetivos propostos pela Constituição Federal e se construa uma sociedade justa e igualitária.

A terceirização trabalhista pode ser realizada dentro de parâmetros adequados à satisfação dos direitos sociais trabalhistas. A proteção jurídica prevista no texto constitucional e reforçada pelos dispositivos da CLT torna imperiosa a responsabilização do tomador de serviços e do intermediador pela exploração da mão de obra, inadimplência da empresa de terceirização e demais desvios e ilegalidades na terceirização.

A interpretação sistemática das normas tratadas favorece o enrijecimento da responsabilidade na terceirização, além da demonstrada tendência na América Latina em reforçar o conteúdo protetivo do contrato de trabalho frente às tentativas de precarização e flexibilização. O recrudescimento da responsabilidade gera como consequência a adequação das empresas prestadoras e maior acuidade dos tomadores de serviços, o que contribui para evitar ilicitudes, fraudes e descumprimento das obrigações trabalhistas dos empregados terceirizados.

Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BENSUSÁN, Graciela. La subcontratación laboral y sus consecuencias: problemas de diseño institucional o de implementación? **Cuadernos de integración andina**. La subcontratación laboral – análisis y perspectivas. Consejo consultivo laboral andino, n. 20, Diciembre 2007.

CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: paradoxo do direito contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **Capitalismo, trabalho e emprego**. Entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.

FALVO, Josiane Fachini. Balanço da regulamentação da terceirização do trabalho na América Latina. **Instituto de Estudos Latino-Americanos (IELA)**. Universidade Federal de Santa Catarina, n. 03, 2009. Disponível em: <www.iela.ufsc.br>. Acesso em: 12 out. 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Curso de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

GRISOLIA, Julio Armando. **Manual de Derecho Laboral**. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

HORCAIO, Ivan. **Dicionário jurídico referenciado**. São Paulo: Primeira Impressão, 2006.

IRANZO, Consuelo; RICHTER, Jacqueline. La subcontratación laboral. Bomba de tiempo a la paz social. **Cuadernos de integración andina**. La subcontratación laboral – análisis y perspectivas. Consejo consultivo laboral andino, n. 20, Diciembre 2007.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. A terceirização na Administração Pública e constitucionalidade do art. 71, Lei 8.666/93, declarada pelo STF (novembro de 2010). **Revista LTr**. São Paulo, v. 75, n. 3, p. 276 a 281, março 2011.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2003.

LIMA NETO, Walmir Maia Rocha. **Quando a terceirização não funciona: a “primeirização” das atividades de manutenção industrial na Caraíba Metais**. Bahia, 2008. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração) – Universidade Federal da Bahia, 2008.

LIMA, Jacob Carlos. A terceirização e os trabalhadores: revisitando algumas questões. **Cadernos de Psicologia Social do Trabalho**. São Paulo, v. 13, n. 1, p. 17-23, 2010.

MARQUES, Fabíola; ABUD, Cláudia José. **Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011. (Série leituras jurídicas provas e concursos, v. 22).

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MELO, Raimundo Simão de. A necessária revisão da Súmula 331 do TST diante do Novo Código Civil. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região**. Belém, v. 44, n. 86, jan/junho 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com Emenda nº 1 de 1969**. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011.

OLIVEIRA, Maria Fernanda Pereira de. Do processo de terceirização nas empresas de telecomunicações. Da possibilidade da terceirização da atividade-fim. Inaplicabilidade da Súmula 331, III, do TST. Inteligência da Lei Geral de Telecomunicações. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1.702, 28 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10995>>. Acesso em: 26 abr. 2011.

POCHMANN, Márcio. O papel da terceirização da mão de obra. **Revista Fórum**. Disponível em: <http://www.revistaforum.com.br/sitefinal/EdicaoNoticiaIntegra.asp?id_artigo=543>. Acesso em: 23 out. 2011.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1996.

SANTOS, Roseli Rêgo. O princípio da busca do pleno emprego como aplicação da função social da empresa na lei de falências e recuperação de empresas. **Anais Compedi**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/salvador/roseli_rego_santos.pdf>. Acesso em: 8 out. 2011.

SILVA, Alessandro da; KROST, Oscar; SEVERO, Valdete Souto. Fundamentos à responsabilidade solidária e objetiva da tomadora de serviços na “terceirização”. **Revista LTr**. São Paulo, v. 75, n. 1, p. 66-79, jan. 2011.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Relação de emprego & direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

_____. Carta aberta aos “terceirizados” e à comunidade jurídica. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região**. Belém, v. 44, n. 86, jan./jun. 2011.

_____. Trabalho descentralizado. A terceirização sob uma perspectiva humanista. **Revista Latinoamericana de Derecho Social**. México, n. 9, p. 159-174, Julio-diciembre 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VEIGA JÚNIOR, Jorge. **Da terceirização à primeirização: transformações das relações de trabalho na Petrobras**. São Paulo, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Metodista de Piracicaba, 2009.

VIANA, Márcio Túlio. Fraude à lei em tempos de crise. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Paraná, v. 21, p. 61-70, jul./dez. 1996.

Petição PGBC-1273/1998

Memorial em Recurso Extraordinário em que se defende a constitucionalidade do “Plano Collor”, instituído pela Medida Provisória nº 168, de 15 de março de 1990, em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, de 12 de agosto de 1998.

Luiz Ribeiro de Andrade

Procurador

**EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
PLENÁRIO**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 206.048-8/RS
RECORRENTE: LISARA PIANCA SUNÉ
RECORRIDOS: BANCO CENTRAL DO BRASIL E OUTRO
RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO
PEDIDO DE VISTA: MINISTRO NELSON JOBIM

EMINENTES MINISTROS:

O **BANCO CENTRAL DO BRASIL**, considerando algumas questões de fato suscitadas no início do julgamento do recurso extraordinário e, também, o pedido de vista formulado pelo ilustre Ministro NELSON JOBIM, após o voto do eminente Ministro MARCO AURÉLIO (Relator), em sessão plenária de 12/8/1998, pede vênua para prestar os seguintes esclarecimentos sobre a matéria em julgamento.

OBJETIVO CENTRAL DO “PLANO COLLOR”

2. O “Plano Collor”, tendo em vista o iminente perigo público por que passava a economia do país, teve por objetivo central restabelecer a confiança do povo no padrão monetário, mediante a redução da liquidez da economia, requisitando e mantendo sob a guarda do Banco Central do Brasil parte dos ativos depositados nas instituições financeiras, como se observa da exposição de motivos da Medida Provisória nº 168, de 15 de março de 1990:

5. No Brasil, a adaptação do corpo social à prática da indexação chegou ao absurdo econômico da criação da moeda indexada, que concentra os atributos da liquidez e da atualização de seu valor em relação à moeda de curso legal. Isso determina o fracionamento da unidade da moeda e coonesto a desídia do Estado no cumprimento de seu dever de zelar pela incolumidade do padrão monetário. Nas condições de administração da moeda indexada, a moeda da riqueza inativa separa-se da moeda que paga o trabalho e remunera a produção e o investimento.

6. Neste regime, em que convivem duas moedas, a política monetária do Estado torna-se inoperante, prisioneira da polarização das preferências dos agentes na moeda indexada. As tentativas de controle da liquidez na moeda fraca, em acelerada desvalorização, determinam a emissão de direitos na moeda protegida, através do manejo das taxas de juros. Paradoxalmente os esforços de contenção da liquidez culminam em sua expansão.

7. A multiplicação descontrolada desses direitos sobre a riqueza e a produção – lastreadas nos títulos da dívida pública – além de significar um desrespeito às normas constitucionais que limitam a expansão monetária, também representa uma ameaça gravíssima ao normal funcionamento dos mercados. Isto porque cresce a desproporção entre a massa de moeda indexada ou de quase moeda, a capacidade de resposta da produção e a dimensão dos mercados de ativos.

8. Neste sentido, Senhor Presidente, a Reforma Monetária ora proposta significa uma defesa dos patrimônios e dos rendimentos do trabalho contra os movimentos especulativos característicos de uma conjuntura de alta instabilidade, como a que atravessamos.

3. Imperioso salientar que a desordem na economia de um país, tal como a que ocorria no Brasil em março de 1990, não só legitima, mas impõe aos poderes constituídos a tomada de medidas com o objetivo de restabelecer a estabilidade da economia e da moeda, em razão mesmo dos fundamentos e objetivos fundamentais inspiradores da própria razão de ser do Estado, tais como a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a construção de uma sociedade justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades sociais e regionais (Constituição da República, art. 1º, III e IV, e [art.] 3º, I, II, III).

DESTINO DOS VALORES BLOQUEADOS

4. Como consequência do bloqueio, os cruzados novos foram recolhidos ao Banco Central do Brasil pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, a partir do dia 19/3/1990, na data-base ou no vencimento de cada operação, em conta denominada “VALORES À ORDEM DO BANCO CENTRAL”, competindo a elas o controle analítico, em cruzados novos, das contas de seus respectivos clientes (Medida Provisória nº 168, de 1990, art. 9º, e Circular-BACEN nº 1.602, de 18 de março de 1990, arts. 3º e 4º).

5. Os valores bloqueados, nos limites fixados na lei, foram mantidos no Banco Central do Brasil, a título de Reservas Bancárias em cruzados novos (RBNcz), em nome de cada uma das instituições financeiras.

6. Em caso de deficiência verificada no recolhimento dos recursos, via conta Reservas Bancárias em cruzados novos, ou seja, sendo os valores depositados inferiores aos ativos bloqueados, a instituição financeira era assistida pelo Banco Central do Brasil, na forma do art. 17 da Medida Provisória nº 168, de 1990 (Lei nº 8.024, de 1990), mediante a cobrança de encargos na forma estabelecida pela Circular-BACEN nº 1.702, de 30 de abril de 1990.

7. Esses encargos cobrados pelo Banco Central às instituições financeiras, por deficiência verificada em razão do bloqueio, eram calculados sobre a diferença verificada entre os recursos bloqueados por lei e os valores efetivamente recolhidos ao Banco Central, à conta Reservas Bancárias em cruzados novos.

8. A taxa líquida cobrada pelo Banco Central, em razão dessa deficiência, variável de instituição para instituição financeira, era representada pela diferença entre a rentabilidade das respectivas operações ativas e a despesa incorrida pelo Banco Central com a remuneração dos cruzados novos bloqueados, com deságio que variava de 0% a 2%, incidente nos seguintes grupos de ativos: operações de crédito, títulos públicos e privados, e demais ativos (Circular-BACEN nº 1.702, de 1990).

9. O montante dos recursos destinados pelo Banco Central a essa assistência financeira foi equivalente a **28,50%** do total dos recursos bloqueados e a taxa percebida, variável de instituição para instituição financeira, como já se disse, representou o percentual **médio líquido de apenas 1,39%** acima da remuneração paga pela Autarquia pelos **cruzados novos bloqueados**, como

demonstrado no quadro anexo, elaborado pelo Departamento de Operações Bancárias da Autarquia.

10. A assistência prestada pelo BACEN às instituições financeiras que apresentaram deficiência de cruzados novos, em razão do bloqueio (art. 17 da MP nº 168, de 1990), foi operacionalizada na forma de crédito rotativo, isto é, abertura de crédito com a finalidade de suprir deficiência na conta Reservas Bancárias em **cruzados novos bloqueados**, por elas mantida junto à Autarquia.

RENTABILIDADE DOS ATIVOS DO BANCO CENTRAL

11. Como já se ressaltou, o objetivo central do “Plano Collor”, diante das dificuldades econômicas enfrentadas pelo Estado em março/1990, era limitar a base monetária a níveis suportáveis pela economia do país e estancar a inflação. O bloqueio não tinha como finalidade angariar recursos privados para atender despesas de custeio ou investimento estatal.

12. Acrescente-se, por oportuno, que a missão precípua da Autarquia é proteger o poder de compra da moeda e zelar pela saúde do Sistema Financeiro Nacional. Sua atuação, como prestador de última instância e agente responsável pela condução da política monetária do país, não se reveste de atitudes especulativas com recursos próprios ou de terceiros, que lhe sejam recolhidos em razão desta ou daquela conjuntura econômica.

13. Prova disso é que, durante a vigência do bloqueio, vale dizer de março de 1990 a agosto de 1992, a remuneração média das operações financeiras da Autarquia foi inferior à variação do IPC ocorrida no período, representando apenas **16,13%** (contra 20,28%), conforme demonstra o quadro anexo, elaborado pelo Departamento de Administração Financeira da Autarquia.

14. Cabe assinalar que a parcela de **cruzados novos bloqueados** não utilizada pela Autarquia a título de assistência prestada às instituições financeiras (art. 17 da MP nº 168, de 1990), superior a 70% (setenta por cento) do volume de recursos bloqueados, foi mantida em depósito no Banco Central sem lhe propiciar nenhum rendimento durante o bloqueio, até porque referenciada em padrão monetário extinto, cuja conversão somente poderia ocorrer na forma e nos prazos previstos em lei, ou mediante decisão judicial.

EXAME DOUTRINÁRIO DO TEMA

15. O ilustre Professor GILMAR FERREIRA MENDES, em alentado artigo publicado na Revista de Informação Legislativa, número 112, págs. 235/296, sobre o assunto assim se manifestou:

Evidentemente, a profunda alteração introduzida pela Medida Provisória nº 168, de 15 de março de 1990, **somente poderá ser adequadamente analisada se se levar em conta o quadro econômico-financeiro dominante à época.** O agudo processo inflacionário, que fazia o índice de inflação aproximar-se celeremente dos três dígitos (ca.73% em fevereiro de 1990) e a intensa especulação financeira ameaçavam a estabilidade da estrutura econômica e política do País. A elevada remuneração paga às aplicações financeiras acabou por afetar o investimento nas atividades produtivas, com sérios e inequívocos riscos para toda a organização econômico-social. **Foi exatamente nesse contexto econômico-social que se editou a Medida Provisória nº 168, posteriormente convertida na Lei nº 8.024, de 1990.** Careceria a União de poderes para legislar sobre a matéria? Nem o mais apaixonado dos críticos – e paixão não tem faltado na análise da questão – poderá negar que a União dispõe de competência para legislar sobre o sistema monetário (Constituição de 1988, art. 22, VI). (*op. cit.* pág. 274). (Destacou-se)

16. Ao analisar as medidas constantes da Lei nº 8.024, de 1990, à luz do princípio da proporcionalidade, referindo-se aos modelos de reforma monetária postos por Gurley, adiciona o citado autor:

Não se pode negar que o chamado excesso de liquidez existente haveria de ser arrostado mediante providências que reduzissem, de forma significativa, os ativos financeiros. Dos modelos contemplados na tipologia proposta por Gurley, não parece subsistir dúvida de que o modelo 2, integralmente adotado pela Lei nº 8.024, de 1990, revela-se menos gravoso, por não acarretar a perda ou a supressão de direitos sobre parte dos ativos financeiros, o que ocorre, inevitavelmente, no caso de adoção do modelo 1 ou do modelo 3. [...].

Ninguém em sã consciência há de infirmar os elevados interesses públicos que nortearam a edição da Medida Provisória nº 168, posteriormente convertida na Lei nº 8.024, de 1990, editada num momento de absoluta

desorganização econômico-financeira. Os elevados índices inflacionários flagelavam os assalariados e estimulavam a especulação financeira, contribuindo para a redução das atividades produtivas. **A inércia do poder público haveria de levar a um desastre de proporções imprevisíveis, no qual dificilmente restariam incólumes os próprios recursos privados confiados às instituições financeiras. Não há que se cogitar, pois, da desproporcionalidade das providências contidas na Lei nº 8.024, de 1990.** É certo, ademais, que, tendo em vista o significado patrimonial dos ativos financeiros para os titulares das diversas contas, assegurou-se a atualização dessas importâncias e o pagamento de taxas de juros equivalente a 6% ao ano ou fração *pro rata* (Lei nº 8.024, arts. 5º, § 2º, 6º, § 2º, e 7º, § 2º). Outorgou-se, portanto, satisfatória compensação financeira ao titular de posições jurídicas afetadas com as medidas em apreço. (*op. cit.* págs. 294/295). (Destacou-se)

17. Essa posição doutrinária, aliás, foi adotada pela Professora SUZANA DE TOLEDO BARROS, em dissertação de mestrado que constitui obra de referência dos tribunais pátrios, inclusive da Corte Suprema, cujo texto contém a seguinte consideração sobre a questão vertente:

As conclusões acima podem ser colhidas no trabalho de GILMAR FERREIRA MENDES, A Reforma Monetária de 1990 [...]. O respeitável constitucionalista rebate a posição de alguns juízes e doutrinadores que viram na medida legal uma ofensa à garantia do direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. A análise da constitucionalidade da lei teve o mérito de descer à minúcia de um exame sobre a razoabilidade da medida, o que só pôde ser levado a efeito graças à invocação do princípio da proporcionalidade, ocasião em que se demonstrou não somente como permaneceu intocável o núcleo essencial do direito da propriedade sobre os depósitos “bloqueados” como também se houve por bem compensar os eventuais atingidos, por meio da garantia da correção do valor real da moeda substituída, durante o tempo da retenção. (O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. **Brasília Jurídica**, Brasília, 1996, pág. 160).

ENTENDIMENTO DO STJ SOBRE O TEMA

18. Afronta o natural senso de justiça a hipótese de condenação da Autarquia com base em suposta inconstitucionalidade de ato legislativo, quando a razão jurídica informa que eventual ação de responsabilidade civil haveria de ser proposta em face da União, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República, e não contra o Banco Central. A respeito, veja-se o que disse o ilustre Ministro DEMÓCRITO REINALDO, no voto condutor do acórdão proferido pela egrégia 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o tema em discussão:

Ademais, se promovida ação indenizatória sob fundamento de inconstitucionalidade da Lei nº 8.024/1990, o Banco Central não poderia figurar no pólo passivo, desde que não legisla. A competência para legislar, consoante normas da C. Federal, é do Congresso Nacional e, as mais das vezes, com a iniciativa do Poder Executivo. Destarte, se a causa de pedir, na indenizatória, é a inconstitucionalidade de lei federal, deve figurar no pólo passivo a União. O Banco Central não pode se responsabilizar por ato legislativo que não praticou e que lhe faltava competência para fazê-lo. (REsp 124.864/PR, DJ 28/9/1998; acórdão anexo).

19. Quanto ao indexador fixado pela lei para atualizar os **cruzados novos bloqueados**, merecem destaque as seguintes passagens desse v. acórdão:

A correção monetária, em nosso direito, está sujeita ao princípio da legalidade estrita, constituindo seu primeiro pressuposto a existência de lei formal que a institua. Se Estado democrático de direito adotou o princípio do nominalismo monetário, estabelecendo o valor legal da moeda, é juridicamente inadmissível que esta (moeda) tenha, pari passu, um valor econômico sem autorização legal. Só a lei é o instrumento adequado para instituir a correção monetária.

Na hipótese vertente (bloqueio dos cruzados novos), há lei (nº 8.024, art. 6º, § 2º), estabelecendo, de forma clara e precisa, a correção monetária dos saldos em caderneta de poupança convertidos em cruzeiros, indicando expressamente o índice de atualização (BTNF), fixando o período sujeito à correção e o marco temporal em que o fator de atualização passaria a incidir (a data do primeiro crédito de rendimento). Qualquer

outro índice por mais real que aquele, por mais apropriado, por mais conveniente, não pode ser pretendido (e nem concedido nesta instância), por lhe faltar um requisito inafastável – a base legal. É, pois, antijurídico, na espécie, omitir-se, o julgador, em aplicar a lei e desbordando-se na apreciação dos fatos da causa (sob divisar existência de prejuízo ou possível enriquecimento da parte adversa), enveredar na busca de outro índice que, do ponto de vista econômico, possa ser mais aconselhável do que o preconizado pelo legislador. Se a lei – para o caso específico – instituiu o índice, de atualização, deve o legislador ter sido despertado para que este fosse o mais consentâneo com a realidade nacional e com o interesse público. Transmudar-lhe, é defeso ao Judiciário, ao qual é vedado investir-se na condição de legislador positivo.

O legislador não fica obrigado, tendo-se como prevacente o interesse nacional, em percentualizar o fator de correção (para atender a diversidade de situações e de condições que caracterizam uma dada conjuntura econômico-financeira), em igualdade absoluta com a inflação real. Por mais injusta que possa ser, a correção monetária consiste, apenas, na parcela de inflação reconhecida por lei. (Destacou-se)

POSIÇÃO DO STF SOBRE A MATÉRIA

20. O objetivo central das medidas econômicas adotadas com o bloqueio e a necessidade de sua implantação, em março de 1990, já foram expressamente reconhecidos pela maioria dos ilustres ministros da excelsa Corte, no julgamento do pedido de liminar na ADI 534-1/DF, DJ de 8/4/1994:

Min. ILMAR GALVÃO – O eminente Relator acabou de ler dados, obtidos do Banco Central, segundo os quais a liberação dos depósitos, em razão de decisões judiciais, atinge cifra insignificante, diante do montante dos depósitos que, segundo se afirma, se eleva a quase três vezes o valor do meio circulante. Não considero, pois afastado o risco da frustração do Plano Econômico posto em prática, pelo simples fato de que grande parte desses depósitos já se acha liberada.

É certo que o Estado dispõe de outros meios eficazes para conter o excesso de moeda em circulação. No entanto, apesar dessa certeza, estou convencido de que os danos decorrentes de uma frustração do Plano

Econômico sob execução, para toda a sociedade, serão incalculáveis e de reparação extremamente penosa e difícil. (Fls. 257/258 do acórdão).

Min. MARCO AURÉLIO – Peço vênua ao nobre Ministro Relator, reconhecendo no voto de V. Exa. um estudo profundo, a proficiência sempre demonstrada nos atos que pratica no exercício do ofício judicante, para, no caso, votar acompanhando o Ministro Ilmar Galvão, indeferindo, portanto, a cautelar pleiteada. (Fl. 261 do acórdão).

Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – Não me impressiona, aqui, a extrema dificuldade da recuperação física de cruzados liberados. Admito-a para argumentar. O que me parece necessário ponderar, e aqui já se disse, é que se trata, mal ou bem, do plano econômico que os poderes políticos aprovaram.

Isto é um fato. E este Plano, aprovado pelos poderes competentes, já não vai ser possível abortá-lo, como de início, seria irreversivelmente sacrificado pela liminar. (Fl. 267 do acórdão).

Min. OCTAVIO GALLOTTI – Parece também evidente que o aumento de liquidez, resultante dessa injeção de meios de pagamentos em circulação, causaria um dano irreparável à economia pública, mesmo na hipótese de não vir a demanda a prosperar, independentemente, Sr. Presidente, do mérito ou demérito que se atribua à política econômica, posta em execução pelo Governo com o apoio do Congresso Nacional. (Fl. 284 do acórdão).

Min. SYDNEY SANCHES – Por outro lado, a suspensão cautelar da lei poderá evitar que isso aconteça, ou, então, trazer inúmeros transtornos para economia nacional, com a abrupta injeção de vários trilhões de cruzeiros no meio circulante nacional, de efeitos imprevisíveis ou previsivelmente deletérios como, por exemplo, o retorno a uma ameaçadora hiperinflação, de mais de 80% ao mês, que desgastará a poupança dos depositantes, desvalorizará irreversivelmente a moeda brasileira e acabará punindo mais duramente ainda aqueles que sequer tiveram condições de poupar, ou seja, os mais desfavorecidos.

Não me animo a adotar medida, que ponha em risco ainda maior a já combatida economia do País e aflija ainda mais os já aflitos, os extremamente pobres, que sequer conseguem economizar, quando conseguem sobreviver. (Fls. 295/296 do acórdão). (Destacou-se)

21. Irrepreensíveis essas conclusões. Esta Autarquia, mais do que ninguém, sabe que a economia do país, em março de 1990, sob o efeito de um agudo

processo inflacionário, cujo índice atingiu 84,32% naquele mês, passava por um verdadeiro estado de necessidade econômica e por um iminente perigo público.

22. O Supremo Tribunal Federal, considerando essa relevantíssima situação fática e, mais ainda, a irreversibilidade das diretrizes traçadas pela Lei nº 8.024, de 1990, por unanimidade, considerou prejudicada a citada ação direta de inconstitucionalidade, nos termos da conclusão do douto voto do ministro relator, embora também fosse objeto do pedido a **forma de correção monetária dos valores bloqueados e, ao tempo já convertidos na forma dos arts. 5º, § 2º, 6º, § 2º, e 7º, § 2º**, ou seja, dos valores que foram transferidos para o Banco Central do Brasil, *verbis*:

Concluído, assim, o processo de restituição dos valores pecuniários retidos, esgotou-se todo o conteúdo eficaz das normas impugnadas na presente ação e consolidou-se, em consequência, uma situação tipificada pela dupla nota da definitividade e da irreversibilidade. Trata-se, na realidade, de preceitos normativos que já não mais ostentam vigência e nem mais possuem força jurídica vinculante. As normas em questão simplesmente exauriram-se naquilo que de aptidão jurídica pudessem dispor.

Não vislumbro, em consequência, nas normas que constituem objeto deste processo de controle abstrato, qualquer efeito residual que autorize o prosseguimento da presente ação direta de inconstitucionalidade. (Min. CELSO DE MELLO). (Destacou-se)

23. O ilustre Ministro MOREIRA ALVES, como a sustentar, pelo menos implicitamente, que a forma de correção monetária e de conversão dos valores transferidos ao BACEN, diferida no tempo, era para o bloqueio, uma espécie de acessório, foi incisivo ao pontificar, *ad litteram*: “Sr. Presidente, considero prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade tão-só porque, **no meu entender, esta lei não deixa efeito residual algum.**” (Destacou-se)

24. Se a questão relativa ao bloqueio e à forma de conversão dos valores transferidos ao Banco Central exauriu-se, como ressuscitá-la, sob a alegação de que o bloqueio contraria os princípios da isonomia e da intangibilidade do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, para condenar a Autarquia a indenizar eventuais danos àqueles que tiveram cruzados novos bloqueados?

25. Aliás, no que se refere à remuneração dos ativos financeiros não convertidos imediatamente para o novo padrão monetário (cruzados novos

bloqueados), o ilustre Ministro NÉRI DA SILVEIRA, por ocasião do julgamento da liminar na ADI 534-1/DF, conquanto deferisse o pedido em relação ao bloqueio, o indeferia quanto à correção, nos seguintes termos: “**Não suspendo o § 2º dos arts. 5º, 6º e 7º da Lei nº 8.024, por se tratar de norma que assegura providência de atualização dos valores recolhidos ao Banco Central do Brasil.**” DJ, de 8/4/1994. (Destacou-se)

26. Nesse ponto, mais uma vez, invoca-se a lição do Professor GILMAR FERREIRA MENDES, que, com apoio na jurisprudência do excelso STF e na doutrina de GABBA, assevera que a adoção de um novo sistema monetário aplica-se, de forma imediata e geral, a todas as relações jurídicas, contratuais ou não, por inexistir direito adquirido a um determinado padrão monetário ou a certo indexador.

27. Oportuno trazer à baila, finalmente, porquanto estreitamente relacionado com os temas ora em discussão, o debate travado no colendo Supremo Tribunal Federal acerca da concepção de Estado adotada pela Lei Fundamental de 1988, por ocasião do julgamento da ADI 319-DF, relatada pelo ilustre Ministro MOREIRA ALVES, em cujo voto pontifica:

Portanto, embora um dos fundamentos da ordem econômica seja a livre iniciativa, visa aquela a assegurar a todos existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social, observando-se os princípios enumerados nos sete incisos desse artigo.

Ora, sendo a justiça social a justiça distributiva – e por isso mesmo é que se chega à finalidade da ordem econômica (assegurar a todos existência digna) por meio dos ditames dela – e havendo a possibilidade de incompatibilidade entre alguns dos princípios constantes dos incisos desse art. 170, se tomados em sentido absoluto, mister se faz, evidentemente, que se lhes dê sentido relativo para que se possibilite a sua condição a fim de que, em conformidade com os ditames da justiça distributiva, se assegure a todos – e, portanto, aos elementos de produção e distribuição de bens e serviços e aos elementos de consumo deles – existência digna. (RTJ 149/666)

28. Ainda no referido acórdão, falando a propósito da evolução histórica do Estado Liberal para o Estado Social, o eminente Ministro CELSO DE MELLO asseverou em seu douto voto:

Processou-se, daí, uma evolução jurídico-política na própria concepção de Estado. Do Estado Liberal evoluiu-se para o Estado Social, caracterizando-se este por sua ação interventiva na ordem econômica e social. De simples espectador da cena socioeconômica, o Estado passou a ser um de seus mais importantes protagonistas.

O Estado Social é, nitidamente, um Estado intervencionista, que procura, a partir da concretização das liberdades reais ou positivas, realizar a justiça social, prestigiando e fortalecendo, desse modo, os direitos econômicos e sociais reconhecidos em favor das pessoas. Sob a égide do Estado Social – e precisamente em função de suas novas finalidades – surgem as liberdades positivas ou concretas, as quais, projetadas no domínio jurídico, exteriorizam-se nos direitos econômicos e sociais, que constituem realidade importante que emerge do processo de transformação do próprio Estado. O estágio de evolução em que se encontra o Estado contemporâneo é uma consequência direta do processo histórico de sua transformação. O Estado não pode ser visto como um aparelho destinado a cumprir os desígnios de uma classe dominante. A modernização do Estado reflete, na realidade, as novas tendências que exigem a sua constante atualização. Sem transformações substanciais, que privilegiem a justa solução das graves questões sociais, o Estado terá, certamente, falhado à sua alta missão institucional.

29. Afirmar que, para não ofender o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e o princípio da isonomia, não poderia o Estado alterar os índices de correção monetária, seria, naquelas circunstâncias, inibir a atuação estatal e ter por absolutos esses princípios, permitindo-se a perpetuação da desordem econômica então vigorante, o que não condiz com o modelo de Estado Social concebido pela Constituição da República. A aplicação desses princípios constitucionais há de ser feita de forma harmônica, a fim de realizar-se a concordância prática entre eles. Veja-se o que, no julgamento da citada ADI 319/DF, disse o ilustre relator, Ministro MOREIRA ALVES, a respeito dessa matéria:

Para se alcançar o equilíbrio da relatividade desses princípios – que, se tomados em sentido absoluto, como já salientei, são inconciliáveis – e, portanto, para se atender aos ditames da justiça social que pressupõe esse equilíbrio, é mister que se admita que a intervenção indireta do Estado na ordem econômica não se faça apenas *a posteriori*, com o estabelecimento de sanções às transgressões já ocorridas, mas também *a priori*, [...] (RTJ 149:674).

Conclusão

30. Diante da conjuntura econômica existente em março de 1990, não poderia o Estado quedar-se inerte e assistir passivamente ao descalabro da economia nacional, sob o pretexto de não poder alterar o índice de correção monetária à época em vigor. Conforme destacado na exposição de motivos da Medida Provisória nº 168, de 1990, “no Brasil, a adaptação do corpo social à prática da indexação chegou ao absurdo econômico da criação da moeda indexada, que concentra os atributos da liquidez e da atualização de seu valor em relação à moeda de curso legal”. A indexação da economia, que, num primeiro momento, constituiu um paliativo contra a inflação, passou, então, a ser uma das principais causas do fenômeno inflacionário. Daí a necessidade de reverter-se a expectativa inflacionária, com a alteração do índice de correção monetária então em vigente. Imprescindível, portanto, a atuação estatal visando ao restabelecimento da ordem econômica gravemente ameaçada nas circunstâncias reinantes no país.

31. Em síntese, tomando-se em consideração os argumentos expendidos, pela ordem de sua apresentação no presente memorial, tem-se a seguinte visão da matéria em julgamento:

- (i) o denominado “Plano Collor” teve por escopo restabelecer o equilíbrio da economia pública, gravemente abalada pelos maiores índices inflacionários já vistos no Brasil;
- (ii) o bloqueio dos ativos financeiros objetivou a redução da liquidez da economia e o consequente restabelecimento do poder de compra da moeda;
- (iii) os cruzados novos bloqueados foram recolhidos ao BACEN na data-base ou no vencimento de cada operação;
- (iv) apenas um pequeno percentual dos valores bloqueados foi utilizado para financiar as deficiências no recolhimento de cruzados novos ao BACEN, na forma do art. 17 da MP nº 168, de 1990;
- (v) os ativos financeiros da Autarquia não foram, durante a vigência do bloqueio, ou em qualquer outro momento, remunerados pelo IPC;
- (vi) há na doutrina o entendimento de que a MP nº 168, de 1990, não é inconstitucional e atende ao princípio da proporcionalidade (GILMAR FERREIRA MENDES e SUZANA DE TOLEDO BARROS);
- (vii) no STJ, a questão foi decidida no sentido de que “só a lei (Lei nº 8.024, de 1990) é o instrumento adequado para instituir a correção monetária” (REsp 124.864/PR, DJ 28/9/1998);

- (viii) no STF, a ADI 534-1/DF foi julgada prejudicada, inclusive no que se refere à alegada inconstitucionalidade do art. 6º, § 2º, da Lei nº 8.024, de 1990, que tratava da atualização monetária dos valores bloqueados;
- (ix) inexistente direito adquirido a determinado padrão monetário ou a certo indexador, segundo a jurisprudência do STF e a doutrina;
- (x) no julgamento da medida cautelar na ADI 534-1/DF, ficou reconhecida a legitimidade da intervenção estatal na ordem econômica para evitar maiores danos à coletividade, o que, aliás, está conforme a jurisprudência da excelsa Corte; e
- (xi) a concepção de Estado Social adotada pela Constituição da República legitima a intervenção estatal na economia para evitar dano irreparável à coletividade, como o que se avizinhava naquela conjuntura.

Brasília, 15 de outubro de 1998.

Luiz Ribeiro de Andrade

Procurador

Parecer PGBC-327/2011

Parecer que analisa o Projeto de Lei Complementar nº 265, de 2007, de autoria do senador Antonio Carlos Magalhães, que outorga competência ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica para prevenir e reprimir condutas anticoncorrenciais no Sistema Financeiro Nacional.

Jefferson Siqueira de Brito Alvares
Procurador

Marcel Mascarenhas dos Santos
Subprocurador-Geral

Isaac Sidney Menezes Ferreira
Procurador-Geral

Parecer PGBC-327/2011
Proc. 0301225468

Brasília, 13 de outubro de 2011.

Ementa: Assessoria Parlamentar (Aspar). Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 265, de 2007, originariamente Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 412 – Complementar, de autoria do senador Antonio Carlos Magalhães. Outorga de competência ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) para prevenir e reprimir condutas anticoncorrenciais no Sistema Financeiro Nacional. Emendas atribuindo função ao Banco Central na avaliação prévia de ameaças à estabilidade financeira. Manifestações favoráveis do Banco Central. Alteração de entendimento.

Senhor Chefe de Gabinete,

ASSUNTO

Trata-se de consulta formulada à fl. 181 pela Assessoria Parlamentar (Aspar) sobre o Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 265, de 2007, originariamente Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 412, de 2003 – Complementar, de autoria do senador Antonio Carlos Magalhães, bem como sobre as emendas propostas durante sua tramitação no Congresso Nacional.

2. Em sua redação original (fls. 1 a 4), tal projeto outorgava ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) competência para prevenir e reprimir infrações contra a ordem econômica e a concorrência no Sistema Financeiro Nacional (art. 45-A, a ser inserido na Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964), estabelecendo, por extensão, a necessidade de aprovação prévia pelo Cade para que o Banco Central pudesse autorizar a transformação, fusão, incorporação ou alteração de controle de instituições financeiras (redação a ser dada ao art. 10, X, c, da Lei nº 4.595, de 1964).

3. As alterações legislativas inicialmente propostas foram avaliadas pelo Departamento de Organização do Sistema Financeiro (Deorf) e pela Procuradoria-Geral. Em seu parecer (fls. 24 a 27),¹ o Deorf entendeu ser inadequada a proposta de subordinar, no exame de operações de reestruturação societária e na repressão a condutas anticompetitivas, considerações atinentes à estabilidade financeira, de responsabilidade do Banco Central, a questões unicamente de ordem concorrencial, sob os auspícios do Cade. Seguindo a mesma linha, a Procuradoria-Geral apontou a regularidade formal da proposição legislativa, mas consignou ressalvas quanto ao seu conteúdo, uma vez que a reorganização institucional proposta deixava de contemplar as peculiaridades do sistema financeiro na apreciação de matéria concorrencial (fls. 29 a 33).² Ambas as manifestações também ressaltaram o contraste do PLS nº 412, de 2003, com o PLP nº 344, de 2002, de autoria do presidente da República, apoiado tanto pelo Banco Central como pelo Cade por preservar, na análise de atos de concentração, as esferas de atribuições de ambas as instituições.³

4. Em apreciação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) do Senado Federal, o então PLS nº 412, de 2003, foi aprovado com emendas. A primeira minuta de parecer do relator, senador César Borges, constante dos autos às fls. 40 a 45 e repetida às fls. 54 a 59, veiculou quatro emendas destinadas a aperfeiçoar a técnica legislativa da proposição original, sem inovar do ponto de vista substantivo. A ausência de alteração substancial foi notada pelo Departamento de Normas do Sistema Financeiro (Denor), em manifestação de fls. 49 e 50.⁴

5. A segunda versão do parecer do relator na CCJC (Parecer nº 109, de 2007, às fls. 66 a 72 e repetido às fls. 75 a 81 e 125 a 128) ampliou o número de emendas oferecidas para seis, sendo a mais relevante a que objetivava priorizar considerações relativas à estabilidade sistêmica sobre questões puramente concorrenciais na análise de operações de reestruturação societária. Pela

1 Parecer Deorf/Conif-36, de 21 de outubro de 2003, de autoria do chefe de subunidade Mitchurim Borges Diniz e aprovado pelo chefe-adjunto de unidade Adalberto Gomes da Rocha, pelo chefe de unidade Luiz Edson Feltrim e pelo diretor Sérgio Darcy da Silva Alves.

2 Parecer Dejur-502, de 23 de novembro de 2003, de autoria do subprocurador-chefe Cassiano Luiz Crespo Alves Negrão e aprovado pelo subprocurador-geral Ailton Cesar dos Santos.

3 A tramitação do PLP nº 344, de 2002, está sendo acompanhada no processo 0301187958.

4 Parecer Denor-1.426, de 23 de novembro de 2004, de autoria dos assessores sêniores Kathleen Krause e Francisco Carlos Guerreiro Botelho e aprovado pelo consultor Cleofas Salviano Júnior, pelo chefe de unidade Amaro Luiz de Oliveira Gomes e pelo diretor Sérgio Darcy da Silva Alves.

redação proposta, caberia ao Banco Central avaliar previamente, sob o ângulo da confiabilidade e segurança do sistema, atos de concentração entre instituições financeiras, e encaminhar a matéria às autoridades de defesa da concorrência na hipótese de não identificar ameaças advindas das transações. O mesmo conteúdo apresentou-se na Emenda nº 1, oferecida pelo senador Arthur Virgílio (fls. 83 e 85). Em expediente à fl. 86,⁵ consta a informação de que a adição contida no parecer do relator – e, por extensão, a Emenda nº 1, na parte de mesmo teor – havia sido fruto de entendimentos com o Banco Central, o Cade e a liderança do governo. A Procuradoria-Geral, por sua vez, observou que a inovação se destinava a aproximar a proposição legislativa do modelo de partilha de competências acolhido no PLP nº 344, de 2002 (fls. 111 a 123).⁶

6. Na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) do Senado, sob a relatoria da senadora Serys Slhessarenko, o então PLS nº 412, de 2003, recebeu emenda tratando de assunto ectópico, qual seja a possibilidade de o Cade celebrar compromisso de cessação de práticas sob investigação ou de seus efeitos lesivos (Parecer nº 110, de 2007, às fls. 95 a 101 e repetido às fls. 129 e 130). O parecer da relatora foi apreciado pelo Deorf, o qual, no que diz respeito à inovação incorporada pela CAE, verificou a impropriedade de matéria geral de regulação concorrencial ser tratada por meio de lei complementar (fls. 102 a 109).⁷ Já a Procuradoria-Geral identificou na referida emenda afronta à Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação de leis, uma vez que o dispositivo versando o acordo de cessação de práticas, a ser inserido na Lei nº 4.595, de 1964, seria estranho ao objeto desta, devido à generalidade de seu âmbito de eficácia.⁸

7. Aprovado em plenário na forma do parecer da relatora na CAE, o texto do PLS nº 412, de 2003 (fls. 141 a 142), foi enviado à Câmara dos Deputados, onde foi autuado como PLP nº 265, de 2007. Instado a manifestar-se novamente, o Denor não identificou alteração relevante de forma ou de mérito em relação ao projeto original, conforme modificado pelas emendas previamente analisadas

5 De autoria do consultor da diretoria Clarence Joseph Hillerman Júnior e aprovado pelo diretor Sérgio Darcy da Silva Alves.

6 Parecer PGBC-223, de 17 de setembro de 2007, de autoria da assessora jurídica Viviane Neves Caetano e aprovado pelo coordenador-geral Cristiano de Oliveira Lopes Cozer, pelo subprocurador-geral Ailton César dos Santos e pelo procurador-geral substituto Luiz Ribeiro de Andrade.

7 Parecer Deorf/Conif-1.399, de 14 de março de 2007, de autoria do assessor pleno Ciro Salles Sobreira Pirajá e aprovado pelo chefe de subunidade Mitchurim Borges Diniz, pelo chefe-adjunto de unidade Adalberto Gomes da Rocha e pelo chefe de unidade Luiz Edson Feltrim.

8 Parecer PGBC-223, de 2007, *supra* nota 5.

pelos setores técnicos do Banco Central e pela Procuradoria-Geral (fls. 145, 146 e 151).⁹ O Deorf, por sua vez, ressaltou diferenças de técnica legislativa entre o PLP nº 265, de 2007, e o PLP nº 344, de 2002, na medida em que o primeiro transferia expressamente ao Cade atribuições relacionadas tanto a estruturas quanto a condutas anticoncorrenciais, ao passo que o segundo tratava explicitamente apenas do aspecto preventivo da regulação concorrencial, incluindo indiretamente na esfera de atribuições do Cade a atuação repressiva, por meio da revogação do art. 18, § 2º, da Lei nº 4.595, de 1964 (fls. 147 a 151).¹⁰ Já a Procuradoria-Geral limitou-se a verificar a existência de poucas diferenças em relação ao texto anteriormente apreciado, nenhuma relevante para a questão da divisão de competências entre o Banco Central e o Cade (fls. 155 a 156).¹¹

8. Em trâmite na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC) da Câmara dos Deputados, sob a relatoria do deputado Guilherme Campos, o PLP nº 265, de 2007, recebeu emenda cuidando de condicionar a eficácia de atos de concentração à sua aprovação sob o prisma concorrencial, seja de maneira expressa ou tácita, essa última na hipótese de a apreciação pelo Cade não ocorrer no prazo de sessenta dias após a notificação da operação (fls. 158 a 160 e repetido às fls. 165 a 170). A modificação proposta recebeu avaliação positiva do Banco Central (fl. 174).¹²

9. No presente, o projeto de lei encontra-se na Comissão de Finanças e Tributação (CFT) da Casa revisora, aguardando apreciação do parecer do relator, deputado Pauderney Avelino, que não vislumbra aumento de despesa ou redução de receita em caso de aprovação da matéria, pugnando, no mérito, pela sua adoção (fls. 177 a 180). É no contexto da avaliação dessa peça do processo legislativo que a Procuradoria-Geral é chamada pelo chefe de gabinete substituto do Diretor de Organização do Sistema Financeiro e Controle de Operações do Crédito Rural (Diorf) a novamente se pronunciar (fl. 189).

9 Parecer Denor-189, de 15 de fevereiro de 2008, de autoria do assessor pleno Rodrigo Pereira Porto e aprovado pelo assessor sênior Francisco Carlos Guerreiro Botelho, pelo consultor Cleofas Salviano Júnior, pelo chefe-adjunto de unidade Adalberto Gomes da Rocha, pelo chefe de unidade substituto Sérgio Odilon dos Anjos, pelo consultor da diretoria Clarence Joseph Hillerman Júnior e pelo diretor Alexandre Antonio Tombini.

10 Nota Técnica Deorf/Conif-1.540, de 14 de março de 2008, de autoria do chefe de subunidade Mitchurim Borges Diniz; e Cota Deorf/Conif-1.755, de 20 de março de 2008, de autoria do chefe de subunidade Mitchurim Borges Diniz e aprovada pelo chefe-adjunto de unidade Adalberto Gomes da Rocha, pelo chefe de unidade Luiz Edson Feltrim e pelo diretor Alexandre Antonio Tombini.

11 Nota-Jurídica PGBC-2145, de 6 de maio de 2008, de autoria da assessora jurídica Viviane Neves Caetano e aprovada pelo coordenador-geral Cristiano de Oliveira Lopes Cozer.

12 Ofício Aspar/Gabin-149, de 13 de agosto de 2008, de autoria do chefe de unidade Luiz do Couto Neto.

APRECIACÃO

10. A questão objeto da presente manifestação seria, em princípio, singela, a saber, a adequação jurídica dos pareceres dos relatores das comissões temáticas da Câmara dos Deputados exarados após a última vez em que a Procuradoria-Geral oficiou nestes autos.¹³

11. Tal exame revela que o parecer da CDEIC se apresenta formalmente compatível com a Constituição Federal, uma vez que a matéria objeto da emenda por ele veiculada encontra amparo na competência legislativa concorrente da União (direito econômico, art. 24, I); não se insere nos casos de iniciativa legislativa privativa (presidente da República, art. 61, § 1º, e [art.] 84; Supremo Tribunal Federal, art. 93; e procurador-geral da República, art. 128, § 5º), sendo, pois, regular sua proposição por iniciativa de membro da Câmara dos Deputados (art. 61, *caput*); e dispõe sobre matéria cuja veiculação está adstrita a lei complementar (Sistema Financeiro Nacional, art. 192). Idêntica conclusão se aplica sob o aspecto substantivo, não se vislumbrando qualquer incompatibilidade da emenda ofertada com normas constitucionais expressas ou com o princípio implícito da razoabilidade, uma vez que a repressão ao abuso de poder econômico é objeto de preocupação da Carta Magna (art. 173, § 4º).

12. No que diz respeito ao parecer da CFT, a questão sobre sua constitucionalidade nem sequer se apresenta, visto que o ato não tenciona alternar o texto original do projeto de lei e tece considerações de economicidade que ultrapassam o âmbito de análise dogmático.

13. Dados os limites da consulta que o fundamenta, a rigor o presente exame deveria encerrar-se neste ponto. Entretanto, à luz da evolução da literatura sobre a relação entre estabilidade e concorrência no setor bancário, das lições da experiência internacional na administração da recente crise financeira global, verifica-se a conveniência de reavaliar a matéria veiculada no PLP nº 265, de 2007, desde o início de seu caminho no Congresso Nacional, quando era identificado como PLS nº 512, de 2003.

14. Dentro dessas premissas e do propósito de perseguir a estrutura institucional ótima para alocação de competências entre o Banco Central e o Cade no que diz respeito à prevenção e à repressão do abuso de poder

13 Nota-Jurídica PGBC-2145, de 2008, nota 11, *supra*.

econômico no setor bancário, a presente análise jurídica partirá da descrição do regime concorrencial aplicável ao setor bancário na atualidade, passará pela consideração do conflito positivo de competências entre o Banco Central e o Cade, examinando a interpretação consolidada pela Advocacia-Geral da União (AGU) e pela jurisprudência nacional, incursionará pela literatura teórica e empírica sobre a relação entre concorrência e estabilidade no setor bancário, e finalizará com a proposta de manutenção, com aperfeiçoamentos, da atual organização institucional do desempenho da função estatal de defesa da concorrência no setor bancário.

a) O atual regime concorrencial do setor bancário

15. O regime concorrencial vigente aplicável ao setor bancário articula-se nos níveis constitucional e infraconstitucional. A Constituição estabelece princípios gerais que deverão orientar a atuação do Estado na preservação da concorrência entre agentes econômicos e confere ao legislador competência para definir funções relacionadas à prevenção e à superação de falhas de mercado nesse âmbito e para distribuir seu exercício no interior da organização estatal. No que diz respeito ao primeiro aspecto do regramento constitucional, o art. 170, IV, da Constituição estipula ser a livre concorrência um dos princípios da ordem econômica. Quanto à competência para dar concretude a esse princípio, o art. 173, § 4º, confere ao legislador autoridade genérica para disciplinar a forma como se dará a repressão ao abuso de poder econômico. Já o art. 192, ao deixar à lei complementar a regulação do Sistema Financeiro Nacional, permite ao legislador estabelecer disciplina concorrencial específica para o setor financeiro.¹⁴

16. No nível infraconstitucional, o regime aplicável ao setor bancário sucedeu a disciplina geral da livre concorrência. Com efeito, a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, dispunha, com âmbito de eficácia geral, sobre a repressão ao abuso do poder econômico. A Lei nº 4.595, de 1964, por sua vez, outorgou ao Banco Central, nos arts. 10, X, c, e 18, § 2º, competência

¹⁴ Em sua redação anterior à Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, o art. 192 da Constituição estipulava expressamente, entre as matérias pertinentes à regulação do Sistema Financeiro Nacional, a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central, deixando, dessa forma, explícita a faculdade conferida ao legislador de criar, no âmbito da instituição, regime específico para a disciplina concorrencial dos agentes sujeitos ao seu poder. A alteração de redação promovida pela Emenda Constitucional em referência não modificou esse entendimento, que apenas deixou de estar explícito no art. 192.

para, respectivamente, autorizar atos de reestruturação societária (prevenção de estruturas anticoncorrenciais) e regular a concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes abusos (repressão a condutas anticoncorrenciais). Ambos os regimes foram recepcionados pela Carta de 1988, e, mais tarde, com o advento da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, o legislador incluiu no regime geral o controle de atos e contratos capazes de prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes (art. 54), atribuindo a responsabilidade por sua efetivação também ao Cade.

b) O conflito de competência entre o Banco Central e o Cade

17. No ano 2000, esta Procuradoria-Geral suscitou ao advogado-geral da União, a quem cabe uniformizar a interpretação de leis para os órgãos e entidades da Administração pública federal (Lei Complementar nº 105, de 10 de fevereiro de 1993, art. 4º, X), conflito positivo de competência entre o Banco Central e o Cade, uma vez que ambas as entidades entendiam estar em sua esfera de atribuições a análise e aprovação de atos de concentração envolvendo instituições financeiras.¹⁵

18. A pretensão do Cade assentava-se no argumento de que o art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, não previra exceção à sua competência para apreciar atos de concentração, e, sendo essa lei posterior à Lei nº 4.595, de 1964, teriam sido revogadas as disposições deste diploma atinentes à defesa da concorrência. A tal argumento contrapunha-se a construção do Banco Central de que, por cuidar da regulação do Sistema Financeiro Nacional – ou, mais especificamente, por tratar das atribuições do Banco Central –, os dispositivos de conteúdo concorrencial da Lei nº 4.595, de 1964, teriam sido recepcionados pela Constituição como lei complementar, não podendo, pois, ser revogados por lei ordinária como a Lei nº 8.884, de 1994. Aduzia-se ainda que, mesmo que não se considerasse que as normas atribuidoras de competência concorrencial ao Banco Central versassem matéria de lei complementar, sua especificidade lhes garantia vigência no confronto com a lei mais recente, de caráter geral. Quanto a este ponto, o posicionamento do Cade amparava-se alegadamente no art. 173, § 4º, da

¹⁵ Parecer Dejur-762, de 18 de outubro de 2000, de autoria do procurador Cassiano Luiz Crespo Alves Negrão e aprovado pelo procurador-geral José Coelho Ferreira.

Constituição, entendendo-se que a defesa da concorrência, mesmo no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, seria matéria de lei ordinária, devendo, pois, esse dispositivo prevalecer no cotejo com o art. 192, também da Constituição.

19. A controvérsia foi dirimida pelo advogado-geral da União por meio do Parecer nº GM-20, que aprovou o Parecer AGU/LA-01/2001, de 7 de fevereiro de 2001, favorável à pretensão do Banco Central, nos seguintes termos:

[À] luz da legislação vigente, a competência para analisar e aprovar os atos de concentração das instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, bem como de regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, aplicando-lhes as penalidades cabíveis, é privativa, ou seja, exclusiva do Banco Central do Brasil, com exclusão de qualquer outra autoridade, inclusive o Cade.

Esse é o modelo que foi adotado pela legislação vigente. Caso se entenda que esse não é o melhor modelo, a adoção de outro dependerá de modificação dos dispositivos da Lei nº 4.595/1964 aqui analisados, o que somente poderá ser feito mediante lei complementar.

20. Tendo sido aprovado pelo presidente da República e publicado juntamente com o despacho presidencial,¹⁶ o Parecer nº GM-20 adquiriu caráter vinculante para os órgãos e as entidades da Administração pública federal, os quais ficaram obrigados a lhe dar fiel cumprimento, nos termos do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

21. Não obstante o caráter vinculante do Parecer nº GM-20, o Cade manteve o entendimento de ser sua a competência para apreciar atos de concentração no setor financeiro. Ao analisar operação societária submetida a seu escrutínio, a autoridade concorrencial tomou conhecimento da aquisição do Banco de Crédito Nacional S.A. (BCN) pelo Banco Bradesco S.A., a qual havia sido submetida apenas ao crivo do Banco Central. O Cade determinou então que a operação lhe fosse apresentada, nos termos do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994. Contra tal ato, as instituições financeiras mencionadas impetraram mandado de segurança, cuja ordem foi concedida em primeira instância, denegada em apelação, e novamente deferida em sede de recurso especial, em recente julgado paradigmático que confirma o Parecer nº GM-20, conforme sua ementa:

¹⁶ Diário Oficial da União, 25 de abril de 2001, p. 13.

ADMINISTRATIVO – ATO DE CONCENTRAÇÃO, AQUISIÇÃO OU FUSÃO DE INSTITUIÇÃO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL – CONTROLE ESTATAL PELO BACEN OU PELO CADE – CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES – LEIS 4.594/64 E 8.884/94 – PARECER NORMATIVO GM-20 DA AGU.

1. Os atos de concentração, aquisição ou fusão de instituição relacionados ao Sistema Financeiro Nacional sempre foram de atribuição do Bacen, agência reguladora a quem compete normatizar e fiscalizar o sistema como um todo, nos termos da Lei 4.594/1964.
2. Ao Cade cabe fiscalizar as operações de concentração ou desconcentração, nos termos da Lei 8.884/1994.
3. Em havendo conflito de atribuições, soluciona-se pelo princípio da especialidade.
4. O Parecer GM-20, da Advocacia-Geral da União, adota solução hermenêutica e tem caráter vinculante para a administração.
5. Vinculação ao parecer, que se sobrepõe à Lei 8.884/1994 (art. 50).
6. O Sistema Financeiro Nacional não pode subordinar-se a dois organismos regulatórios.
7. Recurso especial provido. (STJ), REsp 1.094.218/DF, rel. ministra Eliana Calmon, m.v., j. 25/8/2010, DJe 12/4/2011)

22. Entrementes, a Consultoria-Geral da União instituiu grupo de trabalho para verificar a necessidade de revisão dos pareceres da AGU.¹⁷ O referido grupo recomendou o reexame da matéria constante do Parecer AGU/LA-01/2001, tendo como resultado a edição do Parecer 02/2009/MP/CGU/AGU, o qual ratificou a manifestação anterior. O Cade solicitou então a reconsideração do documento, gerando o Parecer 09/2009/MP/CGU/AGU, no mesmo sentido do anterior. Acolhido pelo consultor-geral da União e pelo advogado-geral da União, esse último documento tornou-se vinculante para toda a advocacia pública federal, conforme dicção do art. 4º, X, XI e XIII, da Lei Complementar nº 73, de 1993.

¹⁷ Portaria nº 1.281, de 27 de setembro de 2007.

c) A relação entre concorrência e estabilidade no setor financeiro¹⁸

23. A crise financeira que se iniciou em meados de 2007 implicou alterações no consenso em torno do qual a política concorrencial era conduzida até então. O período pré-crise, conhecido como a Grande Moderação, caracterizou-se pela estabilidade de metas e instrumentos em diversos campos da atividade normativa estatal, com destaque para a política monetária, conduzida de maneira autônoma em regime de metas de inflação. Tal estado de coisas também se verificou no âmbito da política concorrencial, onde a regra era atribuir a autoridades autônomas a função de controle de fusões e aquisições, bem como de repressão a acordos anticompetitivos e abusos de poder econômico. Assim como na esfera da política monetária, reconhecia-se, na literatura dominante e na prática internacional, a existência de um âmbito de eficácia bem delimitado à política concorrencial autônoma, a qual deveria pautar-se unicamente por considerações de eficiência econômica, deixando-se às autoridades dotadas de maior legitimidade política a persecução de objetivos outros, genericamente identificados como “interesse público”.

24. A crise econômica modificou a racionalidade que orientava, no âmbito internacional, a política concorrencial, abrindo espaço para que considerações atinentes à estabilidade financeira se sobrepusessem a preocupações puramente de eficiência de mercado. Na Europa, tal revisão teve seu prenúncio no caso da assistência financeira estatal ao banco britânico Northern Rock, no qual a Comissão Europeia, entidade competente em matéria concorrencial segundo o direito europeu, adotou uma abordagem dúplice: considerou legais as medidas de suporte de liquidez, apesar de seus efeitos danosos sobre a concorrência, e posteriormente determinou a reestruturação da operação, de forma a restabelecer tanto quanto possível a eficiência do mercado. No auge da crise, a Comissão Europeia estendeu tal abordagem à totalidade de sua atuação, assegurando a aprovação célere de medidas de suporte desde que fossem adotadas de maneira específica e proporcional ao objetivo de estabilizar o mercado financeiro e fossem

18 Esta seção baseia-se em John Vickers, *Central Banks and Competition Authorities: Institutional Comparisons and New Concerns*, BIS Working Papers nº 331, 2010; e OECD, *Competition, Concentration and Stability in the Banking Sector*, Policy Roundtables, 2010.

acompanhadas de salvaguardas contra efeitos negativos desnecessários sobre a concorrência.¹⁹

25. No Reino Unido, a crise proporcionou um episódio de conflito frontal entre os objetivos de livre concorrência e estabilidade no sistema financeiro, cujo desfecho foi deletério à persecução de ambos os objetivos. Trata-se da fusão dos bancos HBOS e Lloyds TSB, estruturada com o intuito de apagar desconfiças sobre a solvência do primeiro. A operação teve sérios efeitos anticompetitivos, na medida em que privou o mercado financeiro britânico de um dos cinco bancos que o dominavam. No entanto, seus possíveis benefícios de cunho regulatório pareciam ultrapassar os custos em termos de eficiência econômica. Não foi, porém, o que ocorreu, uma vez que a instituição resultante da fusão, o Lloyds Banking Group, herdou a percepção negativa atrelada à baixa liquidez dos ativos do HBOS. Solução mais indicada poderia ter sido a nacionalização imediata do HBOS, o que garantiria sua presença no mercado, com efeitos pró-competitivos, e evitaria comprometer a segurança e solidez do Lloyds TSB.

26. A guinada heterodoxa da política concorrencial ocasionada pela crise, com a incorporação de fatores relacionados à estabilidade financeira no cálculo do bem-estar social resultante de operações de reestruturação societária, proporcionou o reexame científico da relação entre concorrência e estabilidade no mercado financeiro, especialmente no setor bancário. Do ponto de vista teórico, a corrente tradicional sustenta que a livre concorrência é fator indutor da assunção excessiva de riscos pelos agentes financeiros, na medida em que seu valor de franquia seria menor do que em situação de pouca concorrência, reduzindo, dessa forma, a magnitude de perdas esperadas a partir da assunção de posições ativas mais arriscadas. Mais recentemente, porém, outra corrente firmou-se no sentido de que a livre concorrência permite a redução das taxas de juros bancárias, acarretando aumento do volume de empréstimos e maior nível de adimplência por parte dos tomadores, o que, em última análise, teria efeitos benéficos sobre a posição de solvência dos emprestadores.

27. Assim como os trabalhos teóricos, a pesquisa empírica focada em economias individuais é ambígua, ao passo que os estudos empíricos de múltiplas economias apontam para uma relação positiva entre competição e estabilidade no

19 European Commission, *The Application of State Aid Rules to Measures Taken in Relation to Financial Institutions in the Context of the Current Global Financial Crisis*, 2008.

sistema bancário. Diante dessa última evidência, bem como da inconclusividade dos trabalhos teóricos e empíricos centrados em países singulares, reserva-se à regulação prudencial papel importante em assegurar a estabilidade financeira na hipótese em que a livre concorrência possa acarretar a tomada de posições de risco excessivas pelos entes regulados.

28. A mudança de paradigma na condução da política concorrencial propiciada pela crise, bem como o reexame em curso das bases teórica e empírica do vínculo de causalidade entre concorrência e estabilidade financeira, possui importantes consequências para a estrutura institucional ótima da regulação prudencial e da defesa do livre mercado no sistema financeiro. A área de contato variável entre os ditames da concorrência e da estabilidade – e, por extensão, entre a utilidade social gerada pela redução de estruturas econômicas monopolísticas e pela redução [de] externalidades negativas advindas da insolvência bancária – impõe que se avalie de maneira integrada o balanço de custos e benefícios associado a linhas de ação alternativas que privilegiem a concretização de um ou de outro objetivo.

29. Tal necessidade, imperativo do estado atual do conhecimento científico e da experiência internacional relacionados à matéria, requer que a defesa da concorrência no sistema financeiro – e, em particular, no setor bancário – seja consolidada no regulador prudencial, de forma a proporcionar a maximização do bem-estar social por meio da adoção de medidas que, diante das peculiaridades do caso concreto, preservem o equilíbrio mais adequado entre eficiência e estabilidade. Na prática, isso significa aquilatar as circunstâncias em que a livre concorrência deve ceder aos imperativos de segurança do sistema, implicando, por exemplo, a aprovação seletiva de operações de fusão e aquisição anticompetitivas (por exemplo, nos casos em que a falência de determinada instituição possa causar efeitos sistêmicos drásticos) ou a rejeição de transações pró-competitivas (por exemplo, quando o resultado for a criação de um banco que seja grande demais para falir). Significa também modular o rigor da regulação prudencial para fazer frente aos efeitos favoráveis ou contrários à estabilidade advindos da presença de determinada estrutura de mercado.

d) Considerações sobre o princípio da razoabilidade

30. A análise precedente demonstra que a alocação da função de defesa da livre concorrência no ente estatal responsável pela regulação prudencial mostra-se mais razoável do que a solução alternativa precozinada pelo PLP nº 265, de 2007.

31. O princípio da razoabilidade é corolário da forma de governo republicana e do regime democrático, impondo que a ação pública seja proporcional e adequada à finalidade última do Estado: o bem-comum. Na medida em que, num Estado republicano e democrático, todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido (Constituição, art. 1º, parágrafo único), ao legislador só é dado modular comportamentos no sentido de maximizar o bem-estar social. Assim, a aplicação desse princípio no âmbito do processo legislativo tem o efeito de vincular o legislador à observância da relação de adequação entre determinado comando que se pretenda incorporar em lei e o objetivo imediato a ser atingido por via de tal atuação, objetivo esse que deve estar sempre em consonância com a invariável finalidade mediata de concretização do bem-comum. Sob esse aspecto, pois, sempre que se verifique, numa análise lógico-racional, que o conteúdo de certo projeto de lei é incapaz de maximizar o bem-estar social, vislumbrando-se alternativa mais adequada a tal desiderato, impõe-se a rejeição da proposição por afronta constitucional.²⁰

32. Nesse contexto, descortina-se para a análise jurídica da política legislativa um campo de avaliação não exclusivamente dogmático, informado em grande medida por conhecimentos obtidos em diversas áreas científicas, trabalho interdisciplinar que, como já dito, informou o presente trabalho. Com efeito, foi a partir da identificação desse espaço analítico, e da detecção de desenvolvimentos fáticos e científicos capazes de alterar o juízo de razoabilidade veiculado nos pareceres e demais manifestações desta Autarquia contidos nestes autos, que se revisitou a questão da estrutura institucional ótima para a alocação

20 No âmbito do Poder Executivo, a maximização do bem-estar social como princípio condutor da atuação estatal está expressa no Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, que determina a observância dos seguintes critérios na elaboração de atos normativos: desgaste e encargos para os cidadãos e a economia; eficácia (precisão e probabilidade de consecução do objetivo pretendido); custos e despesas para o orçamento público; efeitos sobre o ordenamento jurídico e sobre metas já estabelecidas; efeitos colaterais e outras consequências; entendimento e aceitação por parte dos interessados e dos responsáveis pela execução; e possibilidade de impugnação no Judiciário (Anexo I, item 2.8). O administrador público também deve analisar se a regra proposta se destina a atingir objetivo previsto na Constituição; se é adequada para a consecução dos fins pretendidos; se é necessária, não havendo solução menos gravosa; e se não produz resultados intoleráveis ou insuportáveis para o destinatário (Anexo I, itens 4.5 a 4.8).

de competências entre o Banco Central e o Cade no que diz respeito à prevenção e à repressão do abuso de poder econômico no setor bancário. Justamente com base nessa metodologia, que se mostra consentânea com o princípio constitucional da razoabilidade, propõe-se a revisão do posicionamento encampado pelo Banco Central, há quase uma década advogando a tese da transferência para o Cade de suas atribuições na análise de atos de concentração, desde que tal transferência se faça acompanhar de atuação da autoridade monetária na identificação prévia de ameaças à estabilidade financeira.

CONCLUSÃO

33. Pelas razões expostas, tem-se que o modelo institucional ideal para albergar a função estatal de defesa da concorrência no sistema financeiro é o que a atribui ao regulador prudencial, de forma a permitir a integração ótima de informações atinentes aos efeitos da livre concorrência sobre a confiabilidade do mercado, bem como a adaptação da regulação de segurança e solidez à estrutura microeconômica vigente.

34. Tais considerações significam, no caso sob exame, que a estrutura de competências proposta pelo PLP nº 265, de 2007, não atende aos ditames do bem comum segundo a visão ora prevalecente. Isso porque a atribuição de competência concorrencial em matéria bancária ao Cade, conferindo-se ao Banco Central apenas a oportunidade de tecer juízo prévio sobre a relevância sistêmica do caso, tornará subótima a tomada de decisões quando estiver em pauta o cotejo entre eficiência e estabilidade do sistema financeiro.

35. O curso de ação recomendável é que se patrocine alteração legislativa no sentido de deixar isenta de dúvida a competência privativa do Banco Central na prevenção e na repressão de condutas lesivas à ordem econômica, e que esta Autarquia, valendo-se de suas competências sob os arts. 10, X, c, e 18, § 2º, da Lei nº 4.595, de 1964, estatua disciplina jurídica adequada a tais fins, podendo até basear-se no regime geral da Lei nº 8.884, de 1994, se assim julgar adequado.²¹

21 Tal opinião é compartilhada pelo Parecer nº GM-20, que assevera que “o Banco Central, tendo em vista a competência genérica que lhe é atribuída pelo § 2º do art. 18 da Lei nº 4.595/1964 de regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, tem ampla margem de discricionariedade para identificar os casos de infração às regras de concorrência do setor, podendo editar regras próprias ou valer-se de critérios constantes de outras leis, inclusive da Lei nº 8.884/1994”.

36. Ante o exposto, pugna-se pela adoção de atuação parlamentar contrária à aprovação do PLP nº 265, de 2007; pela preparação de anteprojeto de lei visando a expurgar arestas que permitam ao Cade estender sua ação à esfera de atribuição concorrencial do Banco Central; e pelo exercício pleno e exclusivo das competências estatuídas nos arts. 10, X, c, e 18, § 2º, da Lei nº 4.595, de 1964, instituindo-se regime regulamentar para o controle de atos de concentração e a repressão de condutas anticompetitivas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.

À sua consideração.

Jefferson Siqueira de Brito Alves
Procurador

(Seguem despachos.)

De acordo com o percuciente parecer da lavra do procurador Jefferson Siqueira de Brito Alves, que, mediante abordagem científica interdisciplinar, bem demonstra que o mérito do PLP nº 265, de 2007 (PLS nº 412, de 2003, na origem), não se coaduna com a ordem constitucional e legal nem com as orientações do Direito Econômico e Financeiro, inclusive no âmbito internacional.

2. Com efeito, o desenho institucional para defesa da concorrência no mercado financeiro deve levar em conta as peculiaridades desse segmento da economia e os princípios constitucionais da razoabilidade e da eficiência (art. 37) e da solidez e da estabilidade do Sistema Financeiro Nacional (art. 192), sem perder de vista, naturalmente, os conhecimentos e as habilidades necessárias para concretizar, no específico setor de regulação, o princípio da livre concorrência (art. 170, inciso IV).

3. Para o efetivo desempenho, em condições ótimas, das funções de regulação da concorrência e da repressão a abusos da espécie no mercado financeiro, mister se faz atribuí-las também à entidade responsável pela regulação prudencial e pela manutenção da higidez do Sistema Financeiro Nacional.

4. Essa é a situação jurídica que se verifica hoje, com base nos arts. 10, inciso X, alínea c, e 18, § 2º, da Lei nº 4.595, de 1964, e no entendimento firmado pela Advocacia-Geral da União, pelo presidente da República e pelo Superior Tribunal de Justiça, situação que deve ser mantida, pugnando-se pela rejeição do PLP nº 265, de 2007, com eventual repercussão na posição desta Autarquia quanto ao PLP nº 344, de 2002, que trata da mesma temática.

Submeta-se o assunto à apreciação do senhor procurador-geral, nos termos do § 1º do art. 8º da Ordem de Serviço nº 4.445, de 9 de fevereiro de 2009, com a sugestão de revogação dos pronunciamentos jurídicos que apresentam conclusão diversa, em especial o Parecer Dejur-502, de 2003, o Parecer PGBC-223, de 2007, e a Nota-Jurídica PGBC-2145, de 2008.

Marcel Mascarenhas dos Santos
Subprocurador-Geral

(Segue despacho.)

Acolho o judicioso pronunciamento da lavra do procurador Jefferson Siqueira de Brito Alves, endossado pelo subprocurador-geral titular da Chefia do Gabinete do Procurador-Geral, cujos sólidos argumentos jurídicos e fundamentada pesquisa científica bem demonstram a inadequação do PLP nº 265, de 2007, e do anterior PLS nº 412, de 2003, sob o prisma da estrutura ótima de regulação da concorrência no setor financeiro e de repressão a eventuais abusos.

2. Observa-se, tanto na doutrina especializada como na experiência internacional, que o regime atualmente em vigor no Brasil, segundo o qual são exclusivas do Banco Central as competências para baixar normas sobre concorrência entre instituições financeiras, julgar atos de concentração e promover a repressão a infrações contra a ordem econômica, no âmbito do sistema financeiro, representa opção juridicamente mais segura e economicamente mais eficiente do que o modelo que se pretende implementar com a proposição legislativa em apreço.

3. Justamente por vislumbrar maior segurança jurídica ao tratamento do assunto exclusivamente pelo Banco Central, com base nos arts. 10, inciso X, alínea c, e 18, § 2º, da Lei nº 4.595, de 1964, que o Superior Tribunal de Justiça, além de referendar o entendimento da Advocacia-Geral da União e do presidente da República, não hesitou em afirmar que “o Sistema Financeiro Nacional não pode subordinar-se a dois organismos regulatórios”.

4. Não custa lembrar, a propósito, que as instituições financeiras são sociedades empresárias peculiares, a começar por seu principal ativo: a fidúcia. Questionamentos sobre a credibilidade trazem riscos para sua solvência e para a higidez de todo o Sistema Financeiro Nacional, que é o principal bem jurídico tutelado pelo Banco Central. Esses riscos produzem resultados céleres e frequentemente irreversíveis, necessitando de solução tempestiva pelo agente regulador do mercado.

5. Assim, o processo de autorização de reorganizações societárias precisa ser eficiente, sob o risco de danos à saúde financeira da instituição e contágio ao restante do mercado financeiro e à economia real. Casos paradigmáticos são aqueles que envolvem as medidas previstas na Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, e na Resolução nº 4.019, de 29 de setembro de 2011, destinadas a assegurar a solidez, a estabilidade e o regular funcionamento do Sistema Financeiro Nacional. Tais aspectos precisam ser levados em conta não só nos casos de concentração, mas também em qualquer julgamento acerca de outras medidas em tese anticompetitivas, dada a inequívoca relação jurídica entre a disciplina prudencial e o regime de concorrência.

6. Como bem se evidencia nas recentes análises técnicas incorporadas aos autos, além de o Banco Central ter instrumentos de atuação prudencial à sua disposição nas hipóteses de análise de atos de concentração, possui também acesso a grande acervo de informações sobre as instituições envolvidas no processo, que não se encontram disponíveis para o sistema brasileiro de defesa da concorrência. Tais informações compreendem não apenas a organização societária, mas também os produtos financeiros, por vezes altamente complexos, e os nichos relevantes de cada mercado. O Banco Central tem compreensão ampla e integral do Sistema Financeiro Nacional, tanto estrutural quanto operacionalmente, mantendo monitoramento constante das instituições financeiras e dos mercados em que operam.

7. Dito de outro modo, em razão da legislação vigente e da experiência resultante do exercício longo e ininterrupto de suas atribuições de regulação e fiscalização do Sistema Financeiro Nacional, esta Autarquia dispõe de *expertise* de regulação e fiscalização quanto à caracterização do poder de controle no âmbito do mercado financeiro em toda sua dimensão de complexidade e de risco sistêmico. Há uma série de exigências para se controlar uma instituição financeira, envolvendo a capacidade técnica e econômico-financeira do controlador, sua reputação no mercado, a identificação da origem dos recursos, com atenção à repressão à lavagem de dinheiro, e aspectos de importância para a soberania nacional, a exemplo de operações envolvendo controladores estrangeiros.

8. Não se pode ignorar, para efeito de formação da convicção jurídica a respeito do mérito do PLP nº 265, de 2007, a análise científica mais ampla, característica marcante, aliás, do Direito Econômico e Financeiro, em cujo âmbito se situa a proposição legislativa em apreço. Sob a ótica da interdisciplinaridade, a duplicação de processos proposta pelo trânsito do assunto tanto pelo Banco Central como pelo Cade, não oferece mais estabilidade financeira ou segurança jurídica ao segmento e poderá afetar a percepção de confiança dos depositantes e investidores, além de provocar aumento de custos tanto no setor privado quanto ao Erário, atentando contra o princípio constitucional da eficiência que orienta a Administração Pública.

9. Aliás, esses aspectos devem ser perscrutados pelo Poder Executivo no exame de qualquer projeto de lei, na forma do Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, que exige, para manifestação favorável do órgão ou entidade público, a conciliação ótima entre desgaste para os cidadãos e a economia, eficácia da medida, custos para o orçamento público, efeitos sobre o ordenamento jurídico em vigor, efeitos colaterais e outras consequências, aceitação por parte dos interessados. Enfim, exige-se a adequação entre os instrumentos propostos e os fins pretendidos, como forma de prestigiar o princípio da razoabilidade, segundo a orientação da Constituição Federal.

10. Ante todo o exposto, reitera-se o entendimento do parecerista de que o modelo institucional ideal para o regime de defesa da concorrência no sistema financeiro é o que atribui essa função estatal ao regulador prudencial, de forma a permitir a integração ótima de informações atinentes aos efeitos da

livre concorrência sobre a confiabilidade do mercado, bem como a adaptação da regulação de segurança e solidez à estrutura econômica em vigor.

11. Assim, deve-se manter exclusivamente no Banco Central a competência para regular as condições de concorrência entre as instituições financeiras e promover o controle dos atos de concentração e a repressão a infrações contra a ordem econômica no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.

12. Desse modo, pois, ratificam-se as disposições do art. 10, inciso X, alíneas *c* e *g*, e do art. 18, § 2º, ambos da Lei nº 4.595, de 1964, cuja legitimidade está amparada pela valoração positiva contida em pronunciamentos da Advocacia-Geral da União e do presidente da República e em acórdão paradigmático do Superior Tribunal de Justiça, consonante, ainda, com a literatura teórica e empírica sobre a relação entre concorrência e estabilidade no setor bancário, devidamente testada em diversos cenários, com especial pertinência em momentos de instabilidade econômica, a exemplo da recente crise financeira global.

13. Concluo, portanto, fixando orientação jurídica contrária à aprovação do PLP nº 265, de 2007, impondo-se, pelos mesmos fundamentos, a revisão da posição desta Autarquia também quanto ao PLP nº 344, de 2002, que trata da mesma temática.

14. Revogo, assim, o Parecer Dejur-502, de 2003, o Parecer PGBC-223, de 2007, e a Nota-Jurídica PGBC-2145, de 2008, devendo a Chefia do Gabinete submeter cópia da presente manifestação jurídica à Gerência de Controles Jurídicos da Procurador-Geral, para as anotações de praxe.

Devolva-se o processo à Assessoria Parlamentar, para ciência da orientação jurídica ora fixada e comunicação ao Ministério da Fazenda, na forma usual.

Isaac Sidney Menezes Ferreira

Procurador-Geral

Parecer PGBC-339/2011

Parecer que analisa minuta de voto que propõe a realização de audiência pública sobre novas regras de capital regulamentar, tendo em vista as regulamentações do Comitê de Basileia (Basileia III), e a possibilidade de o Conselho Monetário Nacional alterar os requisitos legais de título de crédito.

Alexandre Forte Maia
Procurador

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira
Procuradora-Chefe

Ailton Cesar dos Santos
Subprocurador-Geral

Isaac Sidney Menezes Ferreira
Procurador-Geral

Parecer PGBC-339/2011
S/Proc.

Brasília, 11 de outubro de 2011.

Ementa: Consultoria Bancária e de Normas. Assuntos de Regulação do Sistema Financeiro. Realização de Audiência Pública sobre normativos que disciplinam nova metodologia de apuração do Patrimônio de Referência (PR), dos requerimentos mínimos de manutenção de PR, Nível I do PR e Capital Principal, e introduz o Adicional de Capital Principal. Extinção de instrumentos de dívida, automática ou mediante intervenção da autarquia. Sugestão de ajuste. Efetividade de eventual regulamentação. Títulos executivos. Forma prescrita em lei. Impossibilidade de o Conselho Monetário Nacional alterar os requisitos legais de título de crédito.

Senhora Procuradora-Chefe,

ASSUNTO

Trata-se de minuta de voto que propõe a realização de audiência pública sobre as novas regras de capital regulamentar, tendo em vista as recomendações contidas no documento *Basel III: A global regulatory framework for more resilient Banks and banking systems* (Basileia III).

2. Destaca-se na minuta de voto que, com a finalidade de aumentar a capacidade de absorção de perdas dos instrumentos de dívida elegíveis ao Nível I ou ao Nível II, o Comitê de Basileia recomenda que todos os instrumentos de dívidas contenham cláusula que obrigue a extinção do saldo devedor (*write-off*) e, eventualmente, sua compensação em ações, quando da ocorrência de uma das seguintes situações:

I – determinado limite de requerimento mínimo de capital regulamentar é atingido; ou

II – a autoridade supervisora julga que a continuidade da instituição depende da extinção da dívida aceita como capital ou da utilização de recursos públicos em seu socorro.

3. Segundo a proposta, embora ainda não estejam consolidados todos os aspectos relativos à matéria, é necessário incluir na minuta de normativo a ser submetida à audiência pública alguns comandos associados aos critérios de extinção de dívidas destacados. Dessa maneira, para os instrumentos de dívida elegíveis ao Capital Complementar ou ao Nível II, exige-se a presença de cláusula contratual específica prevendo a extinção, permanente e total, do saldo devedor do instrumento, caso:

I – o Capital Principal da instituição seja inferior a 5,125% (cinco inteiros e cento e vinte e cinco milésimos por cento) do montante RWA para a extinção dos instrumentos elegíveis ao Nível I, e a 4,5% (quatro inteiros e meio por cento) do montante RWA para a extinção dos instrumentos elegíveis ao Nível II;

II – este Banco Central considere necessária a extinção do saldo devedor do instrumento para mitigar riscos relevantes que possam comprometer o regular funcionamento do Sistema Financeiro Nacional (SFN); e

III – sejam utilizados recursos públicos, mediante lei específica, na forma da exceção prevista no art. 28 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

4. Assinala-se, ademais, na proposição que as instituições financeiras emissoras dos instrumentos elegíveis ao capital regulamentar poderão incluir nos respectivos contratos cláusula que preveja a compensação aos investidores que tiverem seus instrumentos de dívida baixados, por meio da entrega de ações ou cotas da própria instituição financeira.

5. As regras que consubstanciam as inovações ora discutidas constam do art. 9º, inc. XII e § 9º, e do art. 12, inc. X e § 10, ambos da minuta de resolução.

6. A matéria já foi objeto de manifestação desta Procuradoria-Geral. Com efeito, no Parecer PGBC-305/2011¹ assentou-se que resolução não é o instrumento adequado para instituir a modalidade de extinção de obrigação

1 De minha autoria, aprovado por Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira e Ailton Cesar dos Santos.

proposta, notadamente se a causa prevista para a extinção for ato da autarquia, que poderá redundar no dever de o Estado indenizar eventuais prejudicados; por essas razões e por caracterizar espécie de intervenção estatal no patrimônio particular, deve-se regular a matéria por lei, afastando-se a incidência da regra civil geral e esclarecendo-se a necessidade de o investidor ser informado, de modo correto, claro e preciso, sobre a possibilidade de encerramento do seu crédito.

7. Na Nota-Jurídica PGBC-7827/2011,² apreciou-se novamente o assunto. Nesta ocasião, entretanto, examinou-se nova versão. De novidade, a exclusão da hipótese de extinção do saldo devedor por determinação do Poder Público e a ressalva na minuta de edital de que o assunto será estudado no âmbito da autarquia. Ao sopesar essas alterações, pontuou-se na aludida manifestação:

17. A meu ver, os ajustes se coadunam com as considerações apresentadas na última reunião, que contou com a participação do Sr. Procurador-Geral e integrantes do Denor. Ademais, a nova redação do item 9 da minuta de edital de audiência pública é adequada, pois deixa claro que está em estudo a possibilidade jurídica de baixa pela autarquia de instrumento de dívida e outros pontos da proposição. Não há, como se vê, posição definitiva sobre o tema.

18. Saliente-se, finalmente, que não há instrumento de dívida na legislação em vigor que autorize, pelo menos expressamente, a adoção da medida proposta. Portanto, a rigor, a efetividade da cláusula que prevê a extinção do saldo devedor do instrumento dependerá ou de estipulação contratual, ou de alteração do arcabouço legal dos títulos existentes ou de instituição, por lei, de novo título.

19. De qualquer modo, o ajuste sugerido constitui providência concreta que se alinha ao compromisso de incorporação das recomendações de Basileia III. Em um exame preliminar, percebe-se que o assunto está apto a ser colocado em audiência pública, com a ressalva de que as suas implicações legais reclamam mais estudos, conforme consignado no edital.

8. No entanto, na última reunião da Diretoria Colegiada, pesou-se a possibilidade de o parágrafo único do art. 40³ da Lei nº 12.249, de 11 de junho de

2 De minha autoria, aprovada por Ailton Cesar dos Santos e Isaac Sidney Menezes Ferreira.

3 “Art. 40. A Letra Financeira pode ser emitida com cláusula de subordinação aos credores quirografários, preferindo apenas aos acionistas no ativo remanescente, se houver, na hipótese de liquidação ou falência da instituição emissora. Parágrafo único. A Letra Financeira de que trata o *caput* pode ser utilizada como instrumento de dívida, para fins de composição do capital da instituição emissora, nas condições especificadas em regulamento do CMN.”

2010, conferir ao CMN amplo espaço regulatório em relação à Letra Financeira (LF) empregada como instrumento de dívida para fins de composição de capital da instituição emissora. Em consequência, o Sr. Procurador-Geral, revelando dúvida quanto ao veiculado no item 18 da manifestação acima transcrita, solicitou⁴ o reexame da matéria, para que, à vista do referido dispositivo legal, sejam respondidos os seguintes questionamentos:

1. Há instrumento de dívida na legislação em vigor que autorize a adoção da medida proposta via ato normativo do CMN?
2. Qual o efetivo espaço regulatório do CMN?
3. Quando o dispositivo menciona a possibilidade de utilização de LF como instrumento de dívida para fins de composição do capital da instituição que a emite, nos termos das condições estipuladas pelo CMN, é possível que uma das condições seja a de determinar a extinção do saldo devedor do instrumento de dívida quando o BC tem por necessária a medida para mitigar risco sistêmico? Ou essa hipótese, por ser intervenção no direito de propriedade, reclama lei em sentido estrito?
4. Quais são as consequências legais do pagamento do instrumento de dívida por meio de ações à luz da Lei da S/A (de credor, o investidor passa a ser sócio)?

9. Respondem-se agora os específicos questionamentos suscitados pelo Sr. Procurador-Geral.

APRECIACÃO

10. Cumpre esclarecer inicialmente que a preocupação registrada no item 18 da Nota-Jurídica PGBC-7827/2011, objeto da dúvida destacada pelo Sr. Procurador-Geral, dirige-se aos títulos executivos disciplinados em lei, nomeadamente os títulos de crédito.

11. Não se conhece título disciplinado em lei e negociado por instituição financeira que tenha como requisitos a condição resolutiva e a possibilidade de pagamento em ação indicadas na minuta de resolução em foco. Os títulos

⁴ Solicitação encaminhada por *e-mail* em 6 de outubro de 2011, às 10h48min.

executivos, dentre eles os títulos de crédito, dependem de lei a fixar os seus requisitos essenciais. De fato, de acordo com o inc. VIII⁵ do art. 585 do Código de Processo Civil (CPC), a força executiva de título deve ser expressamente atribuída por lei. Além disso, o art. 887⁶ do Código Civil Brasileiro (CCB) estabelece que título de crédito somente produz efeitos quando preenchidas as exigências legais, reproduzindo, neste ponto, condição já contida na Lei Uniforme (arts. 2º e 76), promulgada pelo Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966. Sobre o assunto, Gladston Mamede (2008, p. 45) ensina:

Criados para circular, os títulos de crédito não raro são utilizados como quase-moeda no mercado. Circulam com se fossem cédulas, sendo usados tanto para pagamentos, como em operações de desconto, como as realizadas por empresas de faturização (*factoring*) que, mediante a cobrança de percentuais sobre o valor do título, antecipam o valor do crédito. Essa confiança do mercado nesses papéis e nas promessas de pagamento ou entrega de bens que neles estão anotadas, bem como na autonomia do direito (o crédito) ali representado, encontra, por certo, lastro numa unicidade entre os títulos, cujo padrão encontram-se definido em lei.

A forma, portanto, é para os títulos de crédito não um elemento lateral, mas um elemento fundamental, pois os distingue dos demais quirógrafos, submetidos ao regime jurídico comum dos atos e contratos jurídicos, como já abordado. (G.n.)

12. Naturalmente, tendo em vista a tradição do direito brasileiro de circunscrever os títulos de crédito aos tipos especificamente previstos em lei (*numerus clausus*), a conversão em ação e a extinção em virtude de evento futuro e incerto – hipóteses descritas na proposição – devem estar previstas na configuração legal do título. A inserção de tais elementos sem autorização legal retiraria do escrito sua validade como título de crédito, porém não implicaria – é preciso ressaltar – a invalidade do negócio jurídico que lhe deu origem; consentir com o contrário equivale a admitir a existência de títulos de crédito atípicos ou

5 “Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais: [...] VIII – todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.”

6 “Art. 887. O título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei.”

inominados no país, o que é contestado pela melhor doutrina; abaixo, uma das razões dessa resistência:

A maior dificuldade que a tese da introdução dos títulos atípicos no direito positivo nacional enfrenta é a da identificação desses títulos. Como saber, diante de uma declaração de vontade de pagar quantia líquida, se o instrumento que a materializa é um título de crédito atípico ou um contrato atípico? (COELHO, 2007, p. 484)

13. Tendo em vista a premissa assentada, infere-se que não cabe ao Conselho Monetário Nacional (CMN) instituir título de crédito, tampouco alterar seus requisitos legais. Assim, se a lei instituidora do título não prevê condição resolutiva ou pagamento em ações, não pode o CMN fazê-lo. Do exposto, é possível asserir que a competência para disciplinar o capital regulamentar não implica a de modificar a disciplina legal de título de crédito existente.

14. Aliás, esta Procuradoria-Geral, quando instada a se manifestar quanto à possibilidade de se classificar título de crédito e/ou contrato de mútuo no Nível II do Patrimônio de Referência (PR), concluiu no Parecer/2001/00201/Dejur/PRBAD⁷ que é possível o emprego de emissões de títulos de crédito para fins de enquadramento no Nível II do PR, **contanto que se respeitem os requisitos essenciais de tais títulos, cuja criação e alteração apenas é possível por intermédio de lei.** Vejam-se as razões da referida conclusão:

10. A disciplina do crédito em todas as suas modalidades e das operações creditícias em todas as suas formas, pelo Conselho Monetário Nacional,⁸ não importa ilimitada competência daquele colegiado para a introdução no ordenamento pátrio de toda sorte de títulos, a despeito das regras legais. A criação de títulos executivos, dentre eles os títulos de crédito, encontra-se em nosso sistema, como é cediço, na dependência da edição de lei. Por outro lado, a regulamentação dos empréstimos a instituições financeiras bancárias é adstrita a parâmetros fixados pela Lei nº 4.595, de 1964, diploma com *status* de lei complementar. O financiamento de instituições financeiras pode ainda ser feito por intermédio de contratos, com base no princípio da liberdade negocial, mas mesmo

7 De Cristiano de Oliveira Lopes Cozer, aprovado por Norma do Rego Monteiro Ferreira e Ailton Cesar dos Santos.

8 Art. 4º, VI, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

nessa hipótese o fundamento para seu emprego não está na Resolução do Conselho Monetário Nacional, mas em princípios constitucionais e legais, respeitadas as restrições à liberdade de contratar contidas na legislação.

[...]

16. Posta a questão nestes termos – não se trata da criação de novas formas de captação, mas o emprego das formas existentes para fins de inclusão no Patrimônio de Referência, respeitados os requisitos regulamentares – a resposta à segunda questão (item 13 deste parecer) torna-se simples. **Podem ser empregados quaisquer títulos de crédito cujas características legais sejam compatíveis com as exigências regulamentares. Apenas não é possível o emprego de títulos de crédito sem respeito aos seus requisitos legais essenciais, pela simples razão de que ocorre, neste caso, a perda de sua cambiabilidade e, conseqüentemente, de sua executividade.** O título de crédito emitido em conformidade com os requisitos essenciais fixados em lei, mas que desrespeite alguma exigência da Resolução, não deixa de ser válido, nem perde a característica de título executivo; apenas não pode ser aprovado pelo Banco Central como parte integrante do nível II do Patrimônio de Referência.

17. Não é este o lugar para um estudo aprofundado de todas as espécies de título de crédito cuja emissão é autorizada às instituições financeiras, para procurar elaborar lista exaustiva daqueles adequados para os fins da Res. nº 2.802, de 2000. Aliás, desconhecemos qualquer espécie de título de crédito que possa atender ao disposto na Resolução, dadas as inúmeras restrições ali colocadas. O emprego de contratos de mútuo, a princípio, atenderá melhor aos seus objetivos, pela maior flexibilidade oferecida pelo princípio da liberdade negocial, frente à rigidez das características dos títulos de crédito. (G.n.)

15. Reproduzindo-se a mesma orientação, assinalou-se, no Parecer/2001/00606/DEJUR/GABIN,⁹ que Certificado de Depósito Bancário (CDB), na forma cartular, não pode ser empregado como instrumento híbrido de capital e dívida ou como instrumento de dívida subordinada para fins de enquadramento da respectiva captação no Nível II do PR. Argumentou-se que o CDB tem natureza de título de crédito e, portanto, sujeita-se ao princípio da literalidade, segundo o qual apenas as obrigações que constem do próprio título

⁹ De Cristiano de Oliveira Lopes Cozer, aprovado por Norma do Rego Monteiro Ferreira e Ailton Cesar dos Santos.

podem ser exigidas como cambiárias. Segue excerto extraído do precedente em comento:

24. Ocorre que, ainda que se admitisse que a convenção extracartular integra o título e encontra-se revestida de cambiabilidade – tese da qual discordamos –, é essencial ao certificado de depósito bancário (como, de resto, é essencial a qualquer título de crédito) a possibilidade de sua circulação. A lei prevê expressamente a transmissão dos certificados, por meio de endosso em preto.¹⁰ Ora, a ser adotada a tese sustentada pelo parecer de fl. 1 a 4, o endossatário do título – aquele que recebeu o título por endosso e é o seu novo credor – não se encontraria vinculado pela convenção feita à parte, o que impossibilitaria o cumprimento das condições necessárias para a configuração da dívida subordinada.

25. Tomemos um exemplo. Suponhamos que o primitivo credor do título, após haver firmado com a instituição financeira contrato a respeito da qualificação do certificado como dívida subordinada, efetue a transferência do título a terceiro, que não se encontra vinculado ao contrato. A esse terceiro será permitido o recebimento do valor do título, por ocasião do seu vencimento, devido pela instituição financeira,¹¹ não sendo a ele oponíveis as cláusulas do contrato firmado entre o endossante (primitivo credor do título) e o banco. Se, por ocasião do vencimento do título, o seu pagamento implicar desenquadramento da instituição financeira em relação ao nível mínimo de patrimônio líquido exigido, ou outros limites operacionais exigidos pela regulamentação em vigor (inc. VIII do § 1º do art. 1º da Resolução nº 2.837, de 2001), nem por isso poderá o banco eximir-se de pagar o valor do certificado ao credor, uma vez que o contrato firmado entre terceiros não é oponível ao portador do título. Desta forma, a instituição financeira terá deixado de cumprir um dos requisitos para o enquadramento da dívida no nível II do patrimônio de referência.

26. Em outras palavras: **apenas se admite que elementos ligados a um título de crédito constem de um instrumento apartado (afastando-se o princípio da literalidade) quando a lei trouxer tal previsão, como ocorre com o endosso e com o aval lançados em anexo a uma letra de câmbio ou nota promissória.**¹² Por conseguinte, é inviável o emprego de certificados

10 Nota nº 5 do Parecer 2001/00606 (DEJUR/GABIN): “Embora o § 2º do artigo 30 da Lei nº 4.728, de 1965, faça menção a ‘endosso em branco’, o art. 19 da Lei nº 8.088, de 31 de outubro de 1990, dispõe que ‘todos os títulos, valores mobiliários e cambiais serão emitidos sempre sob a forma nominativa, sendo transmissíveis somente por endosso em preto’”

11 Nota nº 18 do Parecer 2001/00606 (DEJUR/GABIN): “O primitivo credor do título não responde pelo seu pagamento, em virtude do § 4º do art. 30 da Lei nº 4.728, de 1965.”

12 Art. 13, 1º período da 1ª alínea, e art. 31, primeira alínea, ambos da Lei Uniforme de Genebra, promulgada pelo Decreto nº 57.663, de 1966.

de depósito bancário como instrumentos híbridos de capital e dívida ou como instrumentos de dívida subordinada. (G.n.)

16. A premissa lançada no Parecer/2001/00201/Dejur/PRBAD e adotada no precedente transcrito foi perfilhada recentemente nos Pareceres PGBC-120/2010¹³ e 97/2011.¹⁴

17. Por essas razões, não se divisa título de crédito que tenha aptidão para cumprir a regra ora proposta. O CMN tem competência para dispor sobre o cômputo de títulos de crédito no capital regulamentar, desde que respeite as suas exigências legais. Em outras palavras, é possível qualificar o cumprimento de requisito legal, mas, não, ignorá-lo ou criar outro não previsto em lei.

18. Na ausência de títulos de crédito com as características requeridas pela regulamentação prudencial, resta o campo negocial, que não se pauta, entretanto, nos princípios cambiários. Explica-se. Se por um lado não é dado ao CMN descaracterizar os títulos legais existentes, por outro, as instituições financeiras têm liberdade para celebrarem contratos típicos ou atípicos que podem ser considerados para fins de composição de capital regulamentar.

19. Reforço a opinião assentada com o exemplo da LF, que, segundo a cabeça do art. 37 da Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010, é **título de crédito** que consiste em promessa de **pagamento em dinheiro**. Ora, havendo determinado a lei que o título é pagável somente em dinheiro, não pode o CMN dispor de modo contrário e autorizar o pagamento em ações. Igualmente, tendo imposto a lei a única forma de extinção do crédito, pagamento em dinheiro, ao citado órgão é defeso prever a extinção por outro modo, não lhe sendo possível, portanto, permitir a extinção em virtude de ato do Banco Central do Brasil. A isso, acrescente-se o argumento exposto no Parecer PGBC-305/2011, aqui reiterado, de que a intervenção da autarquia na hipótese em foco depende de previsão legal.

20. Não se desconhece que, de acordo com o parágrafo único do art. 40 da Lei nº 12.249, de 2010, a LF com cláusula de subordinação pode ser utilizada como instrumento de dívida, para fins de composição do capital da instituição emissora, nas condições especificadas em regulamento do CMN. Entretanto, o dispositivo não confere competência normativa para dispor sobre os requisitos da

13 De Igor Arruda Aragão, aprovado por Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira.

14 De Igor Arruda Aragão, aprovado por Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira.

LF – a lei já os fixou –, mas, sim, sobre as exigências, compatíveis, naturalmente, com os requisitos legais do título, que devem ser atendidas para fins de composição do capital regulamentar. Exemplifica-se. Como a lei dispõe que o título deve ter vencimento, não pode o CMN dizer o contrário e prever a perpetuidade do instrumento; no entanto, pode fixar um período mínimo ou máximo de vencimento, qualificando, assim, o cumprimento desse específico requisito.

21. Acrescente-se a tudo isso o fato de que, se aprovada a proposta, não se encontrarão na Lei nº 6.404,¹⁵ de 15 de dezembro de 1976, regras a disciplinar a repercussão no organismo social de eventual conversão de título executivo em ação. Demandariam normatização ímpar, por exemplo, os seguintes temas: (a) direito de preferência dos acionistas na subscrição; (b) competência para deliberar sobre a emissão; (c) bases da conversão; (d) direitos dos detentores do título; (e) necessidade de aumento do capital social para a conversão; e (f) previsão estatutária para a emissão e conversão. Note-se, pois, que os reflexos no âmbito da sociedade reclamam providência normativa específica, que não estão – nem podem estar – condensadas na minuta de resolução em destaque, pois o CMN não tem competência para disciplinar o funcionamento dos órgãos sociais e as relações entre os sócios.

CONCLUSÃO

22. Diante de todo o exposto, conclui-se:

- a) não se vislumbra título de crédito apto a se adequar à exigência proposta;
- b) o CMN tem competência para dispor sobre o enquadramento de título de crédito no capital regulamentar, desde que respeitados, naturalmente, os requisitos estabelecidos em lei;
- c) o parágrafo único do art. 40 da Lei nº 12.249, de 2010, não confere ao CMN competência para dispor sobre os requisitos da LF – a lei já os fixou –, mas, sim, sobre as exigências, compatíveis, naturalmente, com os requisitos legais do título, que devem ser atendidas para fins de composição do capital regulamentar;

¹⁵ Ementa: “Dispõe sobre as Sociedades por Ações”.

- d) na ausência de títulos de crédito com as características requeridas pela regulamentação prudencial, resta o campo negocial, que não se submete, entretanto, ao regime cambial; e
- e) os reflexos na sociedade da conversão de título de crédito em ações reclamam providência normativa específica, que não compete ao CMN, porquanto não detém competência para disciplinar o funcionamento de órgãos sociais e as relações entre sócios.

À consideração de Vossa Senhoria.

Alexandre Forte Maia

Procurador

De acordo.

Ao Sr. Subprocurador-Geral, titular da CC1PG.

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

Procuradora-Chefe

(Seguem despachos)

De acordo.

Ao Sr. Procurador-Geral.

Ailton Cesar dos Santos

Subprocurador-Geral

Endosso, nos termos de sua percuciente argumentação, bem escorada nos precedentes da Procuradoria-Geral, a manifestação legal proferida pela Câmara de Consultoria Bancária e Regulação Geral (CC1PG) a respeito da minuta de Resolução que dispõe sobre nova metodologia de apuração do Patrimônio de Referência (PR).

2. As considerações expendidas no parecer sobre a inidoneidade de títulos de crédito nominados para compor o capital complementar ou o Nível II do Patrimônio de Referência, sem prejuízo de seu caráter cambiário, mostraram-se consonantes com a norma legal (art. 887 do Código Civil) que, confirmando longa tradição doutrinária, expressamente dispõe que a natureza cambiária está indelevelmente ligada ao atendimento dos requisitos legais. Nesse contexto, nem mesmo a regra veiculada pelo parágrafo único do art. 40 da Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010,¹⁶ autoriza que o Conselho Monetário Nacional, ao disciplinar a matéria, estabeleça requisitos distintos daqueles previstos em lei, de cujo atendimento depende a caracterização da letra financeira como título de crédito, dentre eles o pagamento em dinheiro e o prazo certo para vencimento, não inferior a um ano.¹⁷

3. Por tal razão, para que a letra financeira (ou outra espécie de título de crédito) ostente cláusula que obrigue a extinção do saldo devedor (*write-off*) e, eventualmente, sua compensação em ações, como condição para que integre o capital complementar ou o Nível II do Patrimônio de Referência da instituição financeira emitente, é necessária a edição de lei (ou ato normativo de mesma estatura) que altere nesse sentido suas características intrínsecas.

4. Não obstante as considerações acima, inexistente empecilho de ordem legal a que as instituições financeiras se valham de instrumentos negociais distintos para o referido propósito (a exemplo de contratos de mútuo cujas cláusulas atendam aos requisitos regulamentares). Nada obsta, destarte, a que a minuta de Resolução que disciplina o PR disponha sobre o assunto, contanto que se tenham presentes as limitações ao emprego de títulos de crédito.

5. Ademais, é preciso salientar o alerta feito no parecer sobre a possibilidade de que o credor de instrumento componente do capital complementar ou do

16 O mencionado preceito confere ao Conselho Monetário Nacional poderes para estipular, a respeito de letras financeiras, as condições para que sejam utilizadas como instrumentos de dívida, para fins de composição do capital da instituição emissora.

17 Art. 37 e art. 41, III, ambos da Lei nº 12.249, de 2010.

Nível II do Patrimônio de Referência venha a ser compensado mediante a entrega de ações da instituição financeira emitente, caso haja extinção da obrigação sem pagamento, nas hipóteses ali previstas. Há aspectos referentes à disciplina legal do Direito Societário que poderiam suscitar dificuldades interpretativas, a exemplo daqueles indicados no item 21 do parecer, os quais não poderiam ser obviados mediante a edição de norma do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil, haja vista a ausência de atribuições normativas de tais entidades em matéria societária. O interesse público na segurança jurídica torna recomendável, assim, a edição de lei para o tratamento do assunto.

Com tais ponderações, dirija-se o vertente pronunciamento legal ao senhor Diretor de Regulação do Sistema Financeiro, a título de subsídio para a subsequente condução do assunto.

Isaac Sidney Menezes Ferreira
Procurador-Geral

Petição PGBC-1576/2011

Contestação em ação ordinária proposta por ex-diretor do Banco Econômico S/A pleiteando indenização por pretensos danos materiais e morais que teriam sido causados por ato de intervenção decretado na instituição financeira.

Mateus Beraldo Romão

Procurador

Liliane Maria Busato Batista

Procuradora-Chefe

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DA 1ª VARA FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE LONDRINA – SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO PARANÁ.

AÇÃO ORDINÁRIA (PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO)
Nº 5002918-37.2010.404.7001
AUTOR: RENATO FERREIRA DE ABREU CASTRO
RÉU: BANCO CENTRAL DO BRASIL – BACEN

O BANCO CENTRAL DO BRASIL, autarquia federal criada pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, vem perante Vossa Excelência, por meio de seus Procuradores (Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, art. 17, I, c/ca Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, art. 9º, *caput*, e com a Lei nº 9.650, de 16 de julho de 1998, art. 4º, I), nos autos em referência, apresentar

CONTESTAÇÃO

nos termos que seguem.

I – SÍNTESE DA DEMANDA

Renato Ferreira de Abreu Castro, ex-diretor do Banco Econômico S/A, ajuizou demanda em face desta Autarquia, requerendo o pagamento de indenização correspondente aos danos materiais e morais que alega ter sofrido com o ato de intervenção decretado na instituição financeira.

2. Aduziu em sua inicial que, com o decreto interventivo, ele foi afastado de suas funções de diretor da instituição financeira, deixando de perceber salário mensal de aproximadamente R\$28.000,00 (vinte e oito mil reais).

3. Sustentou que o ato de intervenção decretado pelo Banco Central do Brasil se mostrou equivocado e que agora isto restou confirmado com a extinção das ações de responsabilidade movidas pelo Ministério Público do Estado da Bahia contra os ex-administradores da instituição financeira, concluindo que, “ao contrário do afirmado pelo Banco Central, inexistiu gestão fraudulenta e sequer existiu risco de danos a terceiros, posto que o Banco Econômico possuía patrimônio mais do que suficiente para pagar todos os credores com vantagem”.

4. Assim, insurgindo-se contra o ato praticado pelo Bacen, pleiteia o autor a condenação desta Autarquia ao pagamento de danos morais e materiais.

5. Todavia, a demanda não procede, conforme será visto abaixo.

II – PRELIMINAR

II.1 – Inépcia da inicial

6. Em matéria de preliminar, impende destacar a inépcia da petição inicial, nos termos do art. 301, III, c/c art. 295, I, ambos do Código de Processo Civil.

7. A inépcia decorre do fato de a exordial não indicar os fatos e os fundamentos de direito que sustentam o pedido do autor de indenização dos prejuízos que teria sofrido com o ato de intervenção decretado no Banco Econômico S/A. Ao Banco Central não imputou qualquer desobediência a suas atribuições legais, que estão delimitadas nas Leis nº 4.595, de 1964, e Lei nº 6.024, de 1974. Deixou o autor de fazer a subsunção dos fatos à norma legal, como se lhe exige o art. 295, parágrafo único, I, do Código de Processo Civil.

8. Ora, se a parte autora sustenta a ilegalidade da decretação da intervenção e a ocorrência de prejuízos de ordem material e moral, tem o ônus de apontar os motivos do pleito e qual a norma legal infringida pela Autarquia, o que não logrou fazer em nenhum momento em sua petição inicial.

9. Dessa forma, requer-se o indeferimento da petição inicial, nos termos do art. 295, I, do Código de Processo Civil.

II.2 – Inépcia da inicial – Inexistência de coisa julgada em relação ao Bacen

10. Para fundamentar o seu pedido de indenização de danos morais e materiais, o autor, em sua inicial, pretende vincular ou estender para a presente demanda os efeitos da coisa julgada produzida nas ações de responsabilidade movidas pelo Ministério Público da Bahia em face dos ex-administradores do Banco Econômico S/A (ações nºs 140.96.535457-8 e 140.96.496944-2 – 7ª Vara Cível da Comarca de Salvador/BA), afirmando que nessas ações teria sido comprovada a “ilegalidade” da intervenção decretada pelo Bacen no Banco Econômico S/A.

11. A pretensão do autor, porém, não procede.

12. Em primeiro lugar, veja-se que sequer há “coisa julgada” nas ações de responsabilidade movidas pelo Ministério Público da Bahia em face dos ex-administradores do Banco Econômico S/A, uma vez que foram julgadas extintas **sem julgamento de mérito**, por falta de interesse de agir, nos termos do art. 267, VI, do CPC. Assim, nem julgamento de mérito houve nas ações que tramitaram pela justiça estadual.

13. Em segundo lugar, como as ações de responsabilidade foram extintas **sem julgamento de mérito**, verifica-se que a pretensão do autor é se utilizar dos “fundamentos” que foram expostos nas sentenças estaduais para tentar demonstrar a ilegalidade da intervenção no presente caso. No entanto, os “fundamentos” ou os “motivos” utilizados pelo juiz na sentença não são acobertados pela coisa julgada, conforme prevê o inciso I do art. 469 do CPC: “Art. 469. Não fazem coisa julgada: I – os motivos, ainda que importantes, para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”.

14. Por último, é inconcebível que o autor queira se utilizar de uma sentença proferida em um processo em que o Banco Central do Brasil **sequer foi parte** (pois as ações de responsabilidade foram movidas **somente** em face dos ex-administradores do BESA) para pedir a condenação desta Autarquia nestes autos a pagar-lhe indenização correspondente aos danos materiais e morais. Haveria aí nítida impossibilidade de se aplicar os efeitos subjetivos da coisa julgada em relação ao Bacen, sob pena de clara ofensa ao Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa.

15. O inciso LV do art. 5º da Constituição Federal preceitua que será assegurado aos litigantes a ampla defesa e o contraditório.

16. Assim, como o Banco Central não participou das ações de responsabilidade movidas pelo MP, não é possível que, neste momento, tenha de suportar os efeitos das decisões proferidas naqueles processos.

17. Portanto, resta claro que dos fundamentos expostos pelo autor na inicial não decorre logicamente o pedido, razão pela qual o Banco Central do Brasil requer seja declarada a inépcia da inicial, extinguindo-se o processo nos termos do art. 267, I, c/c art. 295, I, do CPC.

III – PREJUDICIAL DE MÉRITO – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

18. O Decreto nº 20.910, de 1932, determina que “todo e qualquer direito ou ação” contra a **Fazenda Pública** prescreve em cinco anos “contados da data do ato ou fato do qual se originaram”.

19. O Decreto-lei nº 4.597, de 1942, estendeu essa disposição às autarquias públicas federais, dentre as quais se encontra o Banco Central do Brasil, razão pela qual nenhum direito poderá ser reclamado após o quinquênio referido.

20. No caso em discussão, o autor sustenta que toda sua perda advém do ato administrativo que decretou a intervenção no Banco Econômico S/A, o qual teria lhe causado, entre outros prejuízos, o afastamento de suas funções de diretor da instituição financeira. Logo, o prazo para a reclamação de qualquer direito em relação aos fatos por ele narrados tem como **marco inicial** a data da decretação da intervenção, a qual se deu em **11 de agosto de 1995**, por meio do ATO-PREVI nº 352, de lavra do Presidente do Banco Central do Brasil.

21. Como a demanda somente foi proposta em **24/8/2010**, é indiscutível a incidência da prescrição quinquenal, vez que já se passaram mais de **15 (quinze) anos** do fato apontado como lesivo (intervenção), pelo que há de ser decretada a extinção do processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil.

22. O Superior Tribunal de Justiça vem, reiteradamente, decidindo a favor da prescrição quinquenal, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. CRUZADOS BLOQUEADOS. PRESCRIÇÃO. ART. 2º, DO DECRETO Nº 20.910/32. ART. 2º DO DECRETO-LEI Nº 4.597/1942. ART. 50, DA LEI Nº 4.595/1964. Ao BACEN, a teor do art. 50, da Lei nº 4.595/1964, devem ser concedidos os mesmos benefícios, favores e isenções concedidos à Fazenda Pública. Em sendo o prazo para intentar ações em desfavor da Fazenda Pública de 5 (cinco) anos, deve ser reconhecido o mesmo lapso temporal em favor do BACEN. Recurso especial provido para reconhecer a prescrição quinquenal (Resp nº 388.190-RS, j. 21/2/2002 DJ 25/3/2002. Rel. Ministro Luiz Fux)

23. Assim, também, já decidiu o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

PLANO COLLOR. PRESSUPOSTO DE RECORRIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. RENDIMENTOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. Não deve ser conhecido o apelo no ponto em que formulada pretensão já garantida, expressamente na sentença. **Tratando-se de ação movida contra o BACEN, o prazo prescricional é de cinco anos, por força do Decreto-Lei 4.597/1942, regra especial a excepcionar a prescrição regida pelos artigos 177 e seguintes do CCB.** (TRF 4ª Região, 3ª T., A.C. n. 97.04.07427-1/PR, Rel. Juiz Amir Sarti, DJ 5/11/1997) (grifou-se)

24. Por isso, requer-se a extinção do processo nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil.

IV – DA LEGALIDADE DO ATO DE INTERVENÇÃO E POSTERIOR LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL E DAS AÇÕES MOVIDAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DA BAHIA EM FACE DOS EX-ADMINISTRADORES DO BANCO ECONÔMICO S/A

25. O principal argumento trazido pelo autor, em que se fundam todos os pedidos deduzidos na inicial, é a suposta ilegalidade do ato que decretou a intervenção no Banco Econômico S/A e que culminou com o afastamento de suas funções da referida instituição financeira.

26. Para fundamentar sua pretensão, o autor sustenta que as ações movidas pelo Ministério Público do Estado da Bahia visando apurar a responsabilidade dos ex-administradores do Banco Econômico S/A foram julgadas extintas **sem resolução de mérito**, e que nessas ações teriam sido comprovadas a “inexistência de gestão fraudulenta” e “inexistência de risco de danos a terceiros” que justificassem a intervenção decretada pelo Bacen na referida instituição financeira.

27. Para o autor, conforme expôs em sua inicial, “o resultado da ação judicial do MP demonstrou que a intervenção praticada pelo Bacen em face do Banco Econômico jamais se justificou”.

28. Visando facilitar a compreensão da demanda, o Banco Central do Brasil irá expor, primeiramente, os principais motivos e causas que levaram à decretação da intervenção no Banco Econômico S/A.

29. Conforme consta no Voto BCB nº 312, de 1995, subscrito pelo Diretor do Banco Central do Brasil responsável pelos assuntos de fiscalização, o Banco Econômico S/A entrou em situação de desequilíbrio financeiro tal que se impôs a adoção de urgente medida por parte do Banco Central, a qual se viu assim fundamentada:

O Banco Econômico S/A. vem apresentando problemas de desequilíbrio na estrutura de ativos e passivos, com reflexos negativos na sua situação econômica e financeira, decorrentes em grande parte do deferimento de operações que, no tempo, se mostraram de difícil realização. 2. Não obstante o crescente processo inflacionário na economia brasileira permitisse às instituições financeiros consideráveis ganhos inflacionários, a situação do Banco veio se agravando gradativamente, tendo como causa, entre outras, a crescente inadimplência de seus maiores devedores. 3. Diante desse quadro, seus acionistas e administradores foram convocados pela fiscalização em várias oportunidades, tendo, em 4 de janeiro de 1994, assumido o compromisso perante a Diretoria de Fiscalização deste Banco Central, no sentido de apresentação de programa de reestruturação patrimonial visando à efetiva recuperação dos créditos de liquidação duvidosa e de recomposição do seu capital de modo a suportar as perdas em seus ativos. 4. No decorrer do ano de 1994, o Banco Econômico apresentou ao Banco Central plano contendo medidas visando a sanear a instituição, entre as quais a capitalização de US\$250 milhões em 10 (dez) anos. **Estas medidas foram consideradas tímidas e insuficientes.**

4. A súbita queda da inflação, com o consequente desaparecimento do “floating”, agravou os problemas financeiros daquela instituição, trazendo dificuldades para rolagem de seus compromissos junto ao sistema. 6. A partir de dezembro/94, constatou-se maior retração do mercado em relação ao Banco Econômico nas diversas linhas de financiamento – CDI, CDB/RDB – especialmente em relação aos investidores de grande porte, instituições financeiras e investidores institucionais, levando aquela instituição a recorrer sucessivamente e de forma crescente à assistência financeira deste Banco Central para suprir suas dificuldades de caixa. 7. Daí em diante, a situação financeira deteriorou-se com as perdas atingindo todas as suas fontes de captação, inclusive os depósitos à vista. Para se ter uma ideia da insuficiência de caixa da Instituição, em 6 de março do corrente ano, sua necessidade era de R\$664 milhões, elevando-se para R\$1,467 bilhão, em 2 de maio, e culminando por atingir 2,9 bilhões no dia 9/8/1995, financiados, principalmente, pelo Banco Central, através da assistência financeira de liquidez. [...]. 15. Ocorre, entretanto, que após a divulgação pública do caso, seguiu-se uma verdadeira corrida de saques ao BESA, agora por parte de correntistas e cotistas dos fundos, com reflexos automáticos na sua já deficitária posição de reservas bancárias. 16 A instituição que vinha recorrendo à linha de assistência financeira de liquidez, na faixa de 1.900 milhões, solicitou recursos adicionais de R\$1 bilhão. Não tendo apresentado as necessárias garantias para o novo valor pleiteado, a pretensão foi indeferida, tendo em consequência, apresentado, na data de hoje, saldo negativo na Reserva Bancária naquele montante, caracterizando sua incapacidade de honrar os compromissos assumidos, com infringência às normas legais e regulamentares em vigor, o que enseja a aplicação do regime de liquidação extrajudicial. 17. Isso, não obstante, afigura-se-nos conveniente optar pela alternativa da intervenção, com arrimo nas disposições do § 1º do art. 15, da Lei nº 6.024/1974, *verbis*: “O Banco Central do Brasil decidirá sobre a gravidade dos fatos determinantes da liquidação extrajudicial, considerando as repercussões deste sobre os interesses dos mercados financeiro e de capitais, e poderá em lugar da liquidação efetuar a intervenção, se julgar esta medida suficiente para normalizar os negócios da instituição e preservação daqueles interesses.” [...]. 18. Por todo o exposto e considerando não ter havido até a presente data qualquer proposta concreta que possa viabilizar a solução definitiva do caso Econômico, ao contrário a expectativa é de agravamento da situação, face ao contínuo processo de perdas nas diversas fontes de captação, entendemos esgotados os esforços para se obter solução

negociada para o caso, não restando outra alternativa senão decretar o regime de intervenção contra as empresas financeiras daquele Grupo, com fulcro nas disposições da Lei nº 6.024/1974, de 13/3/1974, art. 15, I, alíneas *a, b, c* e § 1º. (Grifou-se)

30. Assim, nos termos desse Voto, o qual aprovou a intervenção no Banco Econômico S/A, verifica-se que a instituição financeira apresentava problemas de desequilíbrio na estrutura de ativos e passivos, com reflexo negativo na sua situação econômico-financeira, agravada ainda mais com perdas em todas as suas fontes de captação. Com isso, a instituição recorria de forma crescente e sucessiva à assistência financeira de liquidez do BACEN, necessitando de valores da ordem de R\$664 milhões em 6/3/1995, R\$1,467 bilhão em 2/5/1995 e chegando a R\$2,9 bilhões em 9/8/1995.

31. Ainda segundo o referido Voto, a Situação Líquida Ajustada do Banco Econômico S/A em 31/5/1995 era negativa em R\$296.222 mil, mesmo sem considerar perdas potenciais de difícil mensuração embutidas em ativos que, em 30/6/1995, totalizam aproximadamente R\$2,44 bilhões.

32. Assim, após tentativas frustradas de uma solução negociada, foi decretada pelo Banco Central a intervenção no Banco Econômico, conforme o Ato Presi nº 352, de 11 de agosto de 1995, que considerou como causas da intervenção a insuficiência patrimonial e incapacidade financeira de honrar compromissos assumidos, com infringência às normas referentes à conta Reserva Bancária mantida no Banco Central do Brasil, e como base legal, o art. 1º, *c/c* o art. 15, inciso I, alíneas *a, b, c* e § 1º da Lei nº 6.024, de 1974.

33. Posteriormente, foi feita uma transferência de ativos e passivos do Banco Econômico para o Excel Banco S/A, da ordem de R\$2,3 bilhões. Ainda durante a intervenção, o interventor firmou com o Banco Central do Brasil sete contratos de abertura de crédito rotativo ao amparo de Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (Proer), e um montante total de R\$5,2 bilhões em valores não atualizados.

34. De se ressaltar que a situação retratada no Voto justificava a liquidação extrajudicial do Banco Econômico, solução que somente foi afastada por importar maiores prejuízos para inúmeros depositantes e poupadores, assim como para todo o Sistema Financeiro Nacional, em razão do abalo que uma medida mais drástica poderia causar, à época, na confiança do conjunto de seus usuários.

35. Assim, optou-se pela intervenção, com vista a estancar o processo de esvaziamento do Banco Econômico e, *incontinenti*, o Banco Central passou a envidar esforços no sentido de encontrar uma solução de mercado que equacionasse os problemas da instituição e permitisse a continuidade das principais operações bancárias das empresas do grupo.

36. Deve-se repisar que, dada a situação da instituição financeira à época, o quadro de possibilidades do agir do administrador público era bastante restrito: ou optava pela intervenção e tentava conseguir a reorganização das operações do Banco Econômico via PROER, o que, de fato, veio a acontecer com a criação do EXCEL ECONÔMICO, transferindo-se ativos e passivos do BANCO ECONÔMICO para a instituição recém-criada, a fim de zelar pela liquidez e solvência do Sistema Financeiro Nacional e preservar o patrimônio de correntistas e poupadores; ou teria de, simplesmente, decretar a liquidação extrajudicial do aludido Banco Econômico, abalando a credibilidade de todo o sistema, com o risco de graves e nefastas consequências para a economia do país.

37. Ora, como é sabido, o ordenamento jurídico atribui ao Banco Central competência para decretar os regimes especiais de que tratam a Lei nº 6.024, de 1974, e o Decreto-Lei nº 2.321, de 1987. Todos eles, entretanto, são traumáticos e, no mais das vezes, de efeitos irreversíveis. Exatamente por isso, o Banco Central do Brasil, atento aos princípios de moderação e necessidade, antes de aplicar qualquer deles, busca verificar se realmente se dá o requisito da inafastabilidade de sua decretação. Examina, em face disso, a credibilidade da instituição no mercado, as consequências que cada regime poderia acarretar para o sistema, o risco de lesão ao patrimônio de correntistas e poupadores etc., para adotar a solução mais adequada ao interesse público e que melhor cumpra o mister de zelar pela liquidez e solvência do sistema financeiro.

38. A decisão sobre que medida adotar entre aquelas possíveis não é ato vinculado, que exclui do administrador qualquer avaliação a respeito de sua conveniência e oportunidade. Óbvio que, na hipótese, existe considerável margem de discricionariedade do Banco Central, quando mais não seja, pelo menos para determinar o momento da decretação e o tipo de regime especial a ser decretado.

39. Registre-se, nesse diapasão, que o Banco Econômico ostentava lugar de destaque entre os bancos privados brasileiros. A decretação da liquidação

extrajudicial de um banco desse porte, naquele momento, antes que a reorganização pudesse ocorrer, poderia conduzir à perda de credibilidade do sistema como um todo, com imprevisíveis consequências, até mesmo sobre as bolsas de valores. Não se trata de argumento *ad terrorem*, mas de factível ocorrência.

40. Por isso é que, prudente e cauteloso, optou o Banco Central por adotar, num primeiro momento, a solução simbolicamente menos impactante da **intervenção** (ATO PRESI nº 352, de 11 de agosto de 1995, publicado no DOU-I de 15/8/1995), tornando mais viável, assim, a operação entre o Econômico e o EXCEL BANCO S/A, realizada ao amparo do recém-criado PROER. A medida, corretamente escolhida, alcançou o resultado a que se destinava: **preservou a credibilidade do sistema financeiro, sem afetar o patrimônio de correntistas e poupadores**, que continuaram dispondo de seus recursos no novo banco criado com a operação realizada ao amparo do PROER, o Banco EXCEL ECONÔMICO.

41. Num segundo momento, depois de esgotado o prazo da intervenção (máximo de um ano, previsto na Lei nº 6.024, de 1974), verificando o Banco Central que não se configurava nenhuma das hipóteses de levantamento do citado regime, decidiu decretar a liquidação extrajudicial do Banco Econômico S/A, sem que a medida extrema, já tendo sido realizada a operação de PROER que criou o EXCEL ECONÔMICO, pudesse mais provocar consequências nefastas para o sistema financeiro nacional e para a economia do país como um todo.

42. Segundo o Voto BCB nº 322, de 7 de agosto de 1996, que autorizou a convalidação do regime de intervenção em liquidação extrajudicial, a situação econômico-financeira da instituição, tendo em conta os ativos e passivos remanescentes, era de extrema precariedade, com as suas reservas financeiras completamente exauridas e elevado passivo a descoberto.

43. A mudança de regime especial foi efetivada pelo Ato Presi nº 561, de 9 de agosto de 1996, que apresentou como motivação a existência de passivo a descoberto e a inviabilidade de normatização dos negócios da empresa, e, como base legal, o art. 1º c/c os arts. 4º, 12, alínea c, 15, § 2º, e 16, da Lei nº 6.024, de 1974.

44. Portanto, em resumo, a medida de intervenção foi tomada justamente porque o Banco Econômico S/A já se encontrava em um estado de total insolvência. Se a Autarquia foi finalmente obrigada a lançar mão da liquidação, o fez em face da absoluta impossibilidade de recuperar o BESA que, em verdade,

já estava quebrado bem antes da intervenção, por obra da gestão temerária de seus controladores e administradores.

45. Desse modo, diante da caótica situação financeira do Banco Econômico S/A à época da intervenção, resta claro o quanto é infundada a afirmação do autor de que o ato administrativo decretado pelo Bacen foi “abrupto e impensado”. Apenas para reforçar a demonstração do estado de total insolvência do BESA, veja-se que o relatório elaborado pela Comissão de Inquérito desta Autarquia concluiu que o prejuízo causado pela instituição financeira aos seus poupadores e investidores, em 1º/8/1995, data da intervenção, era de R\$2.637.858.575,96, cuja responsabilidade solidária foi atribuída aos ex-administradores do Banco Econômico (relatório do inquérito em anexo).

46. O Banco Econômico S/A continua sendo liquidado até hoje pelo Banco Central do Brasil e a sua situação patrimonial atual ainda é de extrema precariedade. Mesmo após a decretação de liquidação extrajudicial na instituição financeira, a liquidanda continua a apresentar uma situação de total insolvência caracterizada por um passivo a descoberto, demonstrando que seus ativos não são suficientes à satisfação total de seus credores.

47. A atual posição contábil (30/11/2010) confirma a situação de insolvência do Banco Econômico S/A, onde se verifica um Passivo a Descoberto da instituição financeira da ordem de R\$14,2 bilhões.

48. Logo, não se afigura cabível que o autor venha neste momento – fundamentado apenas em uma sentença proferida na justiça estadual em autos em que o Bacen sequer foi ouvido – obter um provimento jurisdicional que declare que ato de intervenção decretado pelo Bacen e posteriormente convertido em liquidação extrajudicial (que ainda continua em andamento) é “ilegal” ou “injusto”.

49. A propósito, em relação ao entendimento manifestado pelo autor de que o resultado da ação judicial do Ministério Público da Bahia “demonstrou que a intervenção praticada pelo Banco Central em face do Banco Econômico jamais se justificou”, cumpre tecer os seguintes esclarecimentos abaixo.

50. Em verdade, o fato invocado pelo autor na inicial é o advento de sentença estadual, proferida pela 7ª Vara Cível da Comarca de Salvador, por meio da qual se extinguiu, sem julgamento do mérito, o processo 140.96.535457-8, deflagrado pela ação de responsabilidade prevista no art. 46 da Lei nº 6.024, de

1974, o que acarretou a consequente extinção da respectiva cautelar de arresto 140.96.496944-2, também sem julgamento do mérito, com o levantamento da constrição havida sobre os bens dos ex-administradores do Banco Econômico S/A (Calmon de Sá e outros).

51. Ações como as aludidas, a ordinária de responsabilidade e a respectiva cautelar de arresto, têm de ser propostas obrigatoriamente pelo Ministério Público, a teor do parágrafo único do citado art. 46 da Lei nº 6.024, de 1974, com base no resultado do inquérito realizado pelo Banco Central nos termos dos arts. 41, 42, 43 e 45 da mesma lei.

52. No caso vertente, essa hipótese legal foi justamente a que se verificou. O Banco Central ultimou seu inquérito, com a elaboração do respectivo relatório, no qual concluiu pela existência de elevados prejuízos associados a graves irregularidades perpetradas por ex-administradores do Banco Econômico S/A (BESA), algumas delas passíveis, inclusive, de persecução criminal, conforme registrado na 3ª página de cada uma das referidas sentenças estaduais, que seguem, por cópia, em anexo.

53. O inquérito e o respectivo relatório produzidos por esta Autarquia, então, foram encaminhados ao juízo estadual competente, que dele deu vista ao órgão do Ministério Público, tudo na forma do art. 45 da Lei nº 6.024, de 1974.

54. Desde então, a consequente ação de responsabilidade (140.96.535457-8) e sua cautelar preparatória (140.96.496944-2) seguiram seus cursos processuais, tendo, no polo ativo, o Ministério Público do Estado da Bahia e, no passivo, os ex-administradores do BESA. **O Banco Central jamais foi parte nesses feitos**, que, ademais, correram sob segredo de justiça, como se pode verificar mediante consulta ao *site* da justiça estadual baiana.

55. Contudo, o Ministério Público estadual, provocado a tanto pelo advogado dos ex-administradores do BESA, pediu a extinção dos processos que movera por obrigação legal, sem julgamento do mérito, ao argumento de que o prejuízo causado pelos ex-administradores do BESA teria desaparecido (!), em virtude de um fantasioso superávit patrimonial da respectiva massa liquidanda, **a despeito da resposta apresentada pelo Liquidante do BESA ao *Parquet* estadual à época, e por este desqualificada, no sentido de que a massa ainda não dispunha de um Quadro de Credores final e definitivo, razão pela qual não se poderia afirmar a existência ou não de passivo a descoberto, principalmente antes de**

concluídos e apresentados pelo Banco Central os levantamentos a respeito do valor real de seus créditos (fls. 789/790 da manifestação do MP – em anexo).

56. No entanto, o *Parquet* estadual procurou desqualificar a informação prestada pelo Liquidante no sentido de que não havia como afirmar a existência ou não de passivo a descoberto, principalmente antes de concluídos e apresentados pelo Banco Central os levantamentos a respeito do valor real de seus créditos, escorando-se no raciocínio resumido na seguinte passagem de sua manifestação:

O agora ressalvado pelo Liquidante, no que diz respeito aos levantamentos do valor real dos créditos do Banco Central, ainda em fase de conclusão, remete-nos à máxima de que o direito não socorre aos que dormem. No caso do Banco Central do Brasil em estágio de hibernação contumaz, tendo em vista que decorridos quase seis anos da publicação do Quadro Geral de Credores, ainda não sabe o valor exato dos seus créditos. Deve-se ter em mira que a Lei nº 6.024/1974, nos seus arts. 25 e 26, traz de forma clara e precisa a ritualística para elaboração do Quadro de Credores...

[...]

Dentro dessa ambiência, delimitado que não houve impugnação quanto ao declarado crédito do Banco Central do Brasil, somente agora afirmado pelo próprio a sua inexatidão, o que conseqüentemente não implica em modificação do quadro geral de credores, só possível em decorrência do julgamento de impugnações, acaso interpostas, no prazo de dez dias da publicação do aviso (art. 25 e art. 26, *caput* e § 4º, da Lei nº 6.024/1974).

57. Recapitulando os descaminhos do silogismo postulatório do *Parquet* estadual, tem-se, portanto, que: (1) para concluir pela liberação dos bens dos ex-administradores do BESA, foi preciso defender a extinção dos processos que movera por obrigação legal, sem o julgamento do seu mérito; (2) para concluir por tal extinção, foi preciso afirmar o desaparecimento dos prejuízos causados pelos ex-administradores; (3) para concluir por tal desaparecimento, foi preciso afirmar o superávit patrimonial da massa; (4) para concluir por tal superávit, foi preciso desqualificar a declaração do Liquidante de que seria impossível afirmá-lo, principalmente antes de concluídos e apresentados pelo Banco Central os levantamentos a respeito do valor real de seus créditos; (5) para concluir por essa desqualificação da declaração do Liquidante, foi

preciso defender que o Banco Central não poderia mais alterar o valor dos créditos públicos a seu cargo perante a massa liquidanda.

58. Evidentemente, para trilhar todo esse temerário descaminho silogístico, o Ministério Público estadual teve, ainda, de “ignorar” (1) o regime jurídico especial dos créditos públicos a serem perseguidos pelo Banco Central no contexto da Liquidação do BESA; (2) o fato de, num caso como o do BESA, incidir sobre esse contexto não só a Lei nº 6.024, de 1974, mas as normas do PROER; (3) e teve de “ignorar” até a absoluta incompetência da justiça estadual para julgar a conduta do Banco Central na persecução dos créditos públicos a seu cargo perante a massa liquidanda e a restrita eficácia subjetiva de uma decisão a ser proferida num processo em que a Autarquia não figurou como parte e jamais foi ouvida. Em outros termos, para trilhar sua linha de ideia, o Ministério Público estadual precisou afastar premissas inafastáveis. E não foram só essas. Houve ainda outras.

59. O *Parquet* estadual precisou, por exemplo, como visto no trecho de sua petição transcrito supra, no parágrafo 56 desta petição, “ignorar” até mesmo a incongruência lógico-jurídica de considerar o Banco Central submetido à necessidade de recorrer para si próprio, nos termos dos arts. 24, 25 e 26 da Lei nº 6.024, de 1974,¹ sob pena de preclusão administrativa! Sim, pois a disciplina de recursos administrativos insculpida nos arts. 24, 25 e 26 da Lei nº 6.024, de 1974, essa à qual o MP estadual sustentou que o Banco Central deveria ter-se submetido, sob pena de consumir-se a preclusão administrativa da possibilidade de se levantarem os seus créditos por seu real valor, tem o próprio Banco Central como julgador dos recursos (!), como se estampa no § 3º do art. 26 e no *caput* do

1 Art. 24. Os credores serão notificados, por escrito, da decisão do liquidante, os quais, a contar da data do recebimento da notificação, terão o prazo de dez dias para recorrer, ao Banco Central do Brasil, do ato que lhes pareça desfavorável.

Art. 25. Esgotando o prazo para a declaração de créditos e julgados estes, o liquidante organizará o quadro geral de credores e publicará, na forma prevista no artigo 22, aviso de que dito quadro, juntamente com o balanço geral, se acha afixado na sede e demais dependências da entidade, para conhecimento dos interessados. Parágrafo único. Após a publicação mencionada neste artigo, qualquer interessado poderá impugnar a legitimidade, valor, ou a classificação dos créditos constantes do referido quadro. Art. 26. A impugnação será apresentada por escrito, devidamente justificada com os documentos julgados convenientes, dentro em dez dias, contados da data da publicação de que trata o artigo anterior. § 1º A entrega da impugnação será feita contra recibo, passado pelo liquidante, com cópia que será juntada ao processo. § 2º O titular do crédito impugnado será notificado pelo liquidante e, a contar da data do recebimento da notificação, terá o prazo de cinco dias para oferecer as alegações e provas que julgar convenientes à defesa dos seus direitos. § 3º O liquidante encaminhará as impugnações com o seu parecer, juntando os elementos probatórios, à decisão do Banco Central do Brasil. § 4º Julgadas todas as impugnações, o liquidante fará publicar avisos na forma do artigo 22, sobre as eventuais modificações no quadro geral de credores que, a partir desse momento, será considerado definitivo.

art. 24 da Lei nº 6.024, de 1974, dispositivos esses curiosamente não transcritos na petição ministerial.

60. Portanto, segundo o MP estadual, não tendo o Banco Central recorrido para si próprio, pugnando pelo reconhecimento do valor que considera verdadeiro para os seus créditos perante a massa do BESA, não poderia ele obter mais tal reconhecimento. Assim, baseado nessa teratológica premissa, o MP estadual conclui que nenhum levantamento do real valor dos créditos do Banco Central seria mais válido a essa altura; logo, não poderia mais elidir o suposto estado superavitário da massa liquidanda do BESA; logo, a declaração do Liquidante no sentido de que não se poderia afirmar esse estado superavitário, “principalmente antes de concluídos e apresentados pelo Banco Central do Brasil os levantamentos a respeito do valor real de seus créditos”, não seria procedente; logo, a massa seria definitivamente superavitária; logo, o prejuízo causado pelos ex-administradores do BESA teria “desaparecido”; logo, seus bens poderiam ser liberados.

61. Esqueceu-se o MP, todavia, de que toda essa proatividade na refutação dos atos administrativos do Banco Central só teria sede válida perante a justiça federal e com a presença da Autarquia no processo, por óbvios imperativos de competência e eficácia subjetiva das decisões judiciais.

62. De todo modo, o fato é que, ainda assim, e a despeito das graves e inequívocas conclusões contidas no relatório do inquérito do Banco Central, que deu base à obrigatória propositura das ações de responsabilidade e de arresto pelo MP estadual, bem como a despeito da declaração do Liquidante do BESA no sentido de que a massa ainda não dispunha de um Quadro de Credores final e definitivo, o Juízo estadual da 7ª Vara Cível da Comarca de Salvador acabou por acolher o pedido ministerial, apresentado por provocação dos ex-administradores do BESA, extinguindo os processos em foco sem o julgamento de seu mérito, muito embora com base na complexa premissa de que a massa liquidanda seria superavitária, por ser inválida a atribuição, à massa, da obrigação de pagar os créditos públicos do Banco Central por seu real valor, dada uma suposta preclusão administrativa da possibilidade da Autarquia de buscá-lo.

63. E tudo isso – repita-se também em relação ao juízo estadual – sem sequer a prudência mínima de se ouvir o Banco Central, ou mesmo um perito, antes de se afirmar, peremptoriamente, a premissa decisória do superávit de um patrimônio caracterizado por uma composição extraordinariamente complexa

de ativos e passivos, e em relação ao qual seu Liquidante declarou justamente a impossibilidade de afirmação de superávit.

64. Ou seja, as sentenças cujo advento é agora invocado pelo autor que, em seu entender, demonstra a “ilicitude” do ato de intervenção decretado pelo Bacen no Banco Econômico, foram proferidas, de forma muito curiosa – veja-se que as decisões foram proferidas “sem apreciação do mérito” –, escoradas na tão singela quanto temerária e falsa afirmação de que a massa do BESA seria superavitária. E, assim, foram proferidas, como visto, (1) sem base em nenhuma prova pericial, (2) a despeito da afirmação do Liquidante de que não seria possível afirmar o superávit patrimonial da massa (3) e mediante julgamento da conduta do Banco Central na persecução de seus créditos para com o BESA, inquinada a conduta autárquica de inválida, em razão de suposta preclusão administrativa, mesmo em jamais tendo o Banco Central participado do processo.

65. Assim, exatamente por partirem de uma premissa falsa ou equivocada, qual seja, a de que situação patrimonial da Massa do Banco Econômico S/A seria “superavitária”, as sentenças proferidas na justiça estadual baiana não servem de referência para o julgamento do presente feito.

66. Apenas para corroborar o manifesto equívoco das sentenças proferidas pela justiça estadual baiana, mais uma vez, cabe afirmar que o Banco Econômico S/A ainda continua sendo liquidado pelo Banco Central do Brasil, sendo que a sua situação financeira ainda é de extrema precariedade. A liquidanda continua a apresentar uma situação de total insolvência caracterizada por um passivo a descoberto, demonstrando que seus ativos não são suficientes à satisfação total de seus credores.

67. A atual posição contábil (30/11/2010) confirma a situação de insolvência do Banco Econômico S/A, por meio da qual ainda se verifica um Passivo a Descoberto da ordem de R\$14,2 bilhões, conforme se verifica pelo quadro expedido pelo Deliq – Departamento de Liquidações Extrajudiciais do Banco Central do Brasil:

BANCO ECONÔMICO S/A – Em liquidação Extrajudicial – Valores em R\$ bilhões

ATIVOS/PASSIVOS	NOVEMBRO/2010
MASSA ATIVA	21,2
MASSA PASSIVA	35,4
PASSIVO A DESCOBERTO	(14,2)

68. De todo modo, pelo princípio da eventualidade, ainda que por absurdo se cogitasse acerca de uma suposta “posição superavitária do BESA” no momento em que proferidas as sentenças nas ações de responsabilidade, ainda assim, não se poderia inquirir de “ilegal” ou “injustificável” o ato de intervenção e a liquidação extrajudicial decretada pelo Bacen na instituição financeira. Isto porque estas “medidas excepcionais” atribuídas pela lei ao Bacen visando ao saneamento do Sistema Financeiro Nacional guardam **total autonomia** em relação à ação de responsabilidade movida pelo Ministério Público Estadual.

69. As hipóteses de intervenção e de liquidação extrajudicial vêm previstas nos arts. 2º e 15 da Lei nº 6.024, de 1964, e são as seguintes:

Art. 2º Far-se-á a intervenção quando se verificarem as seguintes anormalidades nos negócios sociais da instituição:

I – a entidade sofrer prejuízo, decorrente da má administração, que sujeite a riscos os seus credores;

II – forem verificadas reiteradas infrações a dispositivos da legislação bancária não regularizadas após as determinações do Banco Central do Brasil, no uso das suas atribuições de fiscalização;

III – na hipótese de ocorrer qualquer dos fatos mencionados nos artigos 1º e 2º, do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945 (lei de falências), houver possibilidade de evitar-se, a liquidação extrajudicial.

Art. 15. Decretar-se-á a liquidação extrajudicial da instituição financeira:

I – *ex officio*:

a) em razão de ocorrências que comprometam sua situação econômica ou financeira especialmente quando deixar de satisfazer, com pontualidade, seus compromissos, ou quando se caracterizar qualquer dos motivos que autorizem a declaração de falência;

b) quando a administração violar gravemente as normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição, bem como as

determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais;

- c) quando a instituição sofrer prejuízo que sujeite a risco anormal seus credores quirografários;
- d) quando, cassada a autorização para funcionar, a instituição não iniciar, nos 90 dias seguintes, sua liquidação ordinária, ou quando, iniciada esta, verificar o Banco Central do Brasil que a morosidade de sua administração pode acarretar prejuízo para os credores.

II – a requerimento dos administradores da instituição – se o respectivo estatuto social lhes conferir esta competência ou por proposta do interventor, expostos circunstanciadamente os motivos justificadores da medida.

§ 1º O Banco Central do Brasil decidirá sobre a gravidade dos fatos determinantes da liquidação extrajudicial, considerando as repercussões deste sobre os interesses dos mercados financeiro e de capitais e, poderá, em lugar da liquidação, efetuar a intervenção, se julgar esta medida suficiente para a normalização dos negócios da instituição, e preservação daqueles interesses.

§ 2º O ato do Banco Central do Brasil, que decretar a liquidação extrajudicial, indicará a data em que se tenha caracterizado o estado que a determinou, fixando o termo legal da liquidação que não poderá ser superior a 60 (sessenta) dias contados do primeiro protesto por falta de pagamento ou, na falta deste, do ato haja decretado a intervenção ou liquidação.

70. Já a ação de responsabilidade prevista no art. 46 da Lei nº 6.024, de 1974, tem outra finalidade, pois visa apurar a responsabilidade dos administradores das instituições financeiras e deve ser proposta obrigatoriamente pelo Ministério Público Estadual, a teor do parágrafo único do citado art. 46 da Lei nº 6.024, de 1974, com base no resultado do inquérito realizado pelo Banco Central nos termos dos arts. 41, 42, 43 e 45 da mesma lei.

71. A extinção de processos exaltada pelo autor na exordial nada tem a ver com qualquer conclusão sobre a existência das irregularidades apuradas pelo Bacen no momento da decretação da intervenção.

72. Veja-se que os motivos ensejadores da intervenção e da liquidação extrajudicial são independentes em relação à ação de responsabilidade movida pelo MP nos termos do parágrafo único do art. 46 da Lei nº 6.024, de 1964. Desta forma, mesmo que fosse verdadeira a solidez patrimonial do BANCO ECONÔMICO S/A no momento em que a sentença foi proferida na ação de responsabilidade, o fato

de ter apresentado graves problemas de desequilíbrios financeiros no ano de 1994 já era motivo suficiente para acarretar o decreto de intervenção.

73. Portanto, verifica-se que a atuação do Banco Central objetivou o saneamento do Sistema Financeiro Nacional. No caso, relembre-se que a Comissão de Inquérito instituída pela Lei nº 6.024, de 1974, concluiu pela existência de prejuízos a terceiros que, na data da intervenção, somavam o incrível montante de R\$2.637.858.575,96, cuja responsabilidade solidária foi atribuída aos ex-administradores do próprio Banco Econômico S/A conforme a gestão mostrada no Relatório Final do Inquérito (doc. anexo).

74. As medidas de saneamento de que cuida a Lei nº 6.024, de 1974, eram imprescindíveis naquela conjuntura, e o Banco Central do Brasil seguiu à risca sua missão de zelar pela liquidez e solvência do Sistema Financeiro Nacional.

75. E, nesse mister de zelar pela liquidez e solvência do Sistema Financeiro Nacional, teve presente a Autarquia o fato de que se faz necessário verificar as repercussões que a decretação ou não decretação de um regime dessa natureza poderia provocar no sistema como um todo.

76. Despiciendo dizer que o Sistema Financeiro Nacional (como qualquer outro sistema financeiro do mundo) e o mercado bursátil são extremamente sensíveis a abalos dessa ordem, pela própria natureza da atividade desenvolvida pelas instituições que os compõem.

77. Ora, o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil são obrigados a zelar pela estabilidade da moeda e pelo equilíbrio do Sistema Financeiro Nacional, prevenindo ou corrigindo distorções que possam comprometê-los, como consta expressamente da Lei nº 4.595, de 1964, art. 3º, incisos II e VI, *verbis*:

Art. 3º A política do Conselho Monetário Nacional objetivará:

[...]

II – Regular o valor interno da moeda, para tanto prevenindo ou corrigindo os surtos inflacionários ou deflacionários de origem interna ou externa, as depressões econômicas e outros desequilíbrios oriundos de fenômenos conjunturais;

[...]

VI – Zelar pela liquidez e solvência das instituições financeiras;
(Realçou-se)

78. Por isso, o Banco Central do Brasil, executor da política do Conselho Monetário Nacional, que tem a incumbência legal de zelar pela liquidez e solvência do sistema financeiro, guardião institucional da moeda, para evitar o agravamento dos desequilíbrios oriundos de fenômenos conjunturais que se abateram sobre o mercado financeiro naqueles dias, teve necessidade de haver-se com extrema firmeza e senso de oportunidade na condução do problema do Banco Econômico S/A.

79. Portanto, perfeitamente válido e eficaz o decreto de liquidação extrajudicial, sendo improcedente o pedido indenizatório do autor com base em suposta nulidade do ato administrativo questionado.

80. Na verdade, em último caso, o que se verifica é que a pretensão do autor, data máxima vênua, é obter indenização de prejuízos sofridos em decorrência de sua própria má-gestão à frente do Banco Econômico S/A.

81. Especificamente sobre o caso do Banco Econômico S/A, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sabiamente, entendeu que o Banco Central do Brasil não pode ser responsável pelas supostas fraudes cometidas pelos administradores daquela instituição financeira, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. INTERVENÇÃO/LIQUIDAÇÃO DO BANCO ECONÔMICO. DANO MORAL SOFRIDO POR EMPREGADO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO FISCALIZATÓRIA DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. RESPONSABILIDADE CULPOSA. PROVA DO DANO. NEXO DE CAUSALIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. Segundo cediça jurisprudência, a responsabilidade do Estado por omissão não é objetiva, dependendo da demonstração de dolo ou culpa.

2. (*omissis*).

3. O que levou o Grupo Econômico à liquidação extrajudicial foi a má-gestão de seus administradores, que descumpriram as leis e enganaram os investidores, e não a fiscalização do Banco Central do Brasil ou a ausência dela.

4. O Poder Público, no exercício de seu poder de polícia sobre o mercado de capitais, tem o dever de fiscalizar, mas não o de se responsabilizar pelas fraudes cometidas pelos gestores de instituições financeiras, muito menos o de garantir os lucros da especulação financeira e a honorabilidade dos funcionários dessas instituições.

5. (*omissis*).

6. (*omissis*).

7. Apelação improvida. (AC 273164. TRF-4ª Região. Terceira Turma. Relator: Sérgio Renato Tejada Garcia. Decisão: 29/6/2000. D.J.: 6/9/2000. p. 183) (Destacou-se)

82. Portanto, sendo certo que o Banco Central do Brasil agiu no seu estrito mister de zelar pelo liquidez do Sistema Financeiro Nacional, requer-se sejam julgados improcedentes os pedidos do autor.

V – DA NATUREZA DISCRICIONÁRIA DA DECRETAÇÃO DA INTERVENÇÃO E DA LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL

83. Uma das principais faces da competência de supervisão do Sistema Financeiro Nacional cometida ao Banco Central do Brasil² consiste no dever de atuar na proteção e no saneamento do mercado, ora buscando minimizar os efeitos da insolvência de uma instituição financeira, ora atuando para evitar que graves irregularidades por ela praticadas (indisciplina) causem danos aos demais agentes desse sistema ou à economia como um todo.

84. Dentro desse contexto, concebeu-se a criação de um sistema jurídico especial, com finalidades próprias, como bem destacou Rachel Sztajn:

Não é de se estranhar, portanto, que, na década de 70, apercebendo-se das mudanças sociais e desenhando a criação de um mercado de capitais visando ao crescimento econômico mediante estímulo à industrialização, se buscasse nova disciplina para a crise de instituições financeiras, cujo papel adquire destaque no cenário idealizado pelo governo federal. Nesse campo, a tutela dos mercados assume maior relevo e deve ser controlada mais intensamente. Dessa forma, se a legislação falimentar estava voltada para a tutela dos credores diretamente e, apenas de forma marginal, para a tutela dos mercados, no caso das instituições financeiras, o fundamento específico para prevenir, controlar e resolver rapidamente as crises está, não na tutela do outro comerciante, mas na de poupadores, depositantes e aplicadores que, acreditando na solidez das instituições que

² Arts. 10, IX e X, e 11, III e VII, da Lei nº 4.595, de 1964.

deveriam zelar pela guarda e manutenção de seus recursos, podem ser deles despojados em virtude de ação administrativa temerária.

[...]

Mercados são estruturas ou superestruturas que tornam a troca econômica eficiente. Imperfeições de mercado alteram a eficiência alocativa dos recursos e acabam por reduzir o bem-estar da coletividade. A importância do sistema financeiro e suas instituições para a organização dos mercados é tal que preservar a credibilidade das instituições passa a constituir objeto por si mesmo. (SZTAJN, 1999, p. 219 e 220)

85. Esse regime legal da insolvência e da indisciplina das instituições financeiras centrou-se na Lei nº 6.024, de 1974, que “representou um marco na legislação relativa ao Sistema Financeiro Nacional, dotando o Banco Central do Brasil de um poderoso instrumento de controle sobre os participantes do mercado” (TURCZYN, 2005, p. 206), atribuindo à Autarquia a função de avaliar cada situação fática envolvendo instituição financeira com problemas e determinar a medida cabível (liquidação extrajudicial ou intervenção), em conformidade com os motivos descritos na lei (hipótese de incidência).

86. Cumpre lembrar o que dispõem os arts. 2º e 15 da Lei nº 6.024, de 1964:

Art. 2º Far-se-á a intervenção quando se verificarem as seguintes anormalidades nos negócios sociais da instituição:

I – a entidade sofrer prejuízo, decorrente da má administração, que sujeite a riscos os seus credores;

II – forem verificadas reiteradas infrações a dispositivos da legislação bancária não regularizadas após as determinações do Banco Central do Brasil, no uso das suas atribuições de fiscalização;

III – na hipótese de ocorrer qualquer dos fatos mencionados nos artigos 1º e 2º, do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945 (lei de falências), houver possibilidade de evitar-se, a liquidação extrajudicial.

Art. 15. Decretar-se-á a liquidação extrajudicial da instituição financeira:

I – *ex officio*:

a) em razão de ocorrências que comprometam sua situação econômica ou financeira, especialmente quando deixar de satisfazer, com pontualidade, seus compromissos ou quando se caracterizar qualquer dos motivos que autorizem a decretação de falência;

- b) quando a administração violar gravemente as normas legais e estatutárias que disciplinem a atividade da instituição, bem como as determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais;
- c) quando a instituição sofrer prejuízo que sujeite a risco anormal seus credores quirografários;
- d) quando, cassada a autorização para funcionar, a instituição não iniciar, nos 90 (noventa) dias seguintes, sua liquidação ordinária, ou quando, iniciada esta, verificar o Banco Central do Brasil que a morosidade de sua administração pode acarretar prejuízo para os credores.

87. Da simples leitura já se percebe que os artigos contêm diversos termos que recobrem conceitos vagos, dotados de imprecisão, como “má administração”, “anormalidades”, “ocorrências que comprometam sua situação econômica ou financeira”, “violar gravemente as normas legais e estatutárias”, “prejuízo que sujeite a risco anormal” e “a morosidade de sua administração pode acarretar prejuízo para os credores”. São tipificações que exigem certa apreciação subjetiva para definição de seu conteúdo. Portanto, não resta dúvida quanto à natureza discricionária da decretação da intervenção e da liquidação extrajudicial em relação ao motivo do ato, que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, é “o pressuposto de fato que autoriza ou exige a sua prática” (MELLO, 2004, p. 363).

88. A doutrina reforça o entendimento de que liquidação extrajudicial, intervenção e RAET são instrumentos que, em pé de igualdade, compõem a política de fiscalização do Banco Central sobre as instituições do Sistema Financeiro Nacional, embora cada um tenha suas peculiaridades, que os tornam mais adequados para determinada situação, o que, mais uma vez, envolve a competência decisória discricionária da Autarquia. Destaque-se a seguinte lição:

47. Com efeito, agora são três as modalidades de regime especial que podem ser impostas às instituições financeiras: a intervenção, a liquidação extrajudicial e a administração especial temporária. A intervenção constitui medida de natureza cautelar, adotada com o objetivo de sustar a continuidade da prática de irregularidades e afastar situação de risco patrimonial, com a normalização dos negócios da empresa. Por seu turno, a administração especial temporária, executada por um conselho diretor nomeado pelo Banco Central, com plenos poderes de gestão,

não afeta o curso regular dos negócios da empresa nem seu normal funcionamento [...]. Já a liquidação extrajudicial consiste em medida de natureza mais drástica, destinada a promover a extinção da empresa em razão do comprometimento de sua situação econômica ou financeira e do cometimento de infração grave às normas que regem a atividade bancária. (SIQUEIRA *apud* SADDI, 1999, p. 100) (grifamos)

89. Verifica-se, pois, tratar-se de exercício de seu poder discricionário. Ensina Hely Lopes Meirelles (2001, p. 102): “Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência e oportunidade”.

90. Assim, adentrar essa seara implicaria invasão do Judiciário em esfera de competência do Poder Executivo, o que é vedado por cláusula pétrea constitucional (art. 2º). E a melhor solução encontrada ao caso concreto foi justamente a decretação da intervenção e posterior convalidação em liquidação extrajudicial, não cabendo ao Judiciário se imiscuir em análise do mérito de ato administrativo.

91. Nesse contexto, para que seja declarada a ilegalidade da intervenção decretação da liquidação extrajudicial, imprescindível a demonstração e a comprovação cabal de que o Banco Central extrapolou os ditames legais pertinentes.

92. Contudo, conforme já dito, a parte autora sequer indica os fatos e fundamentos de direito a ensejar o pedido de indenização pela alegada indevida intervenção no Banco Econômico S/A. Ao Banco Central não conseguiu imputar qualquer desobediência a suas atribuições legais, que estão delimitadas nas Leis nº 4.595, de 1964, e nº 6.024, de 1974. Limitou-se a narrar fatos e interpretá-los a sua maneira, sem fazer a subsunção daqueles à norma legal, como se lhe exige o art. 295, parágrafo único, I e II, do Código de Processo Civil.

93. Ora, se a parte autora sustenta a ilegalidade da decretação e a ocorrência de prejuízos de ordem material e moral, tem o ônus de apontar qual a norma legal infringida pela Autarquia, o que não logrou fazer em nenhum momento de sua extensa vestibular.

94. Por mais essas razões, requer-se seja julgado improcedente o pedido do autor.

VI – DA AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS À RESPONSABILIZAÇÃO DO BACEN

95. Pleiteia o autor a condenação do Banco Central do Brasil ao pagamento de indenização por danos emergentes, materiais e morais, sob o fundamento de que esta Autarquia, ao decretar a intervenção no Banco Econômico S/A, teria incorrido em prática de ato ilícito. Sustenta o referido pleito nos arts. 186, 187, 402 e 927, todos do Código Civil.

96. Nesse contexto, necessário destacar que o tipo de responsabilidade imputada pelo requerente ao Banco Central é a responsabilidade civil subjetiva, porquanto fundamenta o pedido indenizatório na Lei Civil, cuja regra é justamente a responsabilização subjetiva, ou seja, aquela que necessita de demonstração e comprovação de culpa (*lato sensu*), nos termos do art. 927 do Código Civil.

97. É cediço que a responsabilidade civil subjetiva surge com a ocorrência de quatro pressupostos necessários: a) que haja uma ação ou omissão por parte do agente; b) que haja ocorrido efetivo dano; c) que a conduta seja causa do dano experimentado pelo prejudicado (nexo causal); e d) que o agente tenha agido com culpa ou dolo.

98. A ausência de um desses pressupostos faz desaparecer por completo o dever de indenizar. No caso em tela, o autor não demonstrou nenhum dos quatro pressupostos autorizadores da responsabilidade civil.

99. Não soa razoável a pretensão de responsabilizar o Banco Central por ter justamente cumprido o determinado em lei; ou seja, ter decretado a intervenção e o regime de liquidação extrajudicial; uma vez configurados os pressupostos fáticos descritos em lei à decretação do regime, não poderia a Autarquia fugir ao cumprimento legal.

100. Os motivos determinantes da decretação da intervenção e da liquidação extrajudicial no Banco Econômico S/A encontram-se claramente descritos no tópico IV desta contestação e no Relatório Final da Comissão de Inquérito (doc. em anexo), o qual concluiu pela existência de elevados prejuízos associados a graves irregularidades perpetradas por ex-administradores do Banco Econômico S/A (BESA), algumas delas passíveis, inclusive, de persecução criminal.

101. O Banco Central, cumprindo estritamente seu dever-poder legal, retirou do mercado instituição que se mostrava nociva à economia popular, instituição que, em 1º/8/1995, data da intervenção, já havia causado R\$2.637.858.575,96 de prejuízo aos seus poupadores. Portanto, perceptível a inexistência de qualquer ilicitude do ato praticado por essa Autarquia, nos termos do art. 188, I, do Código Civil.

102. Ora, a fiscalização e a liquidação procedidas pelo Banco Central, no estrito cumprimento de suas atribuições legais, não podem ser fontes de pedidos de indenização, inclusive por “danos morais”, por parte de instituições financeiras e seus administradores. Imagine-se o absurdo se cada instituição fiscalizada e seus administradores reclamassem danos morais toda vez que o Banco Central exercesse suas atribuições legais.

103. Assim, não existindo qualquer ato ilícito desta Autarquia, resta prejudicado o pedido indenizatório, porquanto a existência de ato antijurídico constitui pressuposto indispensável da responsabilidade civil extracontratual.

104. Quanto ao nexo causal, fica claro que qualquer eventual dano porventura causado ao autor iniciou-se na sua própria inabilidade (juntamente com os demais ex-diretores) em não conseguir reverter materialmente a contento e a tempo sua atuação no mercado, resultante do risco que assumiram ao decidirem não atuar de acordo com as regras legais e descumprindo seus compromissos. Assim, o suposto dano alegado pela parte autora não adveio de uma ação ou omissão do Bacen, mas sim de sua própria má-administração frente ao Banco Econômico S/A, não tendo como se responsabilizar essa Autarquia por tal fato.

105. Logo, não se vê preenchido o requisito do nexo causal entre o alegado dano e o ato desta Autarquia, visto que a teoria adotada em nosso ordenamento jurídico quanto ao nexo de causalidade é a teoria do **dano direto e imediato**, pela qual só se admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa.

106. Sobre o assunto, confira-se as palavras do Ministro Moreira Alves, da Colenda Corte Suprema, Relator do RE 130.764/PR, in RTJ. 143, páginas 270 a 287, *verbis*:

A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no art. 107 da Emenda Constitucional nº 1/69 (e, atualmente, no § 6º do

art. 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros.

[...] Inobstante o caráter objetivo, a responsabilidade civil do Estado inculpada neste artigo, não se aplica às cegas, admite abrandamentos, pois não acolheu a teoria do risco integral [...].

[...] A *contrario sensu*, como destacou o eminente Ministro Thompson Flores no precedente invocado, seria admitir a teoria do risco integral, forma radical que obriga a Administração a indenizar sempre, e que, pelo absurdo, levaria Jean Defroidmont a cognominar de brutal.

[...] Sem ligação entre o proceder do agente e dos resultados atingidos, não há nexo de causa e efeito, nem dano a reparar [...]

[...] Entender-se de outro modo, estaria sendo extravasado o limite da responsabilidade objetiva, imputando-se à Administração uma responsabilidade ressarcitória fora dos parâmetros da causalidade em afronta ao estatuído na Constituição Federal.

[...] A falta de estabelecimento de parâmetros adequados e a adoção da teoria do risco integral como dito anteriormente, poderia representar para o Estado a assunção de uma responsabilidade ilimitada que conduziria ao absurdo de torná-lo responsável por todos os eventos lesivos de que fossem vítimas os cidadãos, porque entre os deveres do Estado está o de zelar pela segurança deles.

107. A teoria do dano direto e imediato só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção desse, não haja concausa sucessiva.

108. Portanto, se algum dano houve, este decorreu de culpa exclusiva dos administradores do BANCO ECONÔMICO S/A, pela má gerência. Assim, resta excluída a responsabilidade da Administração, face à culpa exclusiva de terceiros, que, conseqüentemente, exclui o nexo de causalidade entre o dano e a atividade do Estado.

109. Além disto, cumpre destacar que o afastamento do autor das suas funções de diretor do Banco Econômico S/A não decorreu de mera liberalidade do Banco Central e sim em decorrência de **imposição legal**, nos termos do art. 50 da Lei nº 6.024, de 1964:

Art. 50. A intervenção determina a suspensão, e, a liquidação extrajudicial, a perda do mandato, respectivamente, dos administradores e membros do Conselho Fiscal e dos de quaisquer outros órgãos criados pelo estatuto, competindo, exclusivamente, ao interventor e ao liquidante a convocação da assembleia geral dos casos em que julgarem conveniente. (Grifei)

110. Assim, também por este motivo, não há que se falar em nexo de causalidade entre o ato de decretação da intervenção e os supostos danos alegados pelo autor.

111. Ainda houvesse elementos doutrinários que pudessem amparar a tese sustentada na inicial, estariam eles contidos na denominada teoria do risco integral, que busca imputar responsabilidade ao Estado, ainda nos casos em que haja culpa concorrente ou exclusiva ou mesmo dolo da vítima. Todavia, esta teoria recebeu merecidas críticas da doutrina, como a que seguir se transcreve:

A teoria do risco integral é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de dolo ou culpa da vítima. Daí porque foi acimada de “brutal”, pelas graves consequências que haveria de produzir, se aplicada [...]

112. Em repúdio à teoria do risco integral, a jurisprudência vem exigindo a perfeita demonstração da relação de causalidade entre o ato da Administração Pública e o dano sofrido, causalidade esta que não existe no caso.

113. A jurisprudência já é pacífica no sentido de que o BACEN não é responsável pela quebra de instituições financeiras ou pelos danos daí decorrentes, nem mesmo quando há regime especial de intervenção ou liquidação extrajudicial:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. GRUPO COROA ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO LTDA. PREJUÍZOS CAUSADOS A INVESTIDORES. FISCALIZAÇÃO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. NEXO CAUSAL. RESPONSABILIDADE CIVIL.

1. A responsabilidade civil extracontratual do Bacen decorrente de comportamento omissivo frente a ato de sua atribuição é subjetiva. Logo, tal responsabilidade somente ocorre no caso de o ente público atuar de forma omissa, quando a lei lhe imponha o dever de impedir o evento lesivo.

2. **Em se tratando de responsabilidade subjetiva, há necessidade de causa determinante do dano, ou seja, nexó causal entre a conduta e o resultado.**

Na espécie, a eventual falta de fiscalização do Banco Central do Brasil não teria o condão de levar o Grupo Coroa à bancarrota ou evitar os prejuízos causados a seus investidores.

3. A obtenção de altos lucros decorrentes do pagamento de taxas de juros especulativas pressupõe riscos também elevados. Assim, o investidor que elege tais aplicações corre, de fato, o risco de perdas, não sendo razoável atribuir ao ente público a responsabilidade por prejuízos financeiros advindos da culpa in eligendo do investidor.

4. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 242513/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/5/2005, DJ 1º/7/2005 p. 460).
(Destacou-se)

DIREITO ADMINISTRATIVO. NULIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. BACEN. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DESCABIMENTO.

1. A matéria em debate diz respeito ao pedido de declaração de nulidade da liquidação extrajudicial do BANCO MAXI-DIVISA S.A., da SHECK CORRETORA e da DIVISA FACTORING, promovida pelo BANCO CENTRAL DO BRASIL-BACEN, por alegada violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, além de ressarcimento pelos danos morais e materiais que os ora Apelantes alegam ter sofrido.

2. Verifica-se, conforme demonstram as peças adunadas aos autos, que durante o processo administrativo foi concedida oportunidade da ampla defesa e do contraditório aos Recorrentes, sendo que os fatos revelam-se desfavoráveis ao pleito dos Apelantes. Assim, **não há vislumbre de violação a nenhum dos princípios constitucionais apontados.**

3. De acordo com a análise bem detalhada realizada pelo BACEN e do robusto conjunto probatório contido nos autos, não resta qualquer dúvida quanto à prática de irregularidades pelos Apelantes, os quais devem submeter-se às sanções legais cominadas aos atos praticados, descabendo considerar a nulidade dos atos administrativos necessários e imprescindíveis à correção e ao ressarcimento ao Erário dos recursos públicos recebidos.

4. Apelação não provida.

(TRF 2ª Região, 8ª Turma, AC nº 1999.51.01.022615-6, Relator GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, j. 13/3/2007, v.u.,).
PROCESSUAL CIVIL. CDC. ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS. FALÊNCIA. BACEN. FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE. NULIDADE DA SENTENÇA.

A incidência do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto não desonera a parte autora de produzir as provas constitutivas do direito pleiteado. Presentes os requisitos essenciais de validade da sentença. Preliminares rejeitadas.

O dever de fiscalizar, por si só, não implica a responsabilidade do BACEN pelos danos causados ao consumidor, decorrentes da falência de administradora de consórcios ou instituição financeira. (precedente do STJ).
Mantida a sentença, na qual foi extinto o processo sem resolução de mérito, nos moldes do art. 267, VI, do CPC.

(TRF 4ª Região, 4ª Turma, AC nº 2006.70.00.023093-9/PR, Relator Des. Federal EDGARD ANTÔNIO LIPPMANN JÚNIOR, j. 13/10/2008, v.u., D.E. 18/11/2008).

114. No que diz respeito às alegações de ocorrência do supostos danos materiais e morais, também não merecem prosperar, tendo em vista que se trata apenas de danos **hipotéticos**.

115. No que tange aos “danos materiais” e aos “danos emergentes”, o autor afirmou na inicial que, em face da “injusta atitude praticada pelo Banco Central”, foi afastado de suas funções, deixando de receber o seu salário mensal no Banco Econômico S/A, que, à época da intervenção, em 1º/8/1995, beirava os R\$28.000,00. Em razão disto, pleiteia indenização correspondente à remuneração que auferia mensalmente, desde à época em que foi decretada a intervenção (1º/8/1995) até a data em que completaria 65 anos de idade (julho/2011), devidamente atualizada.

116. A pretensão não merece prosperar.

117. De início, registre-se, apesar de ter informado que seu salário mensal era de aproximadamente R\$28.000,00 e que recebia por ano quase que o equivalente a US\$500.000 (quinhentos mil dólares americanos), o autor não conseguiu comprovar o alegado. Ainda que ele tenha afirmado que a sua remuneração restou comprovada nos autos da ação reclusória movida em face

do Banco Econômico S/A, caberia a ele provar, **nesta demanda**, em razão da impossibilidade de se aplicar os efeitos subjetivos daquela ação em face do Bacen, que os salários recebidos por ele eram aqueles descritos na inicial. Não tendo provado, ficam, desde já, impugnados os cálculos descritos na peça introdutória.

118. Além disto, veja-se que para pedir a indenização correspondente à remuneração mensal que recebia até **a data em que completaria 65 anos de idade** (julho/2011), o autor partiu da certeza de que permaneceria trabalhando na instituição financeira até esta idade.

119. Ocorre que, independentemente da decretação da intervenção, nada, nem ninguém, poderia garantir que o autor permaneceria na **função** e na **instituição financeira** até os 65 anos de idade. Por ser empregado de uma instituição de natureza privada, o autor, diferentemente da situação dos servidores públicos, não **gozava da estabilidade no emprego**.

120. Se levarmos em consideração que o autor era empregado de uma instituição bancária, onde a busca incessante pelos resultados e a pressão pelo cumprimento de metas provoca, não raras vezes, a troca periódica de seus funcionários, tem-se que a garantia do autor no emprego e na função que ele ocupava era ainda menor.

121. Portanto, não havia garantia nenhuma de que o autor continuaria trabalhando na função e na instituição financeira até completar 65 anos de idade. Desta forma, os danos em que o autor se baseia para pedir a indenização são puramente **hipotéticos**, e, desta forma, de acordo com a melhor doutrina e a jurisprudência, não devem ser indenizáveis.

122. O dano hipotético é aquele no qual os ônus podem, ou não, ser suportados, sendo dependentes de um elemento futuro e incerto, como no presente caso.

123. Na ocorrência de indenização por danos materiais hipotéticos ou inexistentes, inevitavelmente, estará ocorrendo o caso de enriquecimento ilícito pelo suposto lesado.

124. É o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça no seguinte julgamento de Recurso Especial, sendo Relator o Min. Demócrito Reinaldo, *verbis*:

Para viabilizar a procedência da ação de ressarcimento de prejuízos, a prova da existência do dano efetivamente configurado é pressuposto

essencial e indispensável. Ainda que se comprove a violação de um dever jurídico, e que tenha existido culpa ou dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, desde que, dela, não tenha decorrido prejuízo. A satisfação, pela via judicial, de prejuízo inexistente implicaria, em relação à parte adversa, em enriquecimento sem causa. O pressuposto da reparação civil está, não só na configuração de conduta contra jus, mas, também, na prova efetiva dos ônus, já que não se repõe dano hipotético. (STJ – 1ª T – j.23.05.94 – RSTJ 63/251). (Destacou-se)

125. Nesse caso, aplica-se o entendimento jurisprudencial, *verbis*:

É excluído de reparação o dano meramente hipotético, eventual ou conjuntural, isto é, **aquele** que pode não vir a concretizar-se (TJSP – 3ª C. Dir. Privado – Ap. – Rel. Ênio Zuliani – j. 11/6/1996 – JTJ LEX 182/79)

126. Assim, se os supostos danos alegados pelo autor são puramente hipotéticos, não há o menor cabimento em se acolher o pedido indenizatório.

127. Quanto aos alegados danos morais, melhor sorte não tem o autor, não apenas porque ele não pode decorrer de atuação perfeitamente lícita da Autarquia, mas também porque os dissabores vividos pelo autor, como ex-administrador são inerentes a sua posição no mercado.

128. Não faz sentido agora, em fase falimentar do Banco Econômico S/A, alegar a ocorrência de danos morais que são resultantes de sua própria incúria como administrador da instituição financeira, não podendo esses dissabores serem imputados à atuação do Banco Central do Brasil.

129. Além disto, conforme foi mencionado acima, inexistente no caso concreto ato ilícito praticado pelo Banco Central do Brasil que possa sujeitá-lo ao dever de indenizar por danos morais.

130. Por essa razão, os tribunais pátrios, reiteradamente, têm decidido:

PROCESSO – Litigância de má-fé – Indenização por dano moral pretendida. Inadmissibilidade – Falta de prova de sua existência – **Impossibilidade de serem indenizáveis danos meramente imaginários**, devidos somente os honorários e as despesas efetuadas pela parte lesada – Aplicação dos arts. 16 e 18 do CPC.

O art. 18 do CPC define quais as perdas e danos referidas no art. 16 do

mesmo estatuto pelas quais responde o litigante de má-fé. Consistem elas em três partes: os prejuízos sofridos, os honorários de advogado e as despesas que efetuou a parte lesada.

Quanto aos prejuízos, são eles os havidos nos bens ou negócios da parte – enfim, o que esta perdeu e o que deixou de ganhar. É necessário que essas perdas e danos tenham efetivamente acontecido, pois **não se indenizam danos meramente imaginários**. Ou seja, os **danos morais não podem ficar apenas no plano da mera alegação de existência**, como se, definida a litigância de má-fé, a indenização seja invencível por força de inequívoca relação de causalidade. É mister, portanto, sejam eles comprovados quanto à sua existência, mesmo que não determinado desde logo seu valor.

Caso não comprovadas as perdas e danos, responde o litigante de má-fé somente pela verba honorária e pelas despesas efetuadas pela parte lesada. (RT 650/128)

131. Assim é que ao Direito só importam fatos relevantes, dotados de antijuricidade, geradores da responsabilidade civil. E, para que a ofensa dentro de sua valoração objetiva seja indenizável, **é necessário que se trate de dano moral efetivo**, isto é, injusto, real, grave, de considerável valor, a merecer proteção jurídica.

132. Como pode o requerente afirmar que sofreu algum dano moral em razão da atuação legítima do Banco Central?

133. Ademais, para haver a responsabilização civil, deve haver o nexo de causalidade entre o ato praticado pela Administração Pública e os supostos danos morais sofridos, o que não ocorre no caso destes autos.

134. Portanto, a única conclusão a que se chega é que o pedido de indenização por danos morais deve também ser julgado improcedente.

VII – JUROS DE MORA DA FAZENDA PÚBLICA

135. Embora nada seja devido pelo BACEN, apenas em atenção ao princípio da eventualidade é de rigor ressaltar que, a partir de 30/6/2009, a redação do art. 1.º-F da Lei nº 9.494, de 1997, foi alterada pela Lei nº 11.960, de 2009, passando a reger a **forma de atualização das condenações de qualquer natureza impostas à Fazenda Pública**:

Art. 1.º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

VIII – CONCLUSÃO

136. Ante o exposto, o BANCO CENTRAL DO BRASIL requer seja a demanda extinta sem resolução de mérito em razão das preliminares apontadas, com fundamento no art. 267, I, c/c art. 295, I, do Código de Processo Civil.

137. Caso superadas, o que se admite apenas por argumentar, requer-se seja reconhecida a prescrição, extinguindo-se o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil.

138. Por fim, caso não seja reconhecida a ocorrência da prescrição, requer sejam rejeitados os pedidos do autor.

139. O BACEN demonstrará a veracidade do quanto aduziu por todos os meios necessários e oportunos.

Nesses termos,
Pede deferimento.

Curitiba, 14 de fevereiro de 2010.

Mateus Beraldo Romão

Procurador

Liliane Maria Busato Batista

Procuradora-Chefe

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.



BANCO CENTRAL DO BRASIL

