

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Volume 5 – Número 2
Dezembro 2011



**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, 2011.

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 5 • Número 2 • Dezembro 2011

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
Volume 5 • Número 2 • Dezembro 2011

© 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 (Faculdade Getulio Vargas, SP)
Camila Villard Duran (Faculdade 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)
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 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)

Rubens Beçak (Universidade de São Paulo)
Valdinei Tomiatto (Banco Central, PR), *in memoriam*
Vicente Bagnoli (Universidade Presbiteriana Mackenzie)
James Ferrer (George Washington University, EUA)
Raúl Aníbal Etcheverry (Universidad de Buenos Aires, Argentina)
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

Procurador-Geral Adjunto

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer

Procuradora-Chefe da Coordenação-Geral de Processos de Contencioso Administrativo e Consultoria de Regimes Especiais

Eliane Coelho Mendonça

Procurador-Chefe da Coordenação-Geral de Consultoria Internacional e Monetária

Lucas Alves Freire

Subprocurador-Geral Chefe de Gabinete do Procurador-Geral

Marcel Mascarenhas dos Santos

Subchefe de Gabinete do Procurador-Geral

Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos

Subprocurador-Geral da Câmara de Consultoria Bancária e Regulação Geral

Ailton Cesar dos Santos

Procuradora-Chefe da Coordenação-Geral de Processos de Consultoria Bancária e de Normas

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

Subprocurador-Geral da Câmara de Contencioso Judicial e Execução Fiscal

Luiz Ribeiro de Andrade

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

Milton Zanina Schelb

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

Niraldo Faria Baldini

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

Cassiomar Garcia Silva

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

Procuradora-Chefe do Centro de Estudos Jurídicos
Conceição Maria Leite Campos Silva

Procuradora-Chefe da Assessoria de Gestão Estratégica
Alessandra Barros Monteiro

Procurador-Chefe do Banco Central no Distrito Federal
Amilcar Ramirez Figueiredo M. de Lemos

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

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

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

Sumário

Editorial

Apresentação
Isaac Sidney Menezes Ferreira _____ 15

Nota da Edição
Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar _____ 17

Artigos

O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos: por uma conformação constitucionalmente adequada
Lucas Nogueira Israel _____ 21

O Poder Normativo do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central diante do Artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988
Camila Neves Willhelm _____ 51

A Regulação do Mercado Financeiro e a Necessária Intervenção Estatal na Autonomia Privada
Tomás Lima de Carvalho _____ 77

Is Our Monetary Structure a Systemic Cause for Financial Instability? Evidence and remedies from nature
Bernard Lietaer, Robert E. Ulanowicz, Sally J. Goerner e Nadia McLaren _____ 109

Os Atos Administrativos Discricionários: possibilidade de controle jurisdicional	
<i>Carlos Athayde Valadares Viegas, César Leandro de Almeida Rabelo e Cláudia Mara de Almeida Rabelo</i>	133
Prescrição e Conflito de Interesses nos Contratos de Consórcio	
<i>Vincenzo Demétrio Florenzano</i>	163
Dez Anos de Gestão Estratégica na Procuradoria-Geral do Banco Central	
<i>Marusa Vasconcelos Freire, Adriana Teixeira de Toledo e Sara Moreira de Souza</i>	187
A Obrigação de se Estabelecer uma Equipe Mínima de Funcionários em Editais para a Contratação de Serviços de Limpeza em Prédios Públicos	
<i>Lucival Lage Lobato Neto</i>	223

Pronunciamentos da Procuradoria-Geral do Banco Central

Parecer PGBC-136/2011	
Parecer que, em razão da Resolução nº 1.970, de 26 de fevereiro de 2011, do Conselho de Segurança das Nações Unidas, analisa a situação de banco brasileiro que tem entre seus acionistas o governo líbio.	
<i>Igor Arruda Aragão, Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira e Ailton Cesar dos Santos</i>	245
Petição PGBC-3340/2011	
Recurso de apelação interposto contra sentença que declarou prescritas as pretensões à restituição dos ex-consorciados quanto aos créditos não procurados após o encerramento do respectivo grupo consorcial.	
<i>Angela Sirangelo Belmonte de Abreu e Lademir Gomes da Rocha</i>	269

Petição PGBC-5382/2011

Memorial em recurso especial interposto contra decisão da Justiça Estadual de Pernambuco que autorizou a execução de honorários advocatícios fora do concurso universal de credores da massa falida do Banco Banorte S/A.

Felipe de Vasconcelos Pedrosa e Erasto Villa-Verde Filho _____ 309

Petição PGBC-6994/2011

Memorial em que se defende a constitucionalidade da Resolução nº 3.954, de 24 de fevereiro de 2011, do Conselho Monetário Nacional (CMN), que consolida a disciplina sobre a contratação de correspondentes no país por instituições financeiras.

*Felipe de Vasconcelos Pedrosa, Erasto Villa-Verde Filho,
Luiz Ribeiro de Andrade e Isaac Sidney Menezes Ferreira* _____ 323

Normas de submissão de trabalhos à Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central _____ 345

Apresentação

É com orgulho e satisfação que apresento mais um exemplar da **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, que exhibe produção técnica e científica de Procuradores do Banco Central, outros servidores da autarquia e professores e colaboradores externos.

Acompanho a publicação antes mesmo de ser Procurador-Geral e ainda quando ela era uma ideia, um desejo firme de revelar aos segmentos jurídico e financeiro e ao público geral um pouco do trabalho realizado no Banco Central do Brasil, em especial quanto à atuação legal, seja no âmbito da advocacia preventiva, seja na esfera do contencioso administrativo e judicial – sempre tomando por parâmetro a necessidade de se conferir segurança jurídica ao regulador do sistema financeiro e efetividade a seus atos, em consonância com as políticas públicas governamentais.

Nesse sentido, pode-se dizer também que o periódico foi concebido com o propósito definido de contribuir para a doutrina especializada e para o debate de assuntos de grande repercussão jurídica e econômica.

Nesses cinco anos contados da publicação de sua primeira edição, a Revista tornou-se realidade e constituiu-se em verdadeiro difusor do conhecimento adquirido pelos profissionais do Banco Central no exercício de suas funções institucionais e nos bancos das mais diversas universidades nacionais e internacionais.

Além disso, passou a contar com a valorosa contribuição de juristas e especialistas de outras áreas científicas, com experiência no setor público e na iniciativa privada, dando-lhe um caráter mais abrangente, conferindo-lhe mais completude.

Assim vem se consolidando nossa Revista, já em sua décima publicação, ao tempo em que também vem sendo reconhecida interna e externamente a importância da atuação legal da Advocacia Pública Federal, contexto em que se

encontra a Procuradoria-Geral do Banco Central. Com isso, é de se reconhecer também a necessidade de se incrementar a capacitação de seus profissionais e de fazê-los acompanhar as discussões públicas dos temas afetos às atribuições da autarquia, participando desses debates com a experiência de quem lida diuturnamente com as mais variadas questões atinentes ao sistema financeiro e ao Direito.

Junto com essa evolução, surgem os desafios, alguns de natureza transitória, outros de caráter permanente, que exigem, em seu enfrentamento, além da competência e da dedicação próprias dos integrantes das carreiras do Banco Central, a consciência de que é necessário esforço conjunto entre pessoas e conhecimentos técnicos para apresentação de soluções jurídicas adequadas e eficientes, reconhecendo-se na interdisciplinaridade a marca desse novo tempo.

Com efeito, o Direito, ainda mais no âmbito do sistema financeiro, não pode se isolar nas torres de marfim parnasianas, mas, muito pelo contrário, por ser ciência viva, social e humana, deve estar em contínua interação com as demais formas de conhecimento.

Assim, com a convicção de que a Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central pauta-se pela análise crítica e sistemática da legislação de regência e dos temas de interesse do sistema financeiro e da Advocacia Pública, convivendo harmonicamente com as disciplinas científicas e os dados econômicos e sociais pertinentes a esse ambiente, que apresento e ofereço os seguintes textos, entre artigos e petições, desejando que sua leitura seja de alguma forma profícua para os amigos que nos dão a honra de avançar às próximas páginas.

Brasília, 31 de dezembro de 2011.

Isaac Sidney Menezes Ferreira
Procurador-Geral do Banco Central

Nota da Edição

A **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central** chega ao final de seu quinto ano de existência reafirmando seu compromisso com a inovação e a excelência jurídica, por meio da publicação de artigos de autores de diversas instituições e pronunciamentos da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) que indiscutivelmente contribuem para o aprimoramento do Direito brasileiro.

Nesta edição, o primeiro artigo (“O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos: por uma conformação constitucionalmente adequada”) foi escrito por Lucas Nogueira Israel, Juiz em Brasília. O autor classifica as sentenças manipulativas com efeitos aditivos e verifica em quais situações essa categoria de decisão está de acordo com a Constituição Federal.

O artigo seguinte (“O Poder Normativo do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil diante do Artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”) é de autoria de Camila Neves Willhelm, Procuradora do Banco Central. A autora analisa a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, demonstrando a legitimidade e a necessidade da atribuição de amplo poder normativo ao Banco Central e ao Conselho Monetário Nacional.

Ainda abordando o poder normativo sobre o Sistema Financeiro Nacional, Tomás Lima de Carvalho, advogado em Belo Horizonte, escreve “A Regulação do Mercado Financeiro e a Necessária Intervenção Estatal na Autonomia Privada”. O autor demonstra que, a par de inequívoca base constitucional, a intervenção estatal no mercado financeiro é imprescindível para assegurar que este atue com segurança, eficiência e justiça.

Continuando a indispensável análise do mercado financeiro, Bernard Lietaer, Robert E. Ulanowicz, Sally J. Goerner e Nadia McLaren, pesquisadores norte-americanos, escrevem “Is Our Monetary Structure a Systemic Cause for Financial Instability? Evidence and remedies from nature”. A questão proposta pelos autores consiste em saber se a estrutura monetária é causa de instabilidade financeira. Para respondê-la, eles buscam evidências e soluções na natureza, baseando-se na percepção de que leis fundamentais governam todos os sistemas complexos.

Em seguida, Carlos Athayde Valadares Viegas e César Leandro de Almeida Rabelo, mestrandos em Direito Público pela Universidade Fumec, e Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas, mestranda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, escrevem “Os Atos Administrativos Discricionários: a possibilidade do controle jurisdicional”. O objetivo desse trabalho é demonstrar que atualmente não pode haver mais dúvidas quanto à viabilidade de o Judiciário verificar a legalidade de quaisquer atos administrativos, inclusive os discricionários.

O Procurador do Banco Central Vincenzo Demetrio Florenzano trata de tema atual e ainda pouquíssimo debatido: “Prescrição e Conflito de Interesses nos Contratos de Consórcio”. O foco da análise é o conflito de interesses entre os proprietários e os administradores de bens nos consórcios, principalmente nos casos de recursos não procurados.

O próximo artigo trata de um assunto que ainda não é suficientemente valorizado a despeito de extrema relevância: a gestão de órgãos jurídicos. Denominado “Dez Anos de Gestão Estratégica na Procuradoria-Geral do Banco Central” e escrito pelas Procuradoras Marusa Vasconcelos Freire e Adriana Teixeira de Toledo e pela Analista Sara Moreira de Souza, o artigo demonstra como a PGBC, nos últimos dez anos, vem aplicando princípios de gestão estratégica em seus processos de trabalho por meio do melhor planejamento de suas atividades, da metodologia de projetos e de modificações na sua estrutura organizacional.

O último artigo desta edição é “A Obrigação de Estabelecer uma Equipe Mínima de Funcionários em Editais para a Contratação de Serviços de Limpeza em Prédios Públicos”, escrito por Lucival Lage Lobato Neto, Analista do Banco Central. O autor demonstra que essa exigência é uma imposição fática e, no âmbito jurídico, principiológica.

A sessão seguinte conta com manifestações jurídicas da Procuradoria-Geral do Banco Central que foram selecionadas em razão de sua relevância: um parecer e três petições. O parecer analisa a situação de banco brasileiro que tem entre seus acionistas o governo líbio. As petições constituem: apelação contra sentença que declarou prescritas as pretensões à restituição dos ex-consorciados quanto aos créditos não procurados após o encerramento do respectivo grupo consorcial; memorial em recurso especial contra decisão que autorizou a execução de honorários advocatícios fora do concurso universal de credores da massa falida do Banco Banorte S/A; e memorial em que se defende a constitucionalidade de resolução do Conselho Monetário Nacional que consolida a disciplina sobre a contratação de correspondentes no país por instituições financeiras.

Brasília, 31 de dezembro de 2011.

Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar

Procurador do Banco Central

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

O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos: por uma conformação constitucionalmente adequada

Lucas Nogueira Israel*

1 Introdução. 2 Breve histórico sobre a doutrina da separação dos Poderes. 3 Jurisdição constitucional e o paradigma do legislador negativo. 4 Sentenças manipulativas com efeitos aditivos: 4.1 Sentenças demolitórias; 4.2 Sentenças aditivas em sentido estrito; 4.3 Sentenças aditivas de princípio; 4.4 Sentenças substitutivas; 4.5 Sentenças manipulativas com efeitos aditivos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 5 Limites no âmbito de utilização das sentenças manipulativas. 6 Conclusão.

Resumo

Compreende o estudo das decisões manipulativas com efeitos aditivos adotadas no âmbito do controle de constitucionalidade frente ao postulado do “legislador negativo”. Analisa as formas de categorização das sentenças manipulativas de efeitos aditivos e sua utilização no seio da jurisdição constitucional. Em seguida, em busca de um modelo constitucionalmente adequado, apresenta limitações para a utilização dessas técnicas de decisão, concluindo, ao final, pela admissibilidade do uso mitigado.

* Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Palavras-chave: Separação de Poderes. Jurisdição constitucional. Legislador negativo. Sentenças manipulativas com efeitos aditivos. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Uso mitigado.

The Paradigm of the “Negative Legislator” and the Manipulative Decisions with Additive Effects: for a constitutional appropriate model

Abstract

This article studies the manipulative decisions with additive effects used on constitutionality control, considering the postulate of the “negative legislator”. Will be analyzed the ways of categorizing the manipulative sentences with additive effects and their use on constitutional jurisdiction. Then, in search of a constitutional appropriate model, will be presented limitations for the use of these techniques of decisions, concluding, at the end, for the admissibility of a mitigated use.

Keywords: Powers division. Constitutional jurisdiction. Negative legislator. Manipulative sentences with additive effects. Brazilian Supreme Court Jurisprudence. Mitigated use.

1 Introdução

Se por um lado o respeito à harmonia e independência entre os Poderes é essencial para o Estado democrático de Direito, não podendo o Poder Judiciário ocupar o espaço reservado ao legislador, por outro, a tutela de direitos fundamentais não pode ser afastada do Poder Judiciário, o qual, aliás, tem o dever de garantir a supremacia da Constituição, ainda que haja deficiência ou ausência de lei. Foi nesse contexto que surgiram na seara da jurisdição constitucional – alhures e, posteriormente, aqui – as chamadas sentenças manipulativas de efeitos aditivos.

O objetivo do presente estudo é não apenas analisar essas formas de provimento judicial, como também, ainda que sem pretensões de esgotar

o assunto, proporcionar algumas limitações no campo de sua utilização, de maneira a se obter uma conformação que esteja em conformidade com o ordenamento constitucional.

Em um primeiro momento, apresenta-se um breve histórico sobre o princípio da separação de Poderes e o paradigma do “legislador negativo” no seio da jurisdição constitucional. Em um segundo passo, procede-se a um estudo sobre as sentenças manipulativas de efeitos aditivos, inclusive no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Por fim, apresentam-se limites no uso das sentenças manipulativas, em busca de um modelo que se revele constitucionalmente adequado.

2 Breve histórico sobre a doutrina da separação dos Poderes

A ideia de separação de Poderes¹ como repartição do poder político remonta à Antiguidade Clássica. Os primeiros registros sobre o tema, ainda que indiretos, estão em Aristóteles. Segundo o filósofo, a melhor forma de constituição é aquela que resulta do equilíbrio entre as classes sociais (ricos e pobres), de maneira que ambos possam exercer o poder político (constituição mista²).

Já na Idade Média, a noção de constituição mista acabou se tornando sinônimo de limitação e moderação do poder monárquico, o qual, contudo, foi assumindo, paulatinamente, ao menos em parte da Europa, contornos cada vez mais absolutistas.³ Posteriormente, no primeiro quartel do século XVII, a doutrina da separação dos Poderes surgiu na Inglaterra associada à noção de rule of law (estado de direito), em contraposição ao Estado Absolutista.

Na era moderna, porém, deve-se a Locke (1632-1704) a concepção de divisão de Poderes (1690). Para Locke, os fundamentos do Estado e do poder político estão no contrato social, o qual visa garantir a propriedade e a segurança dos

1 Segundo a melhor doutrina, melhor seria falar em divisão de funções e não em separação de Poderes, na medida em que o poder político é uno. Entretanto, para evitar um desencontro terminológico, será utilizada a expressão “separação de Poderes”.

2 A constituição mista decorre da mistura da forma de governo dos ricos (oligarquia) com a forma de governo dos pobres (democracia), procurando constituir o meio-termo (república) (PIÇARRA, 1989, p. 31-36).

3 O Estado absolutista atribui poderes plenos ao soberano; com efeito, “se o poder soberano é, por natureza, uno e indivisível não pode conceber-se a sua repartição por diferentes pretendentes à sua titularidade sem desvirtuar a sua natureza.” (PIÇARRA, 1989, p. 42-43).

homens. A partir dessa ideia, Locke alude aos Poderes Legislativo, Executivo e Federativo.⁴ O Poder Legislativo é o autor das leis, concebidas como a melhor forma de viabilizar o objetivo pelo qual os homens estão em sociedade: a fruição dos bens em paz e segurança. De outra parte, segundo Locke, confiar aos que fazem a lei o poder de executá-las é demasiado perigoso. Nesse cenário, Locke discorre sobre o Poder Executivo (englobando a função judicial), o qual compreende a função de aplicar as leis no interior do Estado. Por fim, Locke trata do Poder Federativo, que engloba as funções de declarar guerra e paz, celebrar tratados, bem como conduzir todas as espécies de negócio com as comunidades estrangeiras. Entretanto, Locke não encampa a ideia de equilíbrio entre os Poderes. Ao revés, reconhece a supremacia da função legislativa, na medida em que ela é a expressão primeira da vontade popular; assim, não pode o parlamento delegar nenhuma parcela da sua competência aos outros órgãos, sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes (PIÇARRA, 1989, p. 63-77; MENDES, 2011, p. 49-50).

Posteriormente, em 1748, esse desenho ganha refinamento com a publicação da obra *De l'Esprit des Loïs*, de Montesquieu (1689-1755). Nessa obra, Montesquieu preconiza a existência de três funções ou Poderes, a saber: a) Poder Legislativo, que se traduz no poder de fazer leis e de corrigir ou ab-rogar as já elaboradas; b) Poder Executivo das coisas que dependem do Direito Internacional, o qual consiste no poder de declarar guerra e paz, manter a segurança nacional, receber as embaixadas, dentre outros; c) Poder Executivo das coisas que dependem do Direito Civil, o qual se caracteriza pelo poder de julgar os crimes e os litígios. Em relação a esses dois últimos “executivos”, Montesquieu chama o segundo de poder de julgar e o primeiro simplesmente de Poder Executivo do Estado (MONTESQUIEU, 1982, cap. VI).

No entanto, Montesquieu, tal qual Locke, coloca a função legislativa como exclusivamente soberana e criadora em relação às demais, em especial à judicial. Os juízes da nação, segundo Montesquieu, “são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor.” Para Montesquieu, a lei é absoluta e autossuficiente, de sorte que, conhecidos os fatos, cabe ao juiz apenas uma operação lógica e silogística de

4 Locke não fala em Poder Judiciário.

aplicação do texto legal, sem nada construtivo, na medida em que “as sentenças devem ser tal ponto fixas que não sejam nunca mais do que o texto preciso da lei.” (MONTESQUIEU, 1982, cap. VI; PIÇARRA, 1989, p. 90-123).

Vigora-se, assim, o que se poderia denominar de soberania das leis e do parlamento; este, por sua natureza e composição (membros eleitos pelo povo), não pode sofrer limitação ou controle por parte dos outros Poderes, que, ao revés, devem estar subordinados a ele (parlamento). Esse pensamento – que conduzia à noção de Constituição sem proteção efetiva –, ao menos em parte, perdurou na Europa até o final do século XIX.

3 Jurisdição constitucional e o paradigma do legislador negativo

Concebida, ao menos no plano do Direito Positivo, no primeiro quartel do século XX, à sombra do pensamento de Hans Kelsen, a ideia de jurisdição constitucional como justiça especializada ficou-se no princípio da supremacia da Constituição. Consoante o mestre de Viena, não se pode falar em soberania do parlamento. A soberania pertence à ordem estatal como um todo, de sorte que o Legislativo, assim como os demais Poderes, está subordinado à Constituição. De outra parte, deve-se atribuir a um órgão independente do parlamento o poder de controlar a constitucionalidade das leis, não apenas para evitar a concentração excessiva de poderes nas mãos de um só órgão, mas também para garantir a regularidade do funcionamento estatal e a imparcialidade das decisões, especialmente quando se trata de direito das minorias. E, ainda segundo Hans Kelsen, esse órgão deve ser um tribunal constitucional (independente, por óbvio), porque todas as questões políticas que envolvem a elaboração das leis não entram em linha de contato quando se cuida de mera anulação de leis – que decorre essencialmente da aplicação (função própria do judiciário) das normas da Constituição. Ademais, não há ofensa à separação de poderes, mas afirmação desta. É que a separação de poderes pressupõe divisão de poderes, não tanto para isolá-los, mas também para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros (KELSEN, 2007, p. 150-152).

Entretanto, para Kelsen, a atividade fiscalizadora da justiça constitucional encontra limites em seu papel de “legislador negativo”. Assim, de acordo com Kelsen (2007, p. 153), ao Tribunal Constitucional caberia tão-somente a função de extirpar do ordenamento jurídico a norma tida por inconstitucional – função legislativa em “sentido negativo”.⁵ Em outras palavras, o órgão da jurisdição constitucional não poderia criar direito no exercício de sua função, mas apenas suprimir do ordenamento jurídico a norma reputada inconstitucional.

Nesse mesmo norte, após a segunda guerra mundial, o modelo alemão, influenciado pelo modelo austríaco, reafirmou a natureza intrinsecamente jurisdicional, e não “paralegislativa”, do Tribunal Constitucional.

Notou-se, entretanto, com os passar dos anos, que a rigidez do postulado do “legislador negativo” – que alternava entre as sentenças de simples acolhimento ou rejeição da inconstitucionalidade – revelava profundas lacunas para a tutela de princípios constitucionais – tais como a isonomia, a proporcionalidade, a segurança jurídica –, máxime diante de um quadro de omissão legislativa inconstitucional,⁶ pois somente com um provimento de natureza “positiva” seria possível reparar esse quadro. É nesse contexto que surgem as chamadas decisões manipulativas, em especial aquelas dotadas de caráter aditivo.

4 Sentenças manipulativas com efeitos aditivos

As sentenças⁷ manipulativas – em contraposição às sentenças simples – consistem em “decisões jurisdicionais que determinam a modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida a julgamento.” (MORAIS, 2009, p. 17). São também chamadas de sentenças intermédias exatamente porque se situam entre as decisões de simples acolhimento ou de rejeição da inconstitucionalidade.

5 Esse modelo foi adotado pela Constituição austríaca de 1920.

6 É sabido que a Constituição pode ser violada tanto por uma conduta comissiva (ação) como por uma conduta omissiva (omissão). Assim, em termos materiais, um comportamento positivo violador da Constituição é tão relevante quanto uma inércia ilegítima. No tocante à omissão, ela “verifica-se sempre que, mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo ato ou certa atividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem consequências mais ou menos adequadas” (MIRANDA, 2008, p. 305). Conquanto a omissão não seja um fenômeno exclusivo do Legislativo, podendo ser imputada também ao Executivo e ao Judiciário, é a inação do legislador na elaboração de atos normativos necessários à efetivação dos mandamentos constitucionais, em violação ao dever jurídico de legislar, que, em maior grau, tem desafiado a criatividade da doutrina e da jurisprudência.

7 O termo “sentença” será empregado no sentido *lato*, de forma a abranger as decisões e os acórdãos.

Nessa linha, Roberto Romboli (2011) anota:

[...] La jurisprudencia constitucional, siempre con la finalidad de evitar la rígida alternativa entre declaración de falta de fundamento o de inconstitucionalidad, ha elaborado, además, las denominadas sentencias manipulativas por las que la Corte procede a modificar o integrar las disposiciones sometidas a su enjuiciamiento de un modo que éstas salgan del juicio constitucional con un alcance normativo y un contenido diferente al originario.

A categorização das sentenças manipulativas pode ser feita de inúmeras formas. Conquanto seu estudo tenha se frutificado principalmente na doutrina e jurisprudência italiana,⁸ adotaremos neste estudo a classificação proposta pelo jurista português Carlos Blanco de Moraes, por entendermos ser a mais detalhada e abrangente. Segundo Blanco de Moraes, as sentenças manipulativas são um gênero no qual se encontram: *i*) as decisões que modulam a eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade (*e.g.*, decisões que restringem temporariamente os efeitos da declaração de inconstitucionalidade); *ii*) as decisões interpretativas condicionais que são aquelas em que se mantém o texto da norma, porém condicionado à adoção ou exclusão de determinada interpretação (*e.g.*, a interpretação conforme à Constituição e a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto); *iii*) e as decisões com efeitos aditivos, objeto do presente estudo. Estas últimas, em um sentido lato, são

decisões positivas de inconstitucionalidade de cujo conteúdo resulte, tanto um juízo de invalidade, como a indicação de uma norma ou de um princípio normativo que assegurem a criação de condições para que o Direito que conformou o objecto da mesma sentença se compatibilize ou harmonize futuramente com a Constituição. (MORAIS, 2005, p. 394).

8 Acosta Sanchez (*apud* SA, 2009, p. 423) faz um interessante resumo dos motivos pelos quais as sentenças aditivas ganharam força principalmente na Itália. Assevera ele que na Itália “el dogma se la soberanía de la ley, que nunca gozó de gran tradición ni fuerza, cedió fácilmente a la supremacía de la Constitución. De manera adicional, las negativas vicisitudes del regimen parlamentario italiano han golpeado con más fuerza que ninguna otra democracia occidental el prestigio del legislador, cuya actividad ha estado marcada por la partitocracia y la inercia. [...] la jurisdicción constitucional na ha llegado a engendrar en Italia en ningún momento el típico temor al ‘gobierno de los jueces’; el Tribunal Constitucional italiano ha conquistado un papel estelar en la realidad democrática em que se mueve; a diferencia de otros Tribunales Constitucionales europeos, ‘no se preocupa em disimular su poder creador’: reconoce sin embagos a su jurisprudencia como fuente de Derecho; tiende a desligarse con facilidad de reglas de interpretación fijas y entiende la interpretación constitucional desde el realismo jurídico, sobre métodos ampliamente deductivos, en particular el histórico-evolutivo, es decir, la entiende como acto de voluntad y no como acto de conocimiento, concepción esta típica del positivismo jurídico, como es sabido.”

Disso resulta que, em geral, as sentenças aditivas são dotadas de duas componentes: uma **componente ablativa**, que supõe a eliminação, em regra parcial, de uma norma jurídica, com fundamento em sua inconstitucionalidade; e uma **componente reconstitutiva**, que consiste na identificação de um princípio ou de uma norma passível de ser juntar ao segmento remanescente, de maneira que sejam criadas condições para que a disposição normativa recomposta fique em conformidade com a Constituição. É, nesse segundo momento, que se tem o que a doutrina denomina de efeito aditivo (MORAIS, 2005, p. 370).

Por sua vez, as sentenças aditivas em sentido amplo englobam, conforme Carlos Blanco de Moraes (2005, p. 371): *i*) as sentenças demolitórias com efeitos aditivos; *ii*) as sentenças aditivas em sentido estrito; *iii*) as sentenças aditivas de princípio; e *iv*) e as sentenças substitutivas.

4.1 Sentenças demolitórias

As sentenças demolitórias são aquelas que decorrem da eliminação ou “demolição” de uma norma inconstitucional que restrinja, explícita ou implicitamente, a titularidade ou o exercício de um direito, de maneira que outra norma – que pode ou não estar presente na mesma disposição – cujo conteúdo se encontrava restringido pela primeira, passe a expandir automaticamente seu âmbito de previsão.

Tem-se, assim, que, nas sentenças demolitórias, a componente reconstitutiva é consequência direta da ampliação automática do âmbito de incidência de uma norma em decorrência da eliminação do preceito inconstitucional (componente ablativa) (MORAIS, 2005, p. 376-379). Blanco de Moraes (2005, p. 380) cita, como exemplo de sentença demolitória, o Acórdão nº 962/96, no qual o Tribunal Constitucional português declarou a inconstitucionalidade de duas normas que condicionavam a concessão do benefício de assistência judiciária gratuita aos estrangeiros ou apátridas que tivessem pedido de asilo deferido ou *status* de refugiado. O Tribunal, assim, ao eliminar o segmento dessas disposições na parte que restringia a concessão do benefício de assistência judiciária somente aos estrangeiros que possuísem refúgio ou asilo, ampliou, automaticamente, em benefício desses sujeitos, o regime geral e universalizador presente nas disposições legais aplicáveis à matéria.

4.2 Sentenças aditivas em sentido estrito

As sentenças aditivas em sentido estrito, por sua vez, são decisões em que o Tribunal não apenas declara a inconstitucionalidade parcial de uma disposição normativa, mas, ao mesmo tempo, repara a lacuna gerada pela invalidação, identificando uma norma aplicável à espécie. Distinguem-se das sentenças demolitórias, porque, aqui, a componente aditiva não é efeito direto da própria operação de remoção da norma inconstitucional constritora de direitos, mas, sim, resultado da operação “criativa” do Tribunal.

Elas podem ser classificadas, segundo Morais (2005, p. 380-381), em: *i*) tendo em vista a natureza do bem protegido, sentenças aditivas de garantia e sentenças aditivas de prestação; *ii*) tendo em mente a forma da operação ablativa, sentenças aditivas sem redução de texto e sentenças aditivas com redução de texto; *iii*) tendo em conta as razões que presidem à operação construtiva, sentenças aditivas de conteúdo corretivo e sentenças aditivas de conteúdo integrativo.

As sentenças aditivas de garantia diferem-se das sentenças aditivas de prestação, porque, enquanto as primeiras destinam-se à proteção de direitos e garantias relativas à liberdade individual, as segundas dizem respeito aos direitos sociais, econômicos e culturais, de maneira que exijam por parte do Estado “a realização material de uma tarefa em favor de um titular ou, ainda, a outorga de um benefício patrimonial.” (MORAIS, 2005, p. 384).

Assim, as sentenças aditivas de prestação, diferentemente das aditivas de garantia, são decisões que geram impacto orçamentário. Por exemplo: imagine-se uma lei que, em violação ao princípio da isonomia, concede determinado benefício assistencial a grupo “x” de trabalhadores, sendo omissa quanto ao grupo “y”, que se encontra na mesma situação fática.⁹ Tem-se uma sentença aditiva de prestação na decisão que, ao julgar inconstitucional a lei **na parte em que omite “y”**, estende o benefício a este. Por outro lado, se a decisão não gerar

⁹ Trata-se de um caso de omissão relativa, por violação ao princípio da igualdade, quando “o legislador, ao aprovar uma disposição legal que regula uma dada *‘facti-species’*, estabelece direitos, benefícios, deveres ou obrigações para uma dada categoria ou grupo de pessoas, abstendo-se de aplicar o mesmo regime a outra categoria ou grupo de destinatários que se posicionem numa situação igual ou dotada de identidade juridicamente relevante.” (MORAIS, 2005, p. 458). Em igual teor, Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 1.086), citando Maurer: “O postulado da igualdade pressupõe a existência de, pelo menos, duas situações que se encontram numa relação de comparação. Essa relatividade do postulado da isonomia leva, segundo Maurer, a uma inconstitucionalidade relativa (*relative Verfassungswidrigkeit*) não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave. É que inconstitucional não se afigura a norma “A” ou “B”, mas a disciplina diferenciada das situações (*die Unterschiedlichkeit der Relung*).”

impacto orçamentário, tem-se uma sentença aditiva de garantia. É o caso, por exemplo, da Sentença nº 9/1964, em que a Corte Constitucional italiana declarou inconstitucional dispositivo que condicionava a procedibilidade da ação penal de determinados crimes contra menores somente à representação do pai, **na parte em que não previa** também a representação da mãe.

Por outro lado, a diferença entre as sentenças aditivas com redução de texto e sem redução de texto está na componente ablativa. As primeiras pressupõem a eliminação de parte da norma que consagra uma exclusão explícita ou um duplo tratamento diferenciado.¹⁰ As segundas, por sua vez, fulminam não um segmento normativo expresso, mas, sim, um segmento normativo ideal na parte em que tenha implicitamente excluído¹¹ uma dada situação – que, por identidade de razões, deveria ter sido contemplada –, para, em seguida, alargar o âmbito de incidência da norma de modo a alcançar situações não previstas originalmente. Portanto, segundo Morais (2005, p. 387-388),

[...] têm estas decisões o efeito de alargarem o âmbito normativo da disposição e determinarem nesta, (sic) a inconstitucionalidade da parte em que a mesma omite uma categoria de pessoas numa previsão em que as deveria incluir; em que introduz uma exceção indevida; ou quando impõe uma condição ilegítima a certas situações “que deveria prever” [...].

É a forma mais comum de sentença aditiva e, usualmente, vem representada pela seguinte fórmula: declara-se a inconstitucionalidade da norma x, na parte e na medida em que ela não prevê y, de forma que “a eliminação parcial qualitativa de x (no seu segmento de norma ideal ou implícita) implica, no quadro da orientação interpretativa inserida na sentença, que a regra remanescente passe a prever y.” (MORAIS, 2005, p. 388).

Como exemplo, registre-se a Sentença nº 190/170, em que a Corte Constitucional italiana, ao analisar dispositivo de lei que previa apenas a presença

10 Se “A” é igual a “B”, a lei não pode dizer que “A” tem direito a “x”, mas “B” não o tem (exclusão explícita), nem dizer que “A” tem direito “x” e “B” tem direito apenas “y” (duplo tratamento discriminatório). (SILVA, 2003, p. 79-81). Como anota Carlos Blanco de Morais (2005, 389), em certas hipóteses essas sentenças aproximam-se das sentenças demolitórias. A diferença está no fato de que as sentenças aditivas com redução de texto não pressupõem a aplicação imediata de uma norma geral como decorrência direta da componente ablativa, dado que é a componente rescontrutiva da decisão que indica, por via de interpretação, qual a norma a ser aplicada no caso concreto.

11 Se “A” é igual “B”, a lei não pode dizer que “A” tem direito a “x” e omitir-se sobre “B” (exclusão implícita ou silêncio excludente). (SILVA, 2003, p. 79-81).

do Ministério Público no interrogatório do acusado, em atenção aos princípios do contraditório e da paridade de armas, declarou a inconstitucionalidade da norma **na parte em que** não previa a presença do defensor, implicando, por via de consequência, a obrigatoriedade dessa presença (SAMPAIO, 2004, p. 168).

Por fim, com relação às razões que presidem a operação construtiva, segundo Carlos Blanco de Moraes (2005, p. 390-391), as sentenças aditivas podem ainda assumir conteúdo corretivo – quando o Tribunal modifica o sentido originário do preceito em julgamento por meio da adição de um novo *quid* normativo – ou conteúdo integrativo – quando o Tribunal apenas colmata a lacuna gerada pelo efeito ablativo da decisão.

4.3 Sentenças aditivas de princípio

Diferentemente das sentenças aditivas em sentido estrito em que o Tribunal, na componente reconstrutiva, indica a norma aplicável ao caso, nas sentenças aditivas de princípio, a Corte Constitucional, após declarar inconstitucional a disciplina legislativa em julgamento, limita-se a enunciar um princípio constitucional que deve ser observado pelo legislador na elaboração das disposições que vierem a suprir a omissão ou pelo juiz na resolução do caso concreto. Ou seja, pelas sentenças aditivas de princípio,

[...] declara-se inconstitucional a disciplina legislativa denunciada, individualizando apenas a diretriz da norma ou princípio que deve ser introduzido em sua substituição e assinalando ao legislador a tarefa de aprovar a nova disciplina, via de regra, dentro de um tempo prefixado, embora possa o juiz, em algumas hipóteses, fazer referência àquela diretriz na solução de alguns casos concretos. (SAMPAIO, 2001, p. 170).

É o caso, por exemplo, da Sentença nº 288/1994, em que a Corte Constitucional italiana, ao julgar inconstitucional lei que dispunha sobre benefício assistencial conferido aos trabalhadores agrícolas desempregados, asseverou que deve vigorar o princípio de que a prestação assistencial deve ser valorada não em função das necessidades passadas, mas de acordo com as necessidades atuais, de modo que permita ao trabalhador sua subsistência. Note-se que a Corte

italiana não estabeleceu nenhum valor, apenas indicou a diretriz a ser seguida pelo legislador na elaboração legislativa ou, conforme a hipótese, pelo juiz na resolução do caso concreto.

4.4 Sentenças substitutivas

Por derradeiro, as sentenças substitutivas consistem em decisões em que a Corte declara não a inconstitucionalidade do preceito **na parte em que não prevê** determinada hipótese, mas, sim, **na parte em que prevê** determinada situação, **em vez de** outra, operando, em seguida, a própria sentença a substituição do segmento normativo contrário à Constituição por outro que esteja em conformidade com a Lei Fundamental (CANOTILHO, 2000, p. 1.019; SAMPAIO, 2001, p. 171; MORAIS, 2005, p. 405-409). Assim,

referido tipo de sentença declara, por um lado, a inconstitucionalidade da norma na parte em que o Tribunal considera ser ilegítima e, por outro lado, acrescenta, em substituição, um critério de decisão diverso que deve ser conjugado com o segmento da norma não julgado inconstitucional. (MORAIS, 2005, p. 405).

É o caso, por exemplo, da Sentença nº 409/1989 do Tribunal Constitucional italiano. Nesse julgado, a Corte declarou inconstitucional norma que previa pena de dois a quatro anos de prisão para o militar que se recusasse a prestar serviço militar por razões de consciência, por considerar que, à luz do princípio da igualdade, esse crime era equiparável ao delito do militar que faltasse à chamada sem motivo, o qual era sancionado com uma pena de seis meses a dois anos. Nessa senda, a Corte, na parte reconstitutiva da sentença, substituiu a pena mais gravosa pela pena menos gravosa. Outro julgado dessa natureza é a Sentença nº 145/95, também da Corte Constitucional italiana. Nessa decisão, o Tribunal, em atenção ao princípio da laicidade do Estado, suprimiu uma fórmula de juramento contida na Lei Processual Civil que invocava a Pessoa Divina, a qual foi substituída por outra, invocatória da República e dos seus valores, fixada na própria decisão (MORAIS, 2009, p. 76). Portanto, como se percebe, as sentenças substitutivas são o ponto máximo de criatividade de decisão de inconstitucionalidade.

4.5 Sentenças manipulativas com efeitos aditivos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A concepção tradicional kelseniana de que o Poder Judiciário não pode ir além de sua função de “legislador negativo” está bem retratada no julgamento do RE 42.186-MA, pelo Supremo Tribunal Federal, em 1º/8/1960. Na ocasião, o ministro Nelson Hungria, relator, assentou em seu voto:

Conforme deflui do nosso sistema constitucional e tem sido reiteradamente acentuado pela jurisprudência, inclusive a desta Suprema Corte, o Poder Judiciário não pode, a pretexto algum, usurpar a função legislativa de aumentar vencimentos. Se há injustiça na desigualdade de vencimentos em tal ou qual quadro de funcionários, somente a lei pode corrigi-la.¹²

Aliás, reiterados julgados nesse sentido deram origem ao Verbete Sumular nº 339, aprovado em 13/12/1963, segundo o qual “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.”

Já sob a égide da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 213.201-SP, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, manteve-se fiel a sua firme jurisprudência no sentido de que ao Judiciário é vedado atuar como “legislador positivo”. Na oportunidade, discutia-se a possibilidade se estender certa isenção tributária prevista no art. 6º do Decreto-Lei nº 2.434, de 19 de maio de 1988, a determinadas operações de câmbio, que, embora não contempladas originalmente na norma em questão, eram materialmente idênticas àquelas previstas. Entendeu-se, contudo, que, conquanto fosse viável a declaração de inconstitucionalidade da norma por violação ao princípio da isonomia,¹³ a extensão jurisdicional dela não seria possível, uma vez que “o controle de constitucionalidade das leis não confere ao Judiciário funções de legislação positiva.”¹⁴

12 Ementa: “Conforme deflui do nosso sistema constitucional, o Poder Judiciário não pode, a pretexto algum, usurpar a função legislativa de aumentar vencimentos. (RE 42186, Relator(a): Min. NELSON HUNGRIA, Primeira Turma, julgado em 1º/8/1960, ADJ DATA 01-10-1962 PP-00491 ADJ DATA 15-05-1961 PP-00050 DJ 21-09-1960 PP-05853 EMENT VOL-00435-02 PP-00594 RTJ VOL-00014-01 PP-00200).”

13 Não se pode deixar de considerar que a declaração, pura e simples, de inconstitucionalidade da norma poderia, além de acarretar um quadro de inconstitucionalidade ainda mais gravoso, ensejar violação ao princípio da confiança.

14 Ementa “Isonomia: alegada ofensa por lei que concede isenção a certa categoria de operações de câmbio, mas não a outra, substancialmente assimilável àquelas contempladas (DI 2.434/88, art. 6º): hipótese em que, do acolhimento

A viragem da jurisprudência parece ter se iniciado com o julgamento do RMS 22.307/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que o Tribunal concedeu, em parte, a segurança e reconheceu aos impetrantes, servidores públicos civis, o direito a revisão dos vencimentos no percentual de 28,86% conferida aos servidores públicos militares pelas leis nº 8.622, de 19 de janeiro de 1993, e nº 8.627, de 19 de fevereiro de 1993. Eis a ementa do julgado:

[...] REVISÃO DE VENCIMENTOS – ISONOMIA. “a revisão geral de remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data” – inciso X – sendo irredutíveis, sob o ângulo não simplesmente da forma (valor nominal), mas real (poder aquisitivo) os vencimentos dos servidores públicos civis e militares – inciso XV, ambos do artigo 37 da Constituição Federal. (RMS 22307, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/2/1997, DJ 13/6/1997 PP-26722 EMENT VOL-01873-03 PP-00458 RTJ VOL-00163-01 PP-00132).

Vê-se, assim, o caráter marcantemente aditivo da decisão ao entender a revisão de vencimentos a uma categoria de servidores públicos não contemplada originalmente pela norma.

O referido *decisum*, aliás, deu origem, posteriormente, ao Enunciado nº 672, aprovado em 24/9/2003, que, em sentido diametralmente oposto ao Verbete nº 339, assegura que

o reajuste de 28,86%, concedido aos servidores militares pelas leis 8.622/1993 e 8.627/1993, estende-se aos servidores públicos civis do poder executivo, observadas as eventuais compensações decorrentes dos reajustes diferentes concedidos pelos mesmos diplomas legais.

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.652/DF, relatoria do Ministro Maurício Corrêa, proferiu outra decisão de caráter

da inconstitucionalidade arguida, poderia decorrer a nulidade da norma concessiva da isenção, mas não a extensão jurisdicional dela aos fatos arbitrariamente excluídos do benefício, dados que o controle da constitucionalidade das leis não confere ao Judiciário funções de legislação positiva. (RE 213201, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 17/6/1997, DJ 12/9/1997 PP-43756 EMENT VOL-01882-13 PP-02560).”

eminente aditivo. Nesse julgamento, discutia-se a constitucionalidade do parágrafo único do art. 14 do CPC, que, ao tratar da imposição de multa para o caso de descumprimento de decisões judiciais, ressalvou os advogados que se sujeitavam exclusivamente aos estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil. A Associação Nacional dos Procuradores de Estado (Anape), então, ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, ao fundamento de que a ressalva contida no dispositivo em comento, tal como redigida, violava o princípio da isonomia, porquanto não alcançava os advogados cuja vinculação ao Poder Público decorresse de lei. O Tribunal, nessa senda, julgou procedente o pedido

para, sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil conforme à Constituição Federal e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos.

Confira-se:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 10.358/2001. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Impugnação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, na parte em que ressalva “os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB” da imposição de multa por obstrução à Justiça. Discriminação em relação aos advogados vinculados a entes estatais, que estão submetidos a regime estatutário próprio da entidade. Violação ao princípio da isonomia e ao da inviolabilidade no exercício da profissão. Interpretação adequada, para afastar o injustificado discrimen. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para, sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil conforme à Constituição Federal e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos. (ADI 2652, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 8/5/2003, DJ 14/11/2003 PP-00012 EMENT VOL-02132-13 PP-02491).

Percebe-se, assim, que a Suprema Corte, possivelmente diante da dificuldade em romper com o dogma do “legislador negativo”, a pretexto de dar interpretação conforme ao dispositivo em questão,¹⁵ acabou por prolatar uma decisão aditiva em sentido estrito, na medida em que, por violação ao princípio da igualdade, declarou inconstitucional a norma na parte em que não previu os advogados públicos.

Outro exemplo de decisão manipulativa de efeitos aditivos, porém de natureza demolitória, foi o julgamento da ADI 3.105/DF, relatoria para o acórdão do Ministro Cezar Peluso. Na ocasião, o Tribunal, também por ofensa ao princípio da isonomia, declarou a inconstitucionalidade das expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do” contidas no parágrafo único do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, garantindo a todos os servidores e pensionistas da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, sem qualquer distinção, o pagamento da contribuição previdenciária nos moldes da regra geral prevista no § 18 do art. 40 da Constituição Federal:

EMENTA: [...] Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, *caput* e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. [...]. (ADI 3105, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/8/2004, DJ 18/2/2005 PP-00004 EMENT VOL-02180-02 PP-00123 RTJ VOL-00193-01 PP-00137 RDDT n. 140, 2007, p. 202-203).

15 A interpretação conforme a Constituição pressupõe que a norma impugnada contemple mais de uma interpretação possível, certo que não se deve conferir à norma com sentido inequívoco significado contrário. Ademais, a interpretação conforme não permite que o Tribunal promova a melhoria ou a correção do conteúdo da lei, de maneira que “qualquer alteração no conteúdo da lei mediante pretensa interpretação conforme à Constituição significa uma intervenção mais drástica na esfera de competência do legislador [...]” (MENDES, 2005, p. 290).

Colhe-se ainda na jurisprudência da Suprema Corte exemplo de decisão manipulativa de natureza substitutiva. É o que ocorreu no julgamento da ADI-MC 2.332/DF, relatoria Ministro Moreira Alves. Discutia-se, na oportunidade, a validade do art. 15-A do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, alterado por medida provisória, que, entre outros temas, dispôs na parte final que os juros compensatórios na desapropriação direta deveriam incidir sobre a diferença entre o preço ofertado em juízo e o valor indenizatório fixado na sentença. O Tribunal, em atenção ao princípio constitucional do prévio e justo preço, ao deferir, em parte, a liminar, a pretexto de dar interpretação conforme à Constituição, alterou a base de cálculo dos juros compensatórios, estabelecendo que estes devem incidir sobre a diferença entre 80% (oitenta por cento) do preço ofertado em juízo – percentual máximo passível de levantamento nos termos do art. 33, § 2º, do Decreto-Lei nº 3.365, de 1941 – e o valor do bem fixado na sentença. Ou seja, a Corte, ao apreciar o pedido de liminar, acabou por declarar a inconstitucionalidade da norma **na parte em que prevê** que os juros compensatórios incidem sobre a diferença entre o preço ofertado em juízo e o valor indenizatório fixado na sentença, **em vez de** prever que os juros compensatórios incidam sobre a diferença entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença. Trata-se, portanto, de típica sentença substitutiva. Eis a ementa do julgado:

EMENTA – Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 1º da Medida Provisória nº 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, na parte que altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, introduzindo o artigo 15-A, com seus parágrafos [...] Quanto à base de cálculo dos juros compensatórios contida também no *caput* desse artigo 15-A, para que não fira o princípio constitucional do prévio e justo preço, deve-se dar a ela interpretação conforme à Constituição, para se ter como constitucional o entendimento de que essa base de cálculo será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença. [...] Deferiu-se em parte o pedido de liminar, [...] para dar ao final desse *caput* interpretação conforme à Constituição no sentido de que a base de cálculo dos juros compensatórios será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença [...] (ADI 2332 MC, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 5/9/2001, DJ 2/4/2004 PP-00008 EMENT VOL-02146-02 PP-00366).

Registre-se, ainda, como decisão de caráter aditivo o julgamento do Mandado de Segurança nº 26.602/DF, em que o Tribunal assentou que a mudança de legenda pelo parlamentar tem como consequência jurídica a perda do mandato, embora não prevista expressamente na Constituição:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. DESFILIAÇÃO. PERDA DE MANDATO. ARTS. 14, § 3º, V, E 55, [DE] I A VI, DA CONSTITUIÇÃO. [...] 1. Mandado de segurança conhecido, ressalvado entendimento do Relator, no sentido de que as hipóteses de perda de mandato parlamentar, taxativamente previstas no texto constitucional, reclamam decisão do Plenário ou da Mesa Diretora, não do Presidente da Casa, isoladamente e com fundamento em decisão do Tribunal Superior Eleitoral. 2. A permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo. 3. O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta nº 1.398, em 27 de março de 2007. 4. O abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral. [...] Ordem denegada. (MS 26602, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 4/10/2007, DJe-197 DIVULG 16/10/2008 PUBLIC 17/10/2008 EMENT VOL-02337-02 PP-00190 RTJ VOL-00208-01 PP-00072).¹⁶

Colhe-se também da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a paradigmática decisão proferida o julgamento do MI 670/DF, relatoria para o acórdão do Ministro Gilmar Mendes, em que a Corte reconheceu o direito de greve dos servidores públicos e, diante da omissão legislativa em editar norma regulamentadora, determinou a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que trata do tema no âmbito da iniciativa privada. Eis a ementa do acórdão:

16 No mesmo sentido: MS 26.603/DF, rel. Min. Celso de Melo e MS 26.504/DF, rel.ª Min.ª Carmen Lúcia.

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). [...] 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. 3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º) [...]. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nº 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis. (MI 670, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30/10/2008 PUBLIC 31/10/2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011).¹⁷

Vê-se, assim, que o Tribunal, ao menos até que sobrevenha norma disciplinando a questão, ampliou o espectro de incidência da Lei nº 7.783, de 1989, estendendo seu emprego à categoria não prevista originalmente no texto legal, tal como as decisões aditivas em sentido estrito.

Por fim, cabe assinalar o julgamento do MI 721/DF, relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que o Pretório Excelso, ante a mora legislativa em regulamentar o direito à aposentadoria especial do servidor público a que alude a parte final do art. 40, § 4º, da CF, determinou a aplicação da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que trata da aposentadoria dos trabalhadores em geral:

MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de

17 No mesmo sentido: MI 708/DF, relatoria do Ministro Gilmar Mendes e MI 712/DF, relatoria do Ministro Eros Grau.

omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO – DECISÃO – BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA – TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS – PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91. (MI 721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/8/2007, DJe-152 DIVULG. 29/11/2007 PUBLIC 30/11/2007 DJ 30/11/2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142).¹⁸

5 Limites no âmbito de utilização das sentenças manipulativas com efeitos aditivos

É inegável que todo processo interpretativo ou mesmo a declaração de inconstitucionalidade de uma norma pelo Poder Judiciário traduzem, em certa medida, uma “inovação” no mundo jurídico.¹⁹ De qualquer sorte, essa carga “criativa” mostra-se mais evidente no âmbito das sentenças manipulativas.

Diante disso, conquanto essas decisões sejam importantes para a salvaguarda de princípios constitucionais e uma prática cada vez mais frequente no âmbito da jurisdição constitucional, inclusive a brasileira, é fundamental debater limites para sua utilização e encontrar um ponto de equilíbrio entre, de um lado, a supremacia da constituição e, de outro, o princípio da independência entre os Poderes.

Assim, na busca dessa conformação constitucionalmente adequada, apresentam-se, em seguida, ainda que sem pretensões de esgotar o tema, algumas limitações que se mostram relevantes no âmbito de utilização dessas formas de sentença.

18 No mesmo sentido: MI 788/DF, relatoria do Ministro Carlos Britto, MI 795/DF, relatoria da Ministra Cármen Lúcia, dentre outros.

19 Nesse sentido, Mauro Cappelletti (1993, p. 25) afirma: “quando se fala dos juízes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária *law making* [...]”.

Com efeito, como alinhavado, as sentenças manipulativas com eficácia aditiva compreendem: as sentenças demolitórias, as sentenças aditivas de princípio, as sentenças aditivas em sentido estrito e as sentenças substitutivas.

No tocante às sentenças demolitórias, entende-se que elas, por sua própria natureza, não se mostram em desconformidade com a ordem constitucional, de sorte que dispensam qualquer tipo de limitação. É que a componente aditiva, como salientado, decorre da própria declaração de inconstitucionalidade da norma restritiva. Assim, declarada inconstitucional a norma de conteúdo limitativo, aplica-se a norma de caráter geral já existente. Portanto, não há criação de “direito novo”.

De igual sorte, as sentenças aditivas de princípio, por definição, mostram-se em harmonia com a Constituição e com a separação dos Poderes, na medida em que a Corte limita-se a indicar um princípio que deve ser observado pelo legislador ao prover a disciplina necessária para o exercício de um direito constitucional ou então direcionar o magistrado no julgamento do caso concreto.

Portanto, as maiores dificuldades frente à separação dos Poderes existem no âmbito das sentenças aditivas em sentido estrito e das sentenças substitutivas.

Com relação às sentenças aditivas, a limitação que se coloca está no fato de que elas, no escopo de superar o estado de inconstitucionalidade, não devem editar um direito novo (*ex nihilo*), mas, sim, recorrer a princípios ou regras jurídicas presentes no ordenamento. A sentença aditiva, dessa forma, para ser legítima deve ser resultado de uma imposição lógica do sistema constitucional e legislativo ou, na expressão cunhada por Crisafulli, deve ser *a regime obligate*, ou seja, fruto de uma solução constitucionalmente obrigatória – e não de um juízo discricionário. (SAMPAIO, 2001, p. 180-181; MORAIS, p. 393-395).

Assim, por exemplo, a Sentença nº 190/170, em que a Corte Constitucional italiana julgou inconstitucional dispositivo de lei **na parte em que não previa** a presença do defensor – mas somente do Ministério Público – no interrogatório do réu revela-se compatível com o princípio da separação dos Poderes. Com efeito, se por um lado não se poderia simplesmente declarar a inconstitucionalidade da norma em questão – mesmo porque a presença do membro do *parquet*, por si só, não se mostra inconstitucional –, por outro, à luz do princípio da paridade de armas, a única solução viável era a extensão da norma aos advogados de defesa. Portanto, a utilização da sentença aditiva na espécie mostra-se válida, mesmo porque não haveria espaço para a discricionariedade do legislador.

No âmbito brasileiro, de igual sorte, a decisão proferida no julgamento da ADI 2.652/DF, em que se estendeu a ressalva contida no parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil aos advogados públicos, revela-se adequada, na medida em que, à luz do princípio da isonomia, essa seria a única solução constitucionalmente autorizada, certo que o legislador não teria nenhum espaço para suprir a lacuna de forma diversa.

Por outro lado, quando houver mais de uma solução normativa possível, todas elas compatíveis com a Constituição, não deve a Corte Constitucional proferir uma decisão aditiva em sentido estrito. Nessas hipóteses, deve o Tribunal limitar-se a proferir uma sentença aditiva de princípio, porquanto esta, ao mesmo tempo em que orienta o juiz de primeiro grau na solução do caso concreto, permite ao legislador reparar a omissão gerada pela declaração de inconstitucionalidade.

Ainda no âmbito das sentenças aditivas, em especial no tocante às sentenças aditivas de prestação, outra questão que deve ser colocada é a problemática referente ao custo financeiro das decisões e ao princípio constitucional do equilíbrio orçamentário. Nesses casos, a Corte Constitucional deve realizar uma ponderação dos valores em jogo e, em determinadas hipóteses, “reter, durante o tempo de vigência de uma Lei do Orçamento de Estado, a publicação de uma decisão de inconstitucionalidade cujos efeitos impliquem, em sede prestacional, um desequilíbrio negativo grave ou sensível ao Orçamento” (MORAIS, 2005, p. 428).

Na mesma linha, Luis Roberto Barroso (2011, p. 60) assevera que, em situações como essas,

[...] poderia ser determinada uma data ou evento [futuro], como, por exemplo, o início do exercício financeiro seguinte. Essa fórmula permitiria a ponderação dos diferentes princípios envolvidos: de um lado, a separação de Poderes, a legalidade (o Legislativo, no intervalo, poderia prover sobre a questão), o orçamento e, de outro, a supremacia da constituição e a isonomia [no caso de extensão de benefício a uma categoria excluída de forma injustificada].

Noutro giro, no tocante às sentenças substitutivas, estas, via de regra, não se mostram legítimas, porquanto, em geral, ocupam o espaço de atuação discricionário reservado ao legislador e não decorrem de uma solução

constitucionalmente obrigatória. Entretanto, em certos casos, é possível que a componente reconstrutiva seja mero resultado de uma imposição legal ou constitucional ou mesmo de uma interpretação sistemática e integrativa.²⁰ Nessas hipóteses, tem-se que as sentenças substitutivas podem ser admitidas.

Exemplifica-se: na mencionada Sentença nº 145/1995, em que o Tribunal Constitucional italiano declarou a inconstitucionalidade de fórmula de juramento contida na Lei Processual Civil que invocava a Pessoa Divina e a substituiu por outra, fixada na própria sentença, tem-se que a Corte invadiu o espaço discricionário afeto ao legislador. É que havia possibilidade de o legislador estabelecer outras fórmulas (ainda que próximas daquelas estabelecidas pelo Tribunal), todas elas em conformidade com a Constituição. Deveria, assim, a Corte italiana ter se limitado a proferir uma sentença aditiva de princípio, a qual possibilitaria ao legislador colmatar a lacuna gerada pela declaração de inconstitucionalidade. Por outro lado, a decisão proferida no âmbito da ADI-MC 2.332/DF pela Corte Constitucional brasileira mostra-se consentânea com a ordem jurídica. Com efeito, tendo em vista que os juros compensatórios visam remunerar o que o desapropriado deixou de ganhar com a perda antecipada do imóvel, e considerando ser possível somente o levantamento de 80% (oitenta por cento) do preço ofertado em juízo (art. 33, § 2º, do Decreto-Lei nº 3.365, de 1941), nada mais correto que os juros incidam sobre a diferença entre 80% (oitenta por cento) do preço ofertado em juízo – pois essa é a quantia que fica efetivamente disponível para o expropriado – e o valor do bem fixado na sentença, sob pena de lesão ao princípio constitucional do justo preço. Vê-se, portanto, que a solução adotada é imposta não só pela Constituição, mas também pelo próprio Decreto-Lei nº 3.365, de 1941, de sorte que não haveria espaço para o legislador dispor de modo diverso.

Outra limitação que se coloca no âmbito das sentenças manipulativas é aquela referente ao Direito Penal. Com efeito, é sabido que o Direito Penal, pelo seu caráter eminentemente restritivo das liberdades individuais, está fundamentado

20 Carlos Blanco de Moraes defende que as sentenças substitutivas não devem ser admitidas em nenhuma hipótese. Sustenta o autor que “existindo uma opção do legislador tida como ilegítima e que é parcialmente eliminada, criando-se um vazio, verifica-se que o seu preenchimento através da ‘reconstrução da regra devida’ é feito mediante uma escolha política do tribunal, a qual não deriva nem da disposição invalidada (que diz algo de diferente da componente aditiva) nem da componente mutilada e subsistente da norma (já que dela não se extrai sentido gramatical ou lógico para uma operação reconstrutiva).” (MORAIS, 2009, p. 104).

no princípio da reserva legal absoluta (art. 5º, XXXIX, CF). Assim, a norma penal incriminadora somente pode ser criada por meio de lei em sentido estrito, elaborada pelo legislador em observância ao processo legislativo previsto na Constituição. Como decorrência do princípio da legalidade estrita, é inadmissível na seara do Direito Penal a interpretação extensiva ou analogia *in malam partem*. Portanto, nessa linha de raciocínio, não se revelam legítimas quaisquer sentenças aditivas que impliquem a incriminação de pessoas no tocante a fatos passados (*nullum crime nulla poena sine lege previa*); que, ampliem, mesmo por via demolitória, a hipótese de incidência da norma penal incriminadora (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*); ou que introduzam no tipo penal conceitos vagos e indeterminados (*nullum crimem nulla poena sine lege stricta*) (MORAIS, 2009, p. 107-108).

De outra banda, se a prolação de sentença aditiva não se releva admissível quando desfavorável ao réu, seu uso mostra-se legítimo quando *in bonam partem*. É que se os tribunais podem interpretar a lei de forma extensiva ou fazer uso da analogia quando favorável ao réu, nada impede a prolação de decisões manipulativas com efeitos aditivos com o escopo de, por exemplo, reduzir o âmbito de incidência de uma norma penal incriminadora.²¹ A propósito, cumpre anotar a Sentença nº 27/1975 proferida pela Corte Constitucional italiana em que se debateu a constitucionalidade do art. 549 do Código Penal que autorizava a interrupção da gravidez nas hipóteses em que mãe estivesse sob perigo atual de morte (aborto necessário). Na ocasião, a Corte italiana, considerando, entre outras questões, que o interesse constitucionalmente protegido relativo ao feto pode colidir com outros interesses igualmente dignos do ponto de vista constitucional e tendo em vista que o dano à saúde pode ser previsível, sem ser imediato, declarou a inconstitucionalidade do dispositivo em questão “na parte em que não prevê que a gravidez possa ser interrompida quando a continuação da gestação implique dano, ou perigo, grave, atestado por médico, para a saúde da mãe.” (PAIVA, 2011). Aliás, a Corte Constitucional brasileira, ainda que não

21 Esse é o entendimento de Diaz Revorio, citado por Fátima de Sá (2009, p. 104), segundo o qual o princípio da legalidade estrita é uma garantia para o acusado, assim “no impide cualquier interpretación más favorable para él. Si una ley prevé un supuesto de hecho y una determinada sanción penal, y una sentencia constitucional reduce el ámbito de aplicación de dicha sanción. O las consecuencias jurídicas desfavorables, no creo que dicha setencia atente al principio de legalidad penal.” Em sentido contrário, considerando ser absoluta a impossibilidade de utilização de sentença aditiva em matéria penal A. Pugiotto.

admita de maneira expressa, no julgamento da ADPF 54, relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que se discute a possibilidade de interrupção da gravidez em caso de anencefalia fetal, acabará, a depender do resultado, reconhecendo uma nova causa excludente de ilicitude não prevista expressamente no art. 128 do Código Penal.²²

De igual sorte, diante do princípio da reserva legal, não são aceitáveis sentenças aditivas para o fim de definir ou majorar tributos, bem como ampliar o fato gerador. Por outro lado, não há óbice no uso de sentenças manipulativas para estender um benefício tributário, quando violado, por exemplo, o princípio da isonomia. Nessa linha, cumpre ressaltar o julgamento do RE 405.579, relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, interposto contra acórdão do TRF/4ª Região que, com base no princípio da isonomia, estendera a empresa que trabalhava com mercado de reposição de pneumáticos os efeitos do inciso X do § 1º do art. 5º da Lei nº 10.182, de 12 de fevereiro de 2001.²³ Na ocasião, o Ministro Gilmar Mendes, em voto-vista, acompanhando a divergência, negou provimento ao recurso, por entender que a extensão do benefício fiscal à recorrida, por meio de decisão de efeitos aditivos, seria a solução mais adequada ao ordenamento constitucional.²⁴

Por derradeiro, é mister ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta uma peculiaridade: o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF). É que, no caso, o próprio constituinte originário, ao prever uma ação de nítido caráter mandamental, para além de consagrar um direito subjetivo público à emissão da

22 Nesse sentido, confira-se voto do Ministro Gilmar Mendes proferido no julgamento de questão de ordem na referida arguição de descumprimento de preceito fundamental. Registre-se, porém, que o pedido principal foi formulado nos seguintes termos: “[...] requer seja julgado procedente o presente pedido para o fim de que esta Eg. Corte procedendo à interpretação conforme à Constituição dos arts. 125, 126 e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), declare inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante a se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.” Entretanto, embora o pedido fale em mera interpretação conforme, é inegável o caráter aditivo da decisão.

23 “Art. 5º Fica reduzido em quarenta por cento o imposto de importação incidente na importação de partes, peças, componentes, conjuntos e subconjuntos, acabados e semiacabados, e pneumáticos. § 1º O disposto no *caput* aplica-se exclusivamente às importações destinadas aos processos produtivos das empresas montadores e dos fabricantes de: [...] X – autopeças, componentes, conjuntos e subconjuntos necessários à produção dos veículos listados nos incisos [de] I a IX, incluídos os destinados ao mercado de reposição.”

24 Confira-se o Informativo nº 611 do Supremo Tribunal Federal. Cumpre registrar que o Ministro Gilmar Mendes ficou vencido em companhia dos Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto e Ricardo Lewandowski. O Ministro Joaquim Barbosa deu provimento ao recurso por entender que não seria possível ao Judiciário acrescentar exemplos na lei com base no princípio da isonomia. Já os Ministros Cezar Peluso, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Eros Grau deram provimento ao recurso, mas pelo fundamento de que não se poderia aplicar o princípio da isonomia, pois as situações fáticas eram diversas.

uma norma concreta, instituiu – ao menos à luz de uma interpretação que busque dar algum sentido à ação constitucional – a possibilidade de um provimento judicial que, no caso concreto, assegure o exercício de direito de estatura constitucional, independentemente da existência de lei regulamentadora.

Tem-se, assim, que, por expressa opção do legislador constituinte, criou-se uma ação mandamental que – ao viabilizar o exercício de um direito subjetivo, prejudicado pela falta de norma regulamentadora – acaba por autorizar a edição, pelo órgão judicante, de uma norma concreta para reger a hipótese em julgamento (SOBRINHO, 1999, p. 118-207). Nesses casos, portanto, a liberdade de atuação do Poder Judiciário, ao suprir a omissão legislativa, revela-se maior.²⁵ Aliás, nesse sentido, o Projeto de Lei nº 6.128/2009 que regulamenta o processo e julgamento do mandado de injunção expressamente estabelece que:

[...] reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para o fim de: I – determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II – estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado. Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I quando comprovado que o impetrado deixou de atender ao prazo estabelecido para a edição da norma em anterior mandado de injunção.

Entretanto, o provimento judicial, por se tratar de processo subjetivo, deve ter eficácia *inter partes*, salvo quando incompatível com a natureza do direito objeto da impetração, bem como produzir efeitos até a edição da norma regulamentadora, resguardando, assim, a liberdade de atuação do legislador.

25 Newton Pereira Ramos Neto anota que nesses casos deve-se falar em sentença normativa. É que o termo “adição” pressupõe algo anterior que sofrerá acréscimo, o que não existe nas omissões absolutas totais, quando o legislador descumpre integralmente o dever de legislar (NETO, 2011).

6 Conclusão

O apego ao paradigma do “legislador negativo” tem se revelado insuficiente na proteção de direitos fundamentais, notadamente nos casos de omissão legislativa inconstitucional. Nesse contexto, as sentenças manipulativas com efeitos aditivos – em contraposição às sentenças simples – apresentam-se como técnicas decisórias relevantes no âmbito do controle de constitucionalidade.

Entretanto, a despeito de sua inegável importância para a tutela de princípios constitucionais e da utilização cada vez mais reiterada no âmbito da jurisdição constitucional, é fundamental encontrar um ponto de equilíbrio. Com efeito, se o Poder Judiciário não deve ser visto como a “inanimada boca da lei”, é necessário maturidade e autocontrole, a fim de preservar o campo legítimo de atuação do Poder Legislativo.

Em busca desse modelo (mitigado), conclui-se que, conquanto as sentenças demolitórias e aditivas de princípio estejam em conformidade com a ordem constitucional, as sentenças aditivas em sentido estrito e as sentenças substitutivas necessitam de reparos. Nessa senda, estas não se mostram legítimas quando implicam “revisão constitucional” ou mesmo quando ocupam o espaço discricionário reservado ao legislador. De outra parte, as sentenças aditivas em sentido estrito e as sentenças substitutivas são compatíveis com a Constituição quando decorrem de uma “solução constitucionalmente obrigatória” ou de uma imposição legal e constitucional. É que, nesses casos, não há espaço para o legislador atuar de modo diverso, sob pena de ofensa à Lei Fundamental.

Ademais, entende-se que, em matéria penal, tendo em vista a princípio da reserva legal, a utilização de sentenças manipulativas de efeitos aditivos deve ser vista com parcimônia, de forma que tais maneiras de decidir não sejam admissíveis quando contrárias ao réu. De igual sorte, em matéria tributária, compreende-se que sua utilização não é viável quando instituir ou majorar tributos.

Noutro giro, quanto ao mandado de injunção e suas implicações para o tema, não se pode deixar de registrar que, na hipótese, por expressa opção do legislador constituinte, confere-se uma liberdade de atuação mais alargada por parte do Poder de Judiciário.

Portanto, estabelecidas referidas limitações, acredita-se que o uso mitigado das sentenças manipulativas é salutar, porquanto, ao mesmo tempo em que fica

preservado o espaço de atuação discricionário e legítimo do Poder Legislativo, permite-se que o Poder Judiciário atue no campo da omissão inconstitucional e garanta a supremacia da Constituição.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Inconstitucionalidade e garantia da Constituição. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 305. tomo VI.
- MONTESQUIEU, Barão de. **O espírito das leis**. Brasília: UnB, 1982.
- MORAIS, Carlos Blanco. **Justiça Constitucional**. O contencioso constitucional português: entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. tomo II.
- _____. As sentenças com efeitos aditivos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009.
- NETO, Newton Pereira Ramos. **Decisões aditivas na jurisdição constitucional brasileira: em busca de um modelo constitucional adequado**. Disponível em: <<http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:wfyafndRjQoJ:xa.yimg.com/kq/groups/17745960/1423371600/name/Decis%25C3%25B5es%2Baditivas%2Bna>>

%2Bjurisdi%25C3%25A7%25C3%25A3o%2Bconstitucional%2Bbrasileira.doc+newton+pereira+ramos+decisoes+aditivas&hl=pt>. Acesso em: 11 jul. 2011.

PAIVA, Paulo Frederico. **Decisões manipulativas em controle de constitucionalidade e sua admissibilidade em matéria criminal**. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/200/171>>. Acesso em: 8 jul. 2011.

PIÇARRA, Nunes. **A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estado das suas origens e evolução**. Lisboa: Coimbra Editora, 1989.

ROMBOLI, Roberto. **El control de constitucionalidad de las leyes en Italia**. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/4/est/est7.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2011.

SÁ, Fátima de. Omissões Inconstitucionais e Sentenças aditivas. In: MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **As sentenças aditivas da Justiça Constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermédias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Ílvaro Ricardo de Souza (Coords.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

SOBRINHO, Jorge Hage. **Omissão Inconstitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

O Poder Normativo do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil diante do Artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988

Camila Neves Willhelm*

1 Introdução. 2 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal: 2.1 Voto do Ministro Sepúlveda Pertence; 2.2 Voto do Ministro Cezar Peluso; 2.3 Voto do Ministro Eros Roberto Grau; 2.4 Análise dos três votos. 3 As teorias presentes na doutrina: 3.1 O enfrentamento do problema; 3.2 Atribuição regulamentar (Eros Roberto Grau); 3.3 Princípio da eficiência (Tércio Sampaio Ferraz Júnior). 4 Conclusão.

Resumo

Estuda como a jurisprudência e a doutrina defendem o poder normativo do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil diante do óbice contido no art. 25, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, o qual determina – no prazo (prorrogável) de 180 dias, a partir da promulgação da Constituição – a revogação de todos os dispositivos legais que delegassem ou atribuíssem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange à ação normativa. Nesse intuito, analisa-se o entendimento do Supremo Tribunal

* Procuradora do Banco Central do Brasil em Porto Alegre. Pós-graduada em Direito Público pelo Verbo Jurídico e graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Federal acerca do tema, esquadrinhando-se cada voto que compôs a maioria do julgamento do Recurso Extraordinário nº 286.963/MG. Após verifica-se quais são os argumentos empregados pela doutrina para sustentar o poder regulamentar dos órgãos e entidades do Poder Executivo no campo econômico, mesmo em face do obstáculo presente no referido dispositivo transitório.

Palavras-chave: Conselho Monetário Nacional. Banco Central. Poder Normativo. Art. 25, I, do ADCT da CF/88.

Abstract

The paper studies the case law and doctrine advocating the normative power of the National Monetary Council and the Central Bank of Brazil facing the obstacle contained in art. 25, item I, from the Act of Transitory Constitutional Dispositions (ATCD), which determines – within (extended) 180 days after the promulgation of the Constitution – the repeal of all legal provisions that delegated or assigned to Executive Power agencies competence indicated by the Constitution to Congress, especially in respect to regulatory actions. To that end, it is analyzed the understanding of the Supreme Court on the subject, scanning every vote of the trial of Extraordinary Appeal nº 286.963/MG. After, it finds the arguments which are employed by the doctrine to sustain the regulatory powers of the organs and entities of the Executive Power in the economic field, even when confronting the obstacle mentioned in the referred transitorial article.

Keywords: National Monetary Council. Central Bank of Brazil. Normative Power. Art. 25, item I, from ADCT.

1 Introdução

A Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, Lei da Reforma Bancária, criou o Conselho Monetário Nacional (CMN), responsável pela formulação da política da moeda e do crédito (art. 2º), bem assim o Banco Central do Brasil (BCB),

autarquia federal competente para cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação e as normas expedidas pelo CMN (art. 9º). Tal diploma, por meio de dispositivos de caráter abstrato e alcance genérico, tornou ampla a abrangência regulamentar dessas instituições no Sistema Financeiro Nacional, mais especificamente no campo da regulação e da supervisão bancária.¹

Jean Paul Cabral Veiga da Rocha (2005, p. 154), a propósito, bem disserta sobre o poder normativo do CMN e do BCB, ao tratar da regulação no mercado financeiro brasileiro:

Se tomarmos as normas de competência em vigor no direito brasileiro, veremos que há uma grande quantidade de competências atribuídas ao CMN e ao BCB, concentrando-se, naquele primeiro, as competências normativas, e, neste último, as competências de execução e de fiscalização. Entretanto, a atuação de caráter normativo do BCB também é relevantíssima. Ocorre com regularidade uma delegação formal, via resolução, para que o BCB trate de determinadas matérias.

Tal atribuição regulamentar, contudo, enfrentou óbice com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que, em seu art. 25, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), prescreveu fossem revogados, no prazo de 180 dias a contar da promulgação da Constituição (prorrogável por lei), todos os dispositivos legais que atribuíssem ou delegassem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange à ação normativa.²

Dessa forma, considerando-se que a Constituição estabelece: *i*) competir privativamente à União legislar sobre sistema monetário, política de crédito,

1 A referida lei estabeleceu, por exemplo, competir ao CMN fixar as diretrizes e normas da política cambial (art. 4º, V); disciplinar o crédito, em todas as suas modalidades, e as operações creditícias, em todas as suas formas (art. 4º, VI); regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercem atividades subordinadas à Lei nº 4.595, de 1964, bem como a aplicação das penalidades previstas (art. 4º, VIII); e, ainda, expedir normas gerais de contabilidade e estatística a serem observadas pelas instituições financeiras (art. 4º, XII). Quanto ao BCB, a norma legal atribuiu-lhe competência para exercer o controle do crédito, sob todas as suas formas (art. 10, VI); efetuar o controle dos capitais estrangeiros (art. 10, VII); exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas (art. 10, IX); efetuar, como instrumento de política monetária, operações de compra e venda de títulos públicos federais (art. 10, XII); atuar no sentido do funcionamento regular do mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio no balanço de pagamentos (art. 11, III); e, ainda, exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais (art. 11, VII).

2 “Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa [...]”.

câmbio, seguros e transferência de valores;³ *ii*) caber ao Congresso Nacional dispor sobre matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações,⁴ bem como, por meio de leis complementares, regular o sistema financeiro nacional;⁵ e *iii*) competir ao Senado Federal disciplinar operações de crédito do setor público;⁶ poder-se-ia concluir, diante da vedação presente no art. 25, I, do ADCT, que foi revogada a Lei nº 4.595, de 1964, nas partes em que confere poderes normativos ao CMN e ao BCB.

Esse, aliás, é o posicionamento dos renomados autores Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (2002, p. 268), ao comentarem o referido dispositivo transitório:

A ação normativa é tipicamente do Congresso Nacional, cabendo ao Executivo legislar por medidas provisórias ou leis delegadas. **Tenho por inconstitucional o Poder Legislativo outorgado ao Banco Central para, através de resoluções, normar (sic) matéria bancária**, pratica, todavia, aceita, inclusive pelos tribunais. (grifei).

As normas do CMN e do BCB, entretanto, continuam a reger o Sistema Financeiro Nacional, sendo, com muita frequência, observadas pelos agentes econômicos e acolhidas pelos tribunais.⁷

Dessarte, considerando-se o óbice presente no art. 25 do ADCT, bem assim o poder normativo real e efetivo do CMN e do BCB, cabe verificar, no presente trabalho, quais são os fundamentos utilizados, na jurisprudência e na doutrina, para enfrentar esse problema e defender a legitimidade de tais atos regulamentares.

Nesse intuito, analisa-se, primeiramente, o julgado do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 286.963/MG), no qual a Corte pronunciou-se

3 Art. 22, VI e VII.

4 Art. 48, XIII.

5 Art. 192.

6 Art. 52, V, VI, VII, VIII, IX.

7 Nesse sentido, disserta Flávio José Roman (2009, p. 58): “As resoluções editadas pelo Conselho Monetário Nacional, bem como outros atos normativos editados pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários, **certamente não são atos de nenhuma importância no direito material**. Não só, esse poder normativo é claramente eficaz: os agentes econômicos regulados, na grande maioria dos casos, relevam disposição em atender às determinações decorrentes desses atos normativos, reconhecendo o poder regulamentar dos agentes reguladores.” (grifei).

sobre o objeto da revogação estabelecida pelo art. 25 do ADCT, sendo esquadrinhado cada voto que formou a maioria do julgamento. Após, examina-se quais são as principais teorias presentes na doutrina que sustentam a importância, necessidade e legitimidade desse poder regulamentar.

2 O posicionamento do Supremo Tribunal Federal

O caso em que o Supremo Tribunal Federal discutiu especificamente sobre o objeto da revogação do art. 25 do ADCT é o do Recurso Extraordinário 286.963/MG, interposto contra acórdão que aplicou a Lei de Usura (Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933) à taxa de juros bancários, sob o entendimento de que essa norma voltou a vigorar devido à revogação da Lei nº 4.595, de 1964, por força do art. 25 do ADCT.⁸

Por maioria, a Egrégia Corte deu provimento ao recurso extraordinário, concluindo que os normativos baixados pelo CMN – os quais têm por base legitimadora a Lei nº 4.595, de 1964 – são aplicáveis à taxa de juros praticada pelas instituições financeiras. Consideraram que o referido artigo transitório, após a expiração do prazo de 180 dias (prorrogável por lei), teria revogado apenas os dispositivos da legislação pré-constitucional que delegassem ou atribuíssem ao Poder Executivo competência para dispor sobre assuntos reservados pela Constituição ao Congresso Nacional, mantendo-se em vigor as normas editadas em decorrência de tais delegações, quando estas ainda estavam vigentes.⁹

Consoante esse entendimento, como a competência se apura no momento da edição do ato normativo, a revogação dos dispositivos que delegavam competência ao Poder Executivo para dispor sobre instituições financeiras e suas operações não implicaria a revogação das normas deles decorrentes, quando editadas dentro do prazo transitório previsto no art. 25 do ADCT, momento em que o Poder Executivo ainda dispunha de tal competência.

8 A propósito, a Procuradoria-Geral do Banco Central (BCB, 2008, p. 240), em memorial apresentado ao Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 914.617/PE, sustentou a constitucionalidade e legalidade do ato normativo instituidor e demais normas disciplinadoras do Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (Proer) citando esse precedente.

9 Defendeu o Ministro Cezar Peluso (BRASIL, 2006, fl. 603) que o art. 25 do ADCT “se limitou a banir as normas atributivas ou delegantes de competência, não os atos praticados no exercício de competência antes delegada durante a vigência das leis que o autorizavam.”

Embora esse argumento tenha sido defendido pelos Ministros que votaram pelo provimento do recurso (Ministro Sepúlveda Pertence, Ministro Cezar Peluso e Ministro Eros Grau), deve-se sublinhar que cada um deles apresentou uma tese que se diferencia sob determinados aspectos.

2.1 Voto do Ministro Sepúlveda Pertence

O Ministro Sepúlveda Pertence (BRASIL, 2006, fl. 567), relator, tendo por base o que foi decidido na ADI 4/DF,¹⁰ entendeu não ter sido revogada a Lei nº 4.595, de 1964, nos seguintes termos:

Conforme se depreende de sua redação (do Art. 25 do ADCT), o objeto da revogação – quando ultrapassado o prazo de 180 (cento e oitenta) dias da promulgação da Constituição, não prorrogado por lei – é a competência atribuída ou delegada a órgão do Poder Executivo pela legislação pré-constitucional (quando se tratar de matéria incluída na competência do Congresso Nacional), e não as normas editadas quando vigente a delegação. Ora, o Tribunal, no julgamento da ADI 4/DF (Sydney Sanches DJ de 25.6.1993), declarou constitucionais o parecer do Consultor Geral da República e a circular do Banco Central que, respectivamente, considerou não autoaplicável o § 3º do art. 192 da CF, e determinou a observância da legislação anterior à Carta Federal, até o advento da lei complementar reguladora do Sistema Financeiro Nacional.

10 “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TAXA DE JUROS REAIS ATÉ DOZE POR CENTO AO ANO (PARAGRAFO 3º DO ART. 192 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). [...] o que se pleiteia, na inicial, é a declaração de inconstitucionalidade de certo parecer da Consultoria Geral da República, aprovado pelo Presidente da República e seguido de circular do Banco Central. 5. Como o Parecer da Consultoria Geral da República (SR. nº 70, de 6/10/1988, DO de 7/10/1988), aprovado pelo Presidente da República, assumiu caráter normativo, por força dos artigos 22, parágrafo 2º, e 23 do Decreto nº 92.889, de 7/7/1986, e, ademais, foi seguido de circular do Banco Central, para o cumprimento da legislação anterior à Constituição de 1988 (e não do parágrafo 3º do art. 192 desta última), pode ele (o parecer normativo) sofrer impugnação, mediante ação direta de inconstitucionalidade, por se tratar de ato normativo federal (art. 102, i, a, da CF). 6. Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do sistema financeiro nacional (art. 192), estabelecido que este será regulado por Lei Complementar, com observância do que determinou no *caput*, nos seus incisos e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu parágrafo 3º, sobre taxa de juros reais (12 por cento ao ano), até porque estes não foram conceituados. Só o tratamento global do sistema financeiro nacional, na futura Lei Complementar, com a observância de todas as normas do *caput*, dos incisos e parágrafos do art. 192, e que permitira a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma. 7. Em consequência, não são inconstitucionais os atos normativos em questão (parecer da Consultoria Geral da República, aprovado pela Presidência da República e circular do Banco Central), o primeiro considerando não auto-aplicável a norma do parágrafo 3º sobre juros reais de 12 por cento ao ano, e a segunda determinando a observância da legislação anterior à Constituição de 1988, até o advento da Lei Complementar reguladora do sistema financeiro nacional. 8. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade julgada improcedente, por maioria de votos. (BRASIL, 1993).” (grifei).

As normas objeto dessa ação são perfeitamente válidas, uma vez que foram editadas dentro do prazo estipulado pelo dispositivo transitório, quando o Poder Executivo possuía competência para dispor sobre instituições financeiras e suas operações; indiferente, para sua observância, que tenha havido ou não a prorrogação admitida no art. 25 do ADCT; portanto, não há de se falar em revogação da Lei 4.595/64.

De início, é importante observar serem possíveis duas interpretações na parte em que o relator declarou a validade das normas objeto da ação e concluiu pela vigência da Lei nº 4.595, de 1964 (último parágrafo transcrito), já que o Ministro podia ter se referido ou aos atos normativos objeto da ADI 4 ou aos do RE 286.963/MG. Todavia, analisando-se mais precisamente o voto, verifica-se ser o primeiro entendimento o que melhor se coaduna com a argumentação, pois, a seguir, o Ministro Pertence (BRASIL, 2006, fl. 570) referiu que

[O Poder Executivo] Estava imitado naquela competência (de dispor sobre instituições financeiras e suas operações), nos primeiros 180 dias (do art. 25 do ADCT). E foi nesses primeiros 180 dias que aprovou o parecer do Consultor Geral República, em consequência do qual o Banco Central baixou instruções mandando observar a Lei 4.595 até que viesse a Lei Complementar do Sistema Financeiro Nacional. (grifei).

Verifica-se, portanto, que o Ministro Sepúlveda Pertence considerou legítima a aplicação da Lei nº 4.595, de 1964, em razão de terem sido declarados constitucionais, na ADI 4/DF, os atos normativos (parecer da Consultoria Geral da República, aprovado pelo Presidente da República, seguido de circular do Banco Central), que, em conjunto, determinaram a aplicação da Lei da Reforma Bancária, enquanto não surgisse a lei complementar prevista no art. 192 da CF. Argumentou, outrossim, que tais atos normativos foram editados dentro do prazo de 180 dias fixado no art. 25 do ADCT, isto é, enquanto o Poder Executivo possuía competência para dispor sobre a matéria bancária.¹¹

11 De fato, foi nos primeiros 180 dias da promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 que o Presidente da República, em 6 de outubro de 1988 (DO de 7/10/1988, p. 19.674), aprovou parecer da Consultoria Geral da República, de 6 de outubro de 1988 (SR. n. 70, de 6/10/1988, DO de 7/10/1988), o qual – assumindo caráter normativo, por força de tal aprovação (arts. 22, § 2º, e 23 do Decreto nº 92.889, de 7 de julho de 1986) –, considerava não autoaplicável o § 3º do art. 192 da CF. Em consequência desse parecer, o Banco Central baixou circular (Circular nº 1.365 de 1988) determinando a observância da legislação anterior à Constituição de 1988 – o que inclui a Lei nº 4.595, de 1964 – até o advento de lei complementar reguladora do Sistema Financeiro Nacional.

Tendo em mente que a competência se apura no momento da edição do ato normativo, o Ministro Sepúlveda (BRASIL, 2006, fl. 571) acrescentou ser irrelevante a prorrogação do prazo previsto no citado dispositivo transitório para manter a Lei da Reforma Bancária vigente, nas seguintes palavras:

A prorrogação é irrelevante, porque o que se discute é que, não tendo havido prorrogação por lei, cairia a própria norma substancial. Ora, é elementar que não existe inconstitucionalidade formal superveniente. A competência se apura no momento da prática do ato normativo. E esta fora de logo prorrogada por 180 dias, conforme o artigo 25 do ADCT. E neste prazo foram baixadas as normas.

Em suma, segundo a tese do relator, o art. 25 do ADCT apenas determinou a revogação, após a expiração do prazo fixado, dos dispositivos que delegassem ou atribuíssem ao Poder Executivo competência reservada pela Constituição ao Congresso Nacional, mas não das normas deles decorrentes. Sustentou, nesse sentido, serem válidos os atos normativos que determinaram a observância da Lei nº 4.595, de 1964, pois formulados e publicados dentro do prazo transitório, quando o Poder Executivo tinha competência para dispor sobre instituições financeiras e suas operações. Com efeito, a constitucionalidade de tais normas – reconhecida na ADI 4 – torna legítima a aplicação da Lei da Reforma – e dos atos dela decorrentes –, sendo irrelevante eventual prorrogação do prazo previsto no art. 25 do ADCT, já que a competência se apura no momento da prática do ato normativo.

2.2 Voto do Ministro Cezar Peluso

No voto do Ministro Cezar Peluso, não foi apreciada, de forma expressa, a legitimidade da Lei nº 4.595, de 1964, mas, sim, dos atos de regulamentação baixados pelo CMN – que são dela decorrentes –, pois, segundo o Ministro, foram esses atos que o acórdão recorrido deixara de aplicar, determinando a observância da Lei de Usura.

Para o Ministro Peluso, o acórdão objeto do recurso extraordinário ofendeu o art. 25 do ADCT, porquanto o artigo transitório previu a revogação dos

dispositivos que delegassem ou atribuíssem ao Poder Executivo competência reservada pela Constituição ao Congresso Nacional – como é o caso da Lei nº 4.595, de 1964 –, mas não dos regulamentos deles decorrentes, editados dentro do prazo, em que o Poder Executivo ainda exercia competência normativa – como é a situação dos atos regulamentares do CMN que não foram aplicados pelo juízo de segunda instância. Destacam-se, nesse contexto, algumas passagens do voto:

Está, pois, claríssimo que o acórdão reputou revogadas todas as normas regulamentares de juros, baixadas pelo Conselho Monetário Nacional, ainda durante a vigência das leis que autorizavam a fazê-lo, como, p. ex., a Lei 4.595/64, cujo art. 4º, inc. IX, lhe dava poder para limitar os juros, e o Dec.-lei nº 167/67, cujo art. 5º lhe concedia competência para fixar taxas de juros nas cédulas de crédito rural, que é título da espécie.

Nisso, ofendeu o art. 25 do ADCT do qual não pode tirar-se eficácia de ter revogado, segundo decidiu o acórdão, todos os atos do Conselho expedidos sob a vigência das leis que lhe conferiam competência para dispor sobre a taxa de juros. De modo que, por dar provimento ao extraordinário, é impertinente excogitar sobrevivência das leis de delegação ao termo final do prazo estipulado no art. 25 do ADCT, porque só interessa o fato indiscutível de haver o acórdão reputado revogados os atos expedidos no exercício de competência que vigia até o advento do fim do prazo constitucional e cuja luz tinha, e ainda tem, de verificar se os juros acordados na cédula eram, ou não, legais. Em síntese, o art. 25 não revogou eventuais atos de regulamentação de juros que o Conselho haja baixado antes do termo final do prazo de revogação das leis delegantes e, daí, a convenção dos juros dever, na espécie, ser apreciada segundo o ato ou os atos normativos vigentes à data da assinatura da cédula de crédito, não nos termos do Dec.-lei nº 22.626/33. (BRASIL, 2006, fl. 604). (grifei).

Apesar de não estar expresso no voto, o Ministro demonstrou posicionar-se no sentido de ser a Lei nº 4.595, de 1964, passível de revogação após a expiração do prazo previsto no art. 25 do ADCT, pois é ela que confere a competência normativa ao CMN, possibilitando a expedição dos normativos, cuja legitimidade, segundo o Ministro Peluso, era questionada no recurso.

Esse entendimento é delineado, principalmente, no primeiro parágrafo transcrito, no qual se sublinhou que as normas baixadas pelo CMN foram expedidas quando **ainda** vigentes as leis que o autorizavam a fazê-lo, como a Lei

nº 4.595, de 1964. Todavia, o Ministro não chegou a tratar diretamente sobre essa matéria, por considerar que o voto deveria ater-se à legitimidade das normas regulamentares editadas pelo CMN e não aplicadas pelo acórdão recorrido.

O Ministro Eros Grau, a propósito, não só abordou o tema da prorrogação – por mais de dezesseis anos – do prazo previsto no artigo transitório, como também defendeu a necessidade de atuação do CMN no campo econômico.

2.3 Voto do Ministro Eros Roberto Grau

O Ministro Eros Roberto Grau, declarando acompanhar o relator, afastou, de forma brilhante, as teses do Ministro Marco Aurélio e do Ministro Carlos Britto, que criticavam a excessiva prorrogação do prazo disposto no art. 25 do ADCT.¹² Segundo esses Ministros, feriu o princípio da razoabilidade a prorrogação, por mais de dezesseis anos, do prazo transitório previsto no art. 25 do ADCT. Nesse diapasão, está o posicionamento do Ministro Marco Aurélio (2006, fl. 578):

Admita-se que o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não haja delimitado a prorrogação do prazo nele previsto – de 180 dias. Todavia, há de se dar interpretação ao texto a partir da razoabilidade. Em síntese, não se coaduna com o citado princípio a sucessividade de leis, elasticendo um prazo de 180 dias de forma indeterminada. Hoje, passando mais de 16 anos da vigência da Carta de 1988, tem-se, ainda, a competência do Conselho Monetário Nacional a partir de extravagante delegação, porquanto contrária aos ditames constitucionais. Há de se proclamar a supremacia da Carta da República, predicado que apanha não apenas os preceitos situados no corpo permanente, mas também no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

12 O Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2006, fl. 577) detalhou as normas que prorrogaram o prazo do art. 25 do ADCT: “A delegação de que cuidou o inciso IX do artigo 4º da Lei 4.595 de 31 de dezembro de 1964 veio a merecer prorrogação ante o texto do artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A Medida Provisória nº 45/89, editada em 31 de março de 1989, elasteceu o prazo de vigência até o dia 30 de abril de 1990. Havendo perdido eficácia em 3 de maio de 1989, tal prorrogação veio a estar estampada na de nº 53/89 e aí cogitou-se da data-limite de 30 de outubro de 1989. Seguiu-se a Medida Provisória nº 100/89, versando sobre a dilatação do prazo de vigência até a vinda da lei complementar de que trata o art. 192 da Constituição Federal. A Lei 7.892/89 prolongou o prazo de forma limitada, ou seja, até 31 de maio de 1990, seguindo-se da Medida Provisória 188/90, convertida na Lei 8.056/90, dilatando o prazo até 31 de dezembro de 1990. Já a Medida Provisória nº 277/90, convertida na Lei 8.127/90, implicou nova extensão, assinando-se, como termo final, 30 de junho de 1991. Seguiu-se a Lei nº 8.201/91, mais uma vez tendo-se a prorrogação, agora até 31 de dezembro de 1991. A Lei 8.391/91 fixou como termo final a promulgação da lei complementar aludida no artigo 192 da Constituição. Então, veio à baila o Plano Real e a lei respectiva, de nº 9.069/95, repetiu a regra do diploma anterior.”

O Ministro Eros Grau, por sua vez, rebateu tais argumentos, afirmando ser necessária a regulamentação da matéria bancária, enquanto não houvesse legislação a respeito, sob pena de se instalar o caos na política econômica brasileira. Nesse contexto, sublinhou ser salutar a expedição de normas por parte do CMN – órgão que oferece condições de acompanhar a dinâmica da realidade econômica do país, sem passar pelos morosos trâmites legislativos, exercendo a chamada capacidade normativa de conjuntura. É importante transcrever o entendimento do Ministro (BRASIL, 2006, fls. 587-588):

O que o art. 25 permite é que se exerça, enquanto não houver lei regulando a matéria, mediante ação do Poder Executivo ou órgão do Poder Executivo, a capacidade normativa de conjuntura. **O limite no tempo [...] será aquele suficiente para que o Congresso Nacional crie os textos normativos que se tornem necessários para adaptar plenamente a situação ao texto da Constituição. Se o Poder Legislativo levar trinta e dois anos sem editar esses textos normativos é necessário que alguém regule.** Esta é a situação prevista, exata e precisamente esta.

[...]

A Constituição provê, no sentido de permitir que situação de fato seja regulada e isto faz ou deve fazer o Executivo. A nós, Poder Judiciário, esta Corte, incumbe prover, no quadro da Constituição, da ordem constitucional, no sentido não de instalar a desordem. No sentido não de fecharmos os olhos para a realidade, mas sim de prover observados os princípios que a Constituição do Brasil afirmam, a concreção de uma ordem.

Não podemos absolutamente imaginar que incumba a esta Corte decidir ignorando a realidade. A realidade envolve inúmeros fatores: omissão do Poder Legislativo, velocidade muito grande de transformação da própria realidade, o que implica a necessidade da atuação do órgão colegiado, o Conselho Monetário Nacional, no sentido de ordenar efeitos de caráter econômico.

Estou inteiramente convencido de que a solução mais adequada à Constituição é a preconizada no voto do Ministro Pertence, expressão da prudência muito elevada. Sobretudo porque considera não apenas o texto da Constituição na sua globalidade, mas a própria realidade. (grifei).

Nesse sentido, o Ministro chegou a ressaltar as consequências que poderiam advir se o CMN fosse impedido de continuar a expedir resoluções, por meio do BCB, no sentido de regular as atividades do mercado financeiro:

Estou preocupado. A consequência seria a seguinte: inviabilização da política econômica neste País. Voltar aos juros de doze por cento ao ano, acabar com a noção de juros real, que envolve, além do próprio conceito de juro no sentido keynesiano, também a consideração da desvalorização da moeda etc.

Fiquei verdadeiramente apavorado – quero dizer – com esses graves efeitos. (BRASIL, 2006, fl. 600).

Percebe-se, portanto, que o Ministro Eros Grau defendeu a prorrogação do prazo previsto no art. 25 do ADCT – e, com isso, a vigência da Lei nº 4.595, de 1964, e dos normativos baixados com base nela –, utilizando-se de argumentos que, além de harmonizarem-se com os preceitos contidos na Constituição Federal, coadunaram-se com a realidade econômica do país. O magistrado não só enfatizou que a existência constante de normas era imprescindível para disciplinar a matéria bancária, como também demonstrou que o Poder Executivo apresentava excelentes condições de regrá-la, possuindo capacidade técnica e fugindo da morosidade marcante do processo legislativo.

2.4 Análise dos três votos

Na decisão apresentada, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, considerou legítima a atuação normativa do CMN e do BCB, sustentando que o art. 25 do ADCT apenas determinou a revogação dos dispositivos pré-constitucionais que conferiam ao Poder Executivo competência reservada pela Constituição ao Congresso Nacional, mas não das normas deles decorrentes.

Cada um dos três Ministros que votou nesse sentido, contudo, apresentou determinado enfoque sobre o tema.

O Ministro Sepúlveda Pertence entendeu que a Lei nº 4.595, de 1964, continuava vigente, pois as normas que, em conjunto, determinaram sua observância (parecer da Consultoria Geral da República, aprovado pelo

Presidente da República, seguido de circular do Banco Central) foram aprovadas dentro do prazo previsto no artigo transitório e declaradas constitucionais na ADI nº 4/DF.

O Ministro Cezar Peluso, trazendo uma perspectiva diversa, considerou válida a atuação normativa dos órgãos do Poder Executivo no campo econômico, pois seus atos regulamentares não delegavam ou atribuíam competência normativa, mas, sim, eram normas decorrentes de tais delegações ou atribuições legais, não sendo, portanto, passíveis de revogação pelo disposto no art. 25 do ADCT. Infere-se, ainda, da tese do Ministro, que as leis que atribuem essa competência (como é o caso da Lei nº 4.595, de 1964) mantêm-se vigentes até a expiração do prazo fixado no dispositivo transitório.

O Ministro Eros Grau, por fim, complementando o posicionamento do Ministro Peluso, afastou os argumentos contrários à prorrogação, por mais de dezesseis anos, do prazo expresso no art. 25 do ADCT, enfatizando a legitimidade da atuação do CMN, enquanto não houvesse legislação que disciplinasse a matéria bancária. Ressaltou, ademais, tal órgão ser detentor da capacidade normativa de conjuntura, apresentando condições de acompanhar a realidade econômica do país, sem passar pelo prolongado trâmite legislativo.

Embora os três votos esquadrihados tenham apresentado toda essa riqueza de detalhes, a ementa do REExt 286.963/MG limitou-se a proclamar a validade da Lei nº 4.595, de 1964, diante do art. 25 do ADCT, *in verbis*:

EMENTA: Conselho Monetário Nacional: competência para dispor sobre a taxa de juros bancários: ADCT/88, art. 25: L. 4.595/64: não revogação. 1. Validade da aplicação ao caso, da L. 4.595/64, na parte em que outorga poderes ao Conselho Monetário Nacional para dispor sobre as taxas de juros bancários, uma vez que editada dentro do prazo de 180 dias estipulado pelo dispositivo transitório, quando o Poder Executivo possuía competência para dispor sobre instituições financeiras e suas operações: indiferente, para a sua observância, que tenha havido ou não a prorrogação admitida no art. 25 do ADCT; portanto, não há falar em revogação da Lei 4.595/64. 2. RE provido, para determinar que o Tribunal *a quo* reaprecie a demanda tendo em conta o disposto na L. 4.595/64. (BRASIL, 2006).

Cumpre, ainda, verificar quais são os fundamentos da doutrina que justificam a validade do poder normativo do CMN e do BCB, em face do óbice presente no ADCT.

3 As teorias presentes na doutrina

A doutrina, desde longa data, vem reconhecendo a legitimidade da atuação regulamentar do Poder Executivo em campos fáticos que requerem uma disciplina mais técnica e moldável às mudanças conjunturais. Montesquieu (1987, p. 174), na célebre obra *O Espírito das Leis*, já declarava que o “Poder Executivo se exerce sempre sobre coisas do momento.” Não obstante, em outra passagem revelou que

O Poder Executivo deve estar nas mãos de um Monarca. Porquanto esta parte do Governo, tendo **quase sempre tem uma necessidade de ação instantânea**, é melhor administrada por um do que por diversos. Já o que depende do Poder Legislativo muitas vezes é regulado melhor por diversos do que por um só. (MONTESQUIEU, 1987, p. 172). (grifei).

Percebe-se que, se por um lado o Poder Executivo é necessário para situações momentâneas, por outro, o Poder Legislativo serve para regular situações estáveis, por meio de leis marcadas pela abstração e generalidade, até porque o procedimento legislativo, com seu prolongado trâmite, é incapaz de trazer respostas rápidas aos fatos.

A lei, de modo geral, quando necessário um enfrentamento mais técnico e moldável ao suporte fático, acaba por enunciar princípios diretivos – os quais perduram por mais tempo – e atribuir ao Poder Executivo a regulamentação da matéria nela exposta. Nesse sentido, é importante apresentar o pensamento de Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (1990, p. 299):

Com muita frequência, a lei contrai sua regulação a enunciar alguns princípios básicos, no que podem marcar sistematicamente as grandes linhas diretivas, deixando à Administração que por meio de um regulamento precise todo o casuísmo de desenvolvimento que pode exigir

a situação ou a complexa atuação administrativa sobre ela. Duas razões concorrem para explicar esse processo: por uma parte, os tecnicismos da atuação administrativa não são conhecidos pelo órgão legislativo e por isso se remetem à determinação da Administração, por outra parte, o concurso de normas paralelas pode permitir à mais solene de ambas, a lei, uma concentração de princípios mais imune ao passar do tempo, em tanto que o casuísmo regulamentário pode ser objeto de adaptações constantes. Desse modo, se dota o conjunto normativo de maior flexibilidade.

Portanto, é reconhecida a capacidade do Poder Executivo de disciplinar as situações que demandam mais precisão técnica e adaptação constante às mudanças conjunturais. Cientes disso, renomados autores brasileiros defendem a legitimidade da atuação normativa do CMN e do BCB no mercado financeiro nacional.

3.1 O enfrentamento do problema

Inicialmente, com o advento da Lei nº 4.595, de 1964, Fábio Conder Comparato defendeu que seus dispositivos constituem autênticas normas em branco, as quais devem ser preenchidas pelas deliberações do CMN. Segundo o autor, trata-se de uma técnica de Direito Econômico que representa um “instrumento indispensável de atuação do Poder Público, no sentido de acompanhar e influenciar a evolução de conjuntura.” (COMPARATO, 1971, p. 62).¹³

Com a promulgação da Constituição de 1988, foram criadas teorias para arrostar o óbice contido no art. 25 do ADCT. Grande parte dos autores, defensores da legitimidade e imprescindibilidade da atuação do Poder Executivo no mercado financeiro, passaram a sustentar que esse artigo transitório determinava apenas a revogação dos dispositivos pré-constitucionais que delegavam ao Executivo competência constitucionalmente reservada à lei. Sendo assim, permaneceriam

13 Comparato (1971, p. 62), assim como os autores já referidos, também observa que a norma legal não apresenta a mesma funcionalidade das deliberações administrativas, não sendo capaz, por sua natureza, de ajustar-se às mudanças das circunstâncias fáticas: “A norma legal não pode mesmo adaptar-se com precisão e oportunidade às mutáveis situações conjunturais que demandam a intervenção estatal. Ela é por natureza genérica, abstrata, constante. Eis por que a técnica casuística da redação legislativa foi sempre condenada pela melhor tradição. Por outro lado, o Poder Legislativo não pode e não deve, pela sua própria estrutura, ser chamado a acompanhar diuturnamente as mutações da conjuntura, editando regras técnicas de cunho analítico.”

em vigor as normas que atribuíssem ou habilitassem¹⁴ órgãos ou entidades da Administração Pública a regulamentar o sistema financeiro, já que não se trata de matéria sujeita à reserva de lei.

Nesse sentido, Flávio José Roman (2009, p. 84), entendendo que o art. 25 do ADCT não tem por objeto os regulamentos – pois decorrentes da função regulamentar do Executivo, e não da função legislativa, própria do Legislativo –, afirma que a prorrogação do prazo de 180 dias previsto no *caput* do dispositivo transitório não constitui supedâneo para o exercício da função normativa pelo CMN e pelo BCB, nas seguintes palavras:

Na realidade, não se trata de delegação da função legislativa e, por isso, também não se trata aqui da vedação contida no art. 25, inc. I do ADCT. Esse artigo não se refere, em verdade, aos regulamentos, pois estes decorrem da função regulamentar no exercício da função administrativa e não legislativa. É só a competência legislativa que a Constituição assinalou com exclusividade ao Congresso Nacional. Bem por isso, devem ser afastadas interpretações que procuram fundamentar a função normativa do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil, numa possibilidade de delegação prevista no citado dispositivo constitucional transitório combinado com o art. 73 da Lei 9.069, de 29 de janeiro de 1995, que prorrogou o prazo previsto no *caput* do dispositivo constitucional transitório. Isso porque não se trata de delegação legislativa, mas de habilitação para o exercício da função regulamentar, que não é de competência exclusiva do Congresso Nacional.¹⁵ (grifei).

O autor Luiz Carlos Sturzenegger, por seu turno, diferenciando a função legislativa da função normativa (regulamentar), sustenta que o art. 25 do ADCT

14 Interessante notar que Flávio José Roman não usa os termos “delegação” ou “autorização”, mas, sim, “habilitação normativa”, por entender que a função regulamentar é inerente ao exercício da função administrativa, servindo a lei habilitadora como requisito de validade do ato regulamentar. Seguindo lição de De Plácido e Silva, o autor registra que a “habilitação é ato preliminar e necessário para que certos e determinados atos se executem validamente, porque ela outorga capacidade ou autoridade à pessoa para executá-la [...]” (ROMAN, 2009, p. 85).

15 Eduardo Salomão Neto (2005, p. 112-113) apresenta-se com posicionamento semelhante, sustentando que o dispositivo transitório sequer se aplica à competência regulamentar do CMN e do BCB, pois, originariamente, possuem esse poder normativo, uma vez que, segundo o jurista, “(i) o poder de criar normas jurídicas permeia o Estado como um todo, não sendo próprio de alguns de seus órgãos; e (ii) o poder de emitir regulamentos (normas gerais e infralegais) não é exclusivo do Presidente da República, mas se estende a todo o Poder Executivo. Segundo o autor, “o art. 25 do ADCT teve por finalidade manter vigentes as competências normativas gerais atribuídas pelo antigo regime ao Poder Executivo até que o Estado estivesse apto a exercê-las nos termos da nova Constituição Federal. De outro modo, tais competências não teriam sido sequer recepcionadas pela nova ordem constitucional, seja por envolverem matéria reservada à norma legal, seja por invadirem competência exclusiva do Congresso Nacional.” (SALOMÃO NETO, 2005, p. 112-113).

refere-se às leis anteriores à Constituição de 1988 que delegavam competência constitucionalmente reservada à lei, o que não seria o caso das normas que atribuíram competência ao CMN, pois a disciplina do Sistema Financeiro Nacional não estava sujeita à reserva de lei, em sentido estrito. É imperativo transcrever o pensamento do autor:

É importante verificar que a norma do art. 25 do ADCT atua em duas dimensões temporais: ela se refere a delegações ocorridas no passado, antes da promulgação da atual Constituição, e que estejam compreendidas no campo de competência assinalado pela Constituição ao Legislativo. Conforme vimos, o que é reservado com exclusividade pela atual Constituição ao Legislativo é a ‘função legislativa’ – fonte emanadora de lei em sentido formal –, apenas uma das espécies do gênero da ‘função normativa’ (que também engloba a ‘função regulamentar’ do Executivo e a ‘função regimental’ do Judiciário), quando inserida a matéria no campo de ‘reserva absoluta de lei’. Como a produção de normas no âmbito do sistema financeiro não se acha compreendida no espaço constitucionalmente reservado à lei em sentido formal, as normas legais que atribuíram competência ao Conselho Monetário Nacional não atribuem nem delegam competência cuja normatização a atual Constituição haja atribuído ao Congresso Nacional e, assim sendo, não estão abrangidas pela revogação estabelecida no referido art. 25 do ADCT. (STURZENEGGER, 2002, p. 86) (grifei).¹⁶

Sturzenegger segue o brilhante raciocínio de Eros Roberto Grau, insculpido na obra *Direito Posto e Direito Pressuposto*, na qual, embora não tenha expressamente enfrentado o óbice contido no referido dispositivo transitório, Eros Grau argumenta ser legítima a atuação regulamentar do Poder Executivo no campo do domínio econômico, trazendo ideias semelhantes às colacionadas em seu voto, no REExt 286.963/MG. Importante, nesse contexto, analisar, ainda

16 Nesse mesmo sentido, Sturzenegger cita autores como Simone Lahorgue Nunes e Francisco Albino de Oliveira. A primeira defende que “o que foi vedado no art. 25, I, diz respeito à delegação legislativa, na qual o Legislativo delega ao Executivo atribuição que lhe foi outorgada pelo constituinte. Está se tratando, portanto, das delegações até 1988, com base no art. 68 da CF (NUNES apud STURZENEGGER, 2002, p.87). O segundo, por seu turno, expressa que “o que se procura vedar é a delegação legislativa, pois a atribuição ou delegação a órgão do Poder Executivo de competência do Congresso Nacional é exatamente a delegação do poder pela Constituição. Assim, todas as leis que tenham delegado a órgão do Poder Executivo aquelas matérias previstas no § 1º do art. 68 têm sua eficácia imediatamente suspensa, pois o referido dispositivo relaciona matérias que não podem ser objeto de delegação. Não se encontra aí qualquer referência à matéria financeira, monetária, creditícia ou assimilada.” (OLIVEIRA apud STURZENEGGER, 2002, p.87).

que em parte, a tese desse autor, visto que reitera e complementa os argumentos empregados pelos doutrinadores mencionados, referentes à validade do poder regulamentar do CMN e do BCB.

3.2 Atribuição regulamentar (Eros Roberto Grau)

Eros Roberto Grau (2008, p. 231), classificando as formas de intervenção do Estado no domínio econômico, define a atuação interventiva por direção como sendo a que se verifica “quando a organização estatal passa a exercer pressão na economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica”. Acrescenta o jurista ser tal atuação, “em parte, exercida, mediante a dinamização, por órgãos e entidades da Administração, de atividade normativa, cujo exercício lhes tenha sido autorizado por lei.” (GRAU, 2008, p. 231).

Consoante o autor, a autorização legal expedida a esses órgãos ou entidades não constitui atribuição da função legislativa, mas, sim, da função normativa. Segundo o jurista, a função normativa – que pode ser exercida pelo poder originário ou pelo poder derivado – corresponde à emanção de estatuições primárias – isto é, que se impõem por força própria –, contendo preceitos abstratos, genéricos (GRAU, 2008, p. 240). A função legislativa, por sua vez – estritamente desempenhada pelos órgãos legislativos ou delegados daqueles –, equivale à emanção de estatuições primárias, sob a forma de lei, sem necessariamente ter conteúdo normativo (GRAU, 2008, p. 241).

Com efeito, o autor observa que a função normativa compreende a função legislativa e a regulamentar (além da regimental, se for considerada a normatividade emanada do Poder Judiciário). Dessa forma, conclui que atribuir função normativa (regulamentar) ao Poder Executivo não implica usurpação da função típica do Poder Legislativo, ou burla ao princípio da separação de Poderes, visto que não há delegação da função legislativa (GRAU, 2008, p. 243-244).

Sublinha, ademais, que a atribuição legal serve como um mero controle da legalidade do ato normativo do Executivo, mas não como seu fundamento. Segundo o doutrinador, o supedâneo da função normativa, enquanto faculdade

a ser exercida pelo Poder Executivo (função regulamentar), está na vocação do ordenamento jurídico a realizar-se como um todo. É interessante observar a comparação criada pelo autor:

Essa atribuição conferida ao Executivo pelo Legislativo consubstancia permissão para o exercício da função que é própria do Executivo, como faculdade vocacionada à integração do ordenamento jurídico. Por isso, ela preexiste à atribuição, da qual podemos dizer cumprir o controle da legalidade daquele exercício. Assim, a **atribuição** conferida ao Executivo para aludido exercício poderia ser comparada ao tiro de partida que é dado para que se desenrole a corrida de 100 metros; a faculdade de correr velozmente é própria a quem participa da prova, como é própria ao Executivo, repito, a **função normativa regulamentar**; não obstante, tanto a faculdade de correr quanto a **função normativa regulamentar** não poderão ser desencadeadas – o atleta a correr, o Executivo a emanar regulamentos – senão após respectivamente, o estampido do tiro de partida e a expedição, pelo Legislativo, daquela atribuição.” (GRAU, 2008, p. 250). (grifos do autor).

Contudo, o argumento crucial de Eros Grau, quanto à legitimidade da atuação regulamentar do Poder Executivo, no campo da intervenção, por direção, no domínio econômico, está em sua capacidade de expedir normas que se amoldem, de forma eficiente, rápida e precisa, às mudanças conjunturais da realidade econômica e social do país, o que é incapaz de ser atendido pelo prolongado trâmite legislativo, destinado apenas a situações de estabilidade. É imprescindível, portanto, transcrever as palavras do autor sobre essa capacidade normativa de conjuntura dos órgãos e entidades da Administração:

Ao exercerem a função normativa que lhes incumbe – efetivo dever-poder, em verdade, no qual são investidos – órgãos e entidades da Administração dinamizam o que tenho denominado de capacidade normativa de conjuntura. [...] a instabilidade de determinadas situações e estados econômicos, sujeitos a permanentes flutuações – flutuações que definem seu caráter conjuntural –, impõe sejam extremamente flexíveis e dinâmicos os instrumentos normativos de que deve lançar mão o Estado para dar correção a desvios ocorridos no desenrolar do processo econômico e no curso das políticas públicas que esteja a implementar. **Aí, precisamente, o emergir da CAPACIDADE NORMATIVA DE**

CONJUNTURA (grifo do autor), via da qual se pretende conferir resposta à exigência de produção imediata de textos normativos, que as flutuações da conjuntura econômica estão a todo o tempo a impor (grifei). À potestade normativa através da qual essas normas são geradas, dentro de padrões de dinamismo e flexibilidade adequados à realidade, é o que denomino **capacidade normativa de conjuntura**. (GRAU, 2008, p. 232). (grifo do autor).

O autor finaliza seu pensamento, criticando o posicionamento defensor da inconstitucionalidade do poder regulamentar de órgãos e entidades da Administração (como CMN e do BCB) no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, por esse entendimento não se harmonizar com as reais necessidades de disciplina presentes no campo econômico:

A doutrina brasileira tradicional do direito administrativo, isolando-se da realidade, olímpicamente ignora que um conjunto de elementos de índole técnica, aliado a motivações de premência e celeridade na conformação do regime a que se subordina a atividade de intermediação financeira, tornam o procedimento legislativo, com seus prazos e debates prolongados, inadequado à ordenação de matérias essencialmente conjunturais. No que tange ao dinamismo do sistema financeiro, desconhece que o caráter instrumental da atuação de seus agentes, e dele próprio, desenha uma porção da realidade à qual não se pode mais amoldar o quanto as teorias do século passado explicavam. Por isso não estão habilitados, os seus adeptos, a compreender o particular regime de direito a que se submete o segmento da atividade econômica envolvido com a intermediação financeira. Não é estranho, assim, que essa doutrina – no mundo irreal em que se afaga – não avance um milímetro além da afirmação, por exemplo, de que as resoluções do Conselho Monetário Nacional, editadas pelo Banco Central do Brasil, são inconstitucionais! (GRAU, 2008, p. 232-233).¹⁷

17 Nesse mesmo sentido, Jean Paul Cabral Veiga da Rocha (2005, p. 148-149) também apresenta sua crítica contra a doutrina que, diante do Art. 25 do ADCT, defende que a Constituição não admite o poder normativo das autoridades monetárias brasileiras: “A depender da doutrina jurídica brasileira de matriz liberal, os poderes normativos do CMN e do BCB estariam extintos. [...] Essa doutrina liberal – fortalecida pelo discurso de combate à usura –, predominante na cultura jurídica brasileira, é desafiada a todo momento pela profusão de normas jurídicas, sem as quais o mercado se desestruturaria e o Estado não teria como intervir no domínio econômico também para perseguir outras finalidades que não a mera preservação do sistema econômico.”

Com efeito, tendo por base as considerações de Eros Roberto Grau, é possível justificar o poder regulamentar do CMN e do BCB, diante do art. 25 do ADCT, argumentando que esse dispositivo transitório constitui óbice à delegação legislativa, porém não veda a atuação normativa (regulamentar), mediante autorização legal (*vide* Lei nº 4.595, de 1964), dos órgãos e entidades da Administração Pública, detentores da chamada capacidade normativa de conjuntura, isto é, capazes de disciplinar as constantes mudanças do mercado financeiro, de forma técnica, célere e adequada.

3.3 Princípio da eficiência (Tércio Sampaio Ferraz Júnior)

Tércio Sampaio Ferraz Júnior também apresenta notável teoria, que, embora não trate exatamente do tema objeto deste trabalho, enfrenta problema semelhante: o jurista estuda o óbice contido no art. 25 do ADCT, em face do poder regulamentar das agências reguladoras, defendendo a atuação normativa destas, com base no princípio da eficiência.

Em seu artigo, o autor (FERRAZ, JÚNIOR, 2000, p. 149) sustenta que o mencionado dispositivo transitório veda a delegação com abdicação da competência legislativa, isto é, “a delegação do poder-dever de legislar que importe em renúncia do **âmago** intransferível dessa competência política.” (grifo do autor). Procura, assim, delimitar o que constitui esse “âmago” irrenunciável.

Inicialmente, registra que a função de bloqueio do princípio da legalidade não permite que matérias expressamente reservadas pela Constituição à disciplina legal sejam normatizadas pelo Poder Executivo (como é o caso do arts. 5º, XXXIX,¹⁸ e 150, I,¹⁹ da CF/88). Contudo, considerando que a legalidade constitui princípio geral da atividade administrativa, Ferraz Júnior (2000, p. 150) admite que o maior desafio está em delimitar aquele âmago, tendo por fundamento a diretriz da legalidade, em face de outras, como a da eficiência.

Segundo o autor, pode-se compreender a introdução do princípio da eficiência no art. 37 da CF/88, quando se analisa o atual modelo de estado regulador, no qual

18 “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

19 “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Município exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.”

o Estado deixa de atuar de modo estritamente voltado à proteção das liberdades individuais (Estado de Direito) ou à intervenção no mercado (Estado Social), passando a exercer um papel normativo e regulador dos serviços públicos *lato sensu* (dimensão empresarial da Administração) (FERRAZ JÚNIOR, 2000, p. 150).²⁰

Tal diretriz, segundo Ferraz Júnior (2000, p. 151), impõe à Administração a obrigação de, mediante seus atos normativos e reguladores, fiscalizar comportamentos oportunistas dos agentes privados a fim de evitar disfunções no mercado, sendo, portanto, responsável pelo êxito e não apenas pela consistência interna de sua atuação. Tendo em mente essas considerações, revela que a eficiência compõe a base constitucional da delegação instrumental,²¹ bem como confere limites à atuação das agências, por implicar responsabilidade pela solidariedade dos meios e fins eleitos, por intermédio de suas normas.

O doutrinador ainda acrescenta a importância de dotar a Administração de competência normativa e regulatória, de natureza técnica e especializada, a fim de que tenha uma atuação eficiente no mercado:

Entende-se, assim, a possibilidade de uma delegação instrumental venha a inserir-se na competência do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, basicamente nas funções de fiscalização e incentivo, ambas nos termos do princípio da eficiência. Ou seja, o princípio da eficiência exige que a Administração, em vista do mercado, seja dotada de competências reguladoras de natureza técnica e especializada, sob pena de paralisação. Isto é, é impossível exigir-se **eficiência** da Administração sem dar-lhe competência para alocar fins específicos e encontrar meios correspondentes. A especialização técnica é exigência da eficiência. (FERRAZ JUNIOR, 2009, p. 151). (grifo do autor).

20 Leonardo Vizeu de Figueiredo (2009, p. 49) bem explica o que constitui o modelo de estado regulador, nas seguintes palavras: "Caracteriza-se numa nova concepção para a presença do Estado na economia, como ente garantidor e regulador da atividade econômica, que volta a se basear na livre-iniciativa e na liberdade de mercado, bem como na desestatização das atividades econômicas e redução sistemática dos encargos sociais, com o fito de se garantir equilíbrio nas contas públicas, sem, todavia, desviar o Poder Público da contextualização social, garantindo-se, ainda, que este possa focar esforços nos serviços públicos essenciais. [...] Assim, a iniciativa de exploração das atividades econômicas retorna à iniciativa privada, a qual irá realizá-la dentro de um conjunto de planejamento estatal previamente normatizado para tanto, com o fito de conduzir o mercado à realização e consecução de metas socialmente desejáveis, que irão garantir o desenvolvimento socioeconômico da Nação."

21 Citando Sotirios Barber, Ferraz Júnior (2000, p. 150) registra ser possível a delegação instrumental, por parte do Congresso Nacional, a órgãos independentes, pois se presume que o Poder Legislativo já tenha discutido os pontos políticos da matéria. Ressalta, ademais, que essa delegação complementar não fere o núcleo intransferível da competência legislatória, até porque constitui uma resposta à necessidade concreta de administrar as complexidades sociais e econômicas, de forma técnica e especializada.

No que pertine à observância da legalidade, princípio geral da atividade administrativa, o autor aponta que a lei pode exercer tanto a função de bloqueio – quando prescreve condições que devem ser observadas pelo agente na sua atuação regulamentadora –, como a função legitimadora de objetivos – quando serve de instrumento da atividade administrativa, sujeitando-a também a uma avaliação quanto à sua eficiência (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 153).

Esse último sentido da lei, segundo o jurista, é o que corresponde à delegação instrumental, pois legitima a atuação da Administração na atividade econômica a fim de obstar instabilidades do mercado, nos termos do princípio da eficiência. É importante, nesse contexto, transcrever o pensamento do autor:

Condicionada à previsão legal (legalidade em sentido de legitimação), a correspondente delegação (direta ao órgão) não se confunde nem com as delegações de fiel cumprimento nem com a lei delegada. Trata-se, como visto, de uma forma de delegação com base no princípio da eficiência e por este introduzida no ordenamento constitucional. Afinal, no caso de atividade reguladora, sem ela ficaria vazio o princípio, tanto no sentido de sua eficácia quanto no sentido de controle constitucional. (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 154-155).

Com efeito, trazendo as ideias de Tércio Sampaio Ferraz Júnior ao tema objeto deste estudo, é possível sustentar que o art. 25 do ADCT veda apenas a delegação do âmbito intransferível da competência legislativa, o que, por força do princípio da eficiência, não inclui a delegação instrumental, na qual a lei (*vide* Lei nº 4.595, de 1964), legitimando a atuação dos órgãos e entidades da Administração (como o CMN e o BCB), dota-os de competência para normatizar e regular a atividade econômica, de forma técnica e especializada, visando a evitar, com eficiência, as disfunções do mercado.

4 Conclusão

Diante das teses estudadas, percebe-se que o obstáculo potencialmente presente no art. 25, I, do ADCT à Lei nº 4.595, de 1964, e à atuação normativa do CMN e do BCB pode ser facilmente contornado.

O Supremo Tribunal Federal, no REExt 286.963/MG, analisando, de forma objetiva, a literalidade do dispositivo transitório, considerou que este destinava-se às leis anteriores à CF/88 que delegavam ou atribuíam competência normativa aos órgãos do Poder Executivo, porém não aos atos regulamentares expedidos com base nelas.

Cada voto que formou a maioria do julgamento, contudo, apresentou um enfoque peculiar. O Ministro Pertence considerou que a validade da Lei da Reforma Bancária sustentava-se na declaração de constitucionalidade de Parecer da Consultoria Geral da República, aprovado pelo Presidente da República, seguido de circular do Banco Central (ADI 4/DF) que, editados e aprovados dentro do prazo transitório, determinaram sua observância.

O Ministro Peluso, por seu turno, argumentou serem válidos os atos regulamentares do CMN e do BCB, pois o art. 25 do ADCT não se destinava a estes, mas, sim, às leis que delegavam tal competência (como é o caso da Lei nº 4.595, de 1964), as quais se manteriam vigentes até a expiração do previsto em tal dispositivo. O Ministro Eros Grau, complementando, defendeu que a prorrogação, por mais de dezesseis anos, do prazo de 180 dias justificava-se, em razão da imprescindibilidade da normatização constante do campo econômico, sendo o CMN apto para, por meio de seus regulamentos, atender a essa necessidade, de forma rápida e adequada.

A doutrina, aprofundando o tema e colacionando diferente teoria, considera que o art. 25 do ADCT não fere o poder regulamentar do CMN e do BCB, pois a função regulamentar é inerente à função administrativa do Poder Executivo, não sendo passível de supressão. Segundo os autores estudados, o dispositivo transitório visa à revogação das leis anteriores à CF/88 que delegavam ou atribuíam competência **legislativa** (mas não **regulamentar**) ao Poder Executivo ou a seus órgãos ou entidades.

Eros Roberto Grau e Tércio Sampaio Ferraz Júnior, embora não enfrentem diretamente o tema objeto desta análise, empregam argumentos que complementam a referida tese. Enquanto Eros Grau procura demonstrar que o Poder Executivo (seus órgãos ou entidades) é detentor da chamada capacidade normativa de conjuntura, Tércio Ferraz Júnior sustenta que a atuação desse Poder (seus órgãos ou entidades), no domínio econômico, corresponde aos ditames do princípio da eficiência.

Referências

- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 9.
- BRASIL. BANCO CENTRAL DO BRASIL – BCB. Petição PGBC – 4303/2007. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 2, n. 1, p. 235-251, jun. 2008.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. REExt nº 286.963/MG, DJ 20/10/2006. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 nov. 2010.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. ADI nº4/DF, DJ 25/06/1993. Brasília, 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 nov. 2010.
- COMPARATO, Fábio Konder. Abertura de Crédito – Nulidade de Cláusula Contratual. Comentário. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, ano 10, n. 3, p. 59-63, 1971. (Nova Série).
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, ano 8, n. 35, p. 143-158, nov./dez. 2000.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução de Arnaldo Setti, colaboração Almudena Marín Lopez e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis: as Formas de Governo: a Divisão dos Poderes**. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987.
- ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da. **Direito Público e Política Econômica: a Jurisprudência Constitucional sobre o Poder Normativo do Conselho**

Monetário Nacional e do Banco Central. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 147-167, out./dez. 2005.

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.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito Bancário**. São Paulo: Atlas, 2005.

STURZENEGGER, Luiz Carlos. A Questão, no Direito Brasileiro, da Atribuição de Funções Normativas ao Poder Executivo – O Caso do Sistema Financeiro. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, ano 5, n. 18, p. 58-101, out./dez. 2002.

A Regulação do Mercado Financeiro e a Necessária Intervenção Estatal na Autonomia Privada

Tomás Lima de Carvalho*

1 Introdução. 2 Autonomia privada e regulação do mercado financeiro. 3 As estruturas para a regulação financeira. 4 As entidades reguladoras do mercado financeiro brasileiro. 5 Conclusão.

Resumo

Aborda a intervenção estatal, por meio de atividade regulatória, no âmbito privado do mercado financeiro, não só atentando à possibilidade e constitucionalidade desta intervenção, mas também, no sentido de perquirir quais seriam os motivos (propósitos) que levariam o Estado a tanto e os instrumentos e os limites utilizados para essa intervenção. Nesse sentido, procede-se à abordagem da atuação regulatória do Estado no mercado financeiro, contrapondo-a ao princípio da autonomia privada, recorrendo e analisando as atuais estruturas existentes no Brasil para essa regulação financeira, bem como sobre os principais agentes reguladores no mercado financeiro. Demonstra-se, pois, a imprescindibilidade e eficácia da intervenção estatal no mercado financeiro brasileiro, com vistas à proteção de condutas, sistêmica e prudencial, garantindo-se a sua eficiência, segurança e credibilidade.

* Mestrando em Direito Privado pela Universidade Fumec (MG). *Master of Business Administration* (MBA) em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduado em Direito pela Universidade Fumec (MG). Membro da Comissão de Tecnologia e Inovação da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional de Minas Gerais (OAB/MG). Professor da Faculdade Minas Gerais (Famig) e Advogado em Belo Horizonte (MG). Sócio da banca Lima de Carvalho Advogados.

Palavras-chave: Mercado financeiro. Intervenção estatal na autonomia privada. Estrutura de regulação. Agências reguladoras brasileiras.

Abstract

Address the state intervention, through regulatory activity, in the private financial market, not only paying attention to the possibility and constitutionality of this intervention, but also in order to ascertain what are the reasons (purposes) that would conduct the State in this intervention and the instruments and the limits used to that. Accordingly, one proceed to approach the government's regulatory role in the financial market, contrasting it with the principle of private autonomy, discussing and analyzing the current structures in Brazil for the financial regulation, as well as the main regulators in the financial market. One Demonstrate the indispensability and efficacy of the state intervention in the financial market, with to the objective of protection of procedures, systemic and prudential, ensuring its efficiency, safety and credibility.

Keywords: *Financial market. State intervention in private autonomy. Regulatory structure. Brazilian regulatory agencies.*

1 Introdução

A atuação do Estado na esfera econômica sofreu consideráveis variações ao longo da história, fruto dos mais diversos fatores políticos, sociais e econômicos, relegando a autonomia privada às características das fases de intervenção do Estado brasileiro na economia, nos períodos pré-moderno, moderno e pós-moderno (DUBEUX, 2006, p. 22).

No final do século XIX, com a economia da Revolução Industrial, houve a possibilidade de concentração do capital, originando núcleos de poderes econômicos que comandavam a sociedade ao lado do Estado. Tratava-se do Estado Liberal, instaurado na fase da pré-modernidade, pelo qual o Estado tinha como função apenas a ordenação da economia para corrigir deformações ou os excessos dos núcleos de concentração do poder privado.

O Estado Liberal pressupunha a garantia da liberdade, de modo que cada indivíduo, livre, seria apto à busca da sua situação de bem-estar, sendo que a soma do bem-estar individual garantiria o bem-estar geral. O modelo liberal se caracterizava pelas liberdades de empresa, do exercício do direito da propriedade e de contratação, sendo necessário, para tanto, uma absoluta igualdade de forças entre os indivíduos.

Segundo Júlio Ramalho Dubeux (2006, p. 22), “a Constituição de 1824 é exemplo incontestado do constitucionalismo liberal, limitando-se a tratar da organização dos poderes monárquicos e das poucas garantias dos cidadãos brasileiros”, além de ser importante prestígio atribuído aos direitos de propriedade. Caracterizavam a atuação do Estado, pois, suas funções reduzidas, limitadas à segurança, à justiça e aos serviços essenciais.

Todavia, as relações sociais da sociedade – não econômicas – passaram a enfrentar problemas, sendo necessária a presença da atividade estatal (preventiva, regulatória ou repressiva) nas relações de trabalho, de previdência, de assistência, de saúde e de educação. Tem-se, assim, a origem da função do ordenamento social.

Houve, dessa feita, a necessidade de afirmação dos direitos sociais e econômicos por parte dos ordenamentos jurídicos nacionais, diante da ocorrência de dominação dos mais fortes sobre os mais fracos, em face da não confirmação da igualdade entre os indivíduos proposta pelo modelo do Estado liberal, bem como, e principalmente, diante da compreensão do fracasso do referido modelo liberal após a quebra da bolsa de Nova Iorque, em 1929.

Iniciada na segunda década do século XX, caracterizada pela afirmação desses direitos, originou-se, no período da Modernidade, a fase do Estado Social, ou Estado do Bem-Estar Social – modelo consagrado na Revolução Soviética de 1917 –, que marcou a substituição da liberdade de iniciativa privada pela iniciativa estatal da atividade econômica, ocorrendo, desse modo, a planificação estatal da economia e a estatização dos meios de produção.

Como bem restou frisado por Júlio Ramalho Dubeux (2006, p. 22), baseando-se na obra de Luís Roberto Barroso,

No Brasil, a modernidade corresponde, no plano jurídico, à promulgação das Constituições de 1934, [de] 1937, [de] 1946, [de] 1967 e [de] 1969,

pelas quais, não obstante o caráter autoritário das Cartas de 1937, [de] 1967 e [de] 1969, o Brasil passa a ter uma ordem jurídica típica de Estado Social. Na economia, o movimento do Estado se caracteriza pela forte intervenção estatal, embalada pela política de substituição de importações. É nesse período que são criadas inúmeras empresas estatais, como a Companhia Vale do Rio Doce, a Petrobrás, o BNDE (depois BNDES), a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco, a Eletrobrás, a Nuclebrás, a Siderbrás, grande parte durante a Era Vargas e a maioria delas durante o Regime Militar.

Houve, assim, uma considerável redução da atividade privada, passando o Estado a ser o protagonista das principais atividades econômicas (ex. energia elétrica, mineração, petróleo, saneamento, telefonia etc.), prestadas como serviço público, eliminando a concorrência e impedindo o aprimoramento da produção em termos de qualidade, quantidade e preço.

Diante da “crise fiscal dos Estados, que se mostravam incapazes de prover os investimentos necessários ao desenvolvimento” (DUBEUX, 2006, p. 23), houve a necessidade de implementação de um novo modelo de intervenção, sem pretender retornar ao modelo liberal, mas sem aceitar o modelo totalitário do Estado Social. Com efeito, a forte presença do Estado como agente executor das ações, e com forte intervenção na fixação de preços e tarifas e fixação política dos critérios de remuneração das empresas sob seu controle, contribuiu para o sucateamento da capacidade de investimentos estatais, criando um cenário de insatisfação com os serviços prestados e trazendo à tona a ideia de privatização.

No final do século XX – marcado pela queda do muro de Berlim e fim dos regimes militares na América do Sul –, iniciou-se o período pós-moderno. No Brasil, o referido período restou caracterizado, principalmente, pela instauração do Estado democrático de Direito mediante a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

No período pós-moderno, os setores ocupados pelo Estado passaram a ser transferidos para a iniciativa privada, que passou a exercer tais funções sob regulação estatal. Trata-se, pois, da instituição do Estado Regulador, pelo qual a atuação pública passa a ser prioritariamente realizada de forma indireta (fomento público), incentivando a competição como forma de redução dos malefícios decorrentes das situações nas quais a competição é inviável e proporcionando a

maximização da eficiência. A esse respeito Bruno Albergaria (2010, p. 2) assevera com propriedade:

No Brasil, o discurso da esquerda intervencionista, que teve o seu auge na elaboração da Carta Magna de 1988, foi cedendo espaço para a moderna administração neoliberal, encartilhada pelos Senhores de Washington, capitulada em teóricos paradigmas jurídico-econômicos da Bretton Woods Agreement (1944). Tais ditames universais são, *in per summa capita*, (i) não intervenção – ou intervenção mínima – tais como privatização, (ii) autonomia do Banco Central, (iii) criação de Agências Reguladoras e (iv) disciplina fiscal com o fito do superávit primário, (vi) aplicação do dinheiro (público) em obras de infra-estrutura e (vii) pagamento (dos juros) das dívidas internacionais.

As entidades reguladoras são as responsáveis pela regulação estatal da atividade econômica, autarquias federais dotadas de independência política, especialidade técnica, flexibilidade administrativa e instrumentos de natureza normativa, executiva e judicante. A CRFB acabou por consolidar um Estado garantidor de determinadas prestações necessárias à realização do desenvolvimento econômico e social da coletividade, diretamente ou por meio da iniciativa privada.

A atividade econômica *lato sensu*, destinada à circulação de bens e/ou serviços do produtor ao consumidor final, restou amparada no art. 170 do texto constitucional, relegando a autonomia privada e a liberdade de empresa ao atendimento de seus fins sociais. O texto constitucional dispôs claramente que a ordem econômica “tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, CRFB). A liberdade de iniciativa, pois, “envolve uma concepção acerca do exercício de um direito que traz consigo determinados ônus e deveres, numa conjunção que envolve o princípio da função social” (MOREIRA, 2006, p. 35).

Nesse sentido, como bem assevera Egon Bockmann Moreira (2006, p. 36),

[...] cumpre ao Estado dar eficácia ao princípio da função social e estabelecer limites à atuação dos agentes econômicos privados, bem como gerar meios de uma melhor distribuição de riqueza. Isso através de regulação normativa ou da gestão direta. O texto constitucional prevê a integração da busca pelo lucro ao dever do atendimento a interesses

alheios àqueles dos detentores dos direitos em questão (propriedade, livre empresa, etc.); o que implica a funcionalização social do conceito do exercício de liberdade de iniciativa.

A exploração pelo Estado da atividade econômica, além dos casos de monopólio – a CRFB estabelece, *numerus clausus*, o monopólio em favor da União de uma série de bens e atividades a eles correlatas, como os bens minerais e o petróleo (arts. 20, 21, XXIII, 176 e 177) –, bem como a intervenção estatal na ordem econômica são permitidas apenas em três hipóteses, tratadas nos arts. 173, 174 e 175 da CRFB.

A primeira hipótese é a exploração direta da atividade econômica, a qual é permitida à União, a estado ou a município apenas em regime de concorrência com a iniciativa privada e desde que seja “necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo” (art. 173, CRFB). Vige, assim, para essas atividades, o princípio da liberdade de iniciativa.

A segunda hipótese é a de prestador de serviço público, “diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação” (art. 175, CRFB). Independentemente da forma (direta ou indireta), a titularidade dos serviços público é sempre do Estado, tendo em vista que eventual concessão ou permissão teria o condão de apenas transferir ao particular a execução de tais serviços.

Por fim, a terceira hipótese de atuação estatal na ordem econômica encontra-se prevista no art. 174 da CRFB: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Com efeito, a atividade regulatória tem inequívoco amparo constitucional, sendo conferido ao Estado “as atribuições de normatizar o mercado de capitais, fiscalizar o cumprimento das suas normas, infligir sanções aos infratores do mercado e, por fim, zelar pelo seu pleno desenvolvimento” (DUBEUX, 2006, p. 30). Todavia, tratando-se do mercado de capitais do setor privado da economia, com relação direta entre empresas e investidores privados, estar-se-ia admitindo (legitimando) a intervenção estatal na autonomia privada?

Ora, o adequado questionamento que deve ser feito não é o de legitimação da intervenção estatal no mercado de capitais. Mesmo porque o texto constitucional (art. 174, CRFB) não deixa margem para dúvidas acerca dessa possibilidade.

O que se deve perquirir, a bem da verdade, é justamente qual seria “a interferência necessária para o melhor governo, bem como de que forma e quando” (ALBERGARIA, 2010, p. 6), ou seja, no caso em análise, quais seriam os motivos (propósitos) que levariam o Estado a tal intervenção na esfera privada e os instrumentos e os limites utilizados para essa intervenção.

Pelo presente artigo, portanto, pretende-se fazer uma abordagem da atuação regulatória do Estado no mercado financeiro, contrapondo-a ao princípio da autonomia privada, discorrendo, para tanto, acerca das atuais estruturas existentes no Brasil para essa regulação financeira e os principais agentes reguladores no mercado financeiro; demonstrando-se, outrossim, a imprescindibilidade e eficácia da intervenção estatal no mercado financeiro brasileiro, com vistas à proteção de condutas, sistêmica e prudencial, garantindo-se eficiência, segurança e credibilidade.

2 Autonomia privada e regulação do mercado financeiro

Consiste o mercado financeiro “no conjunto de instituições e instrumentos destinados a oferecer alternativas de aplicação e captação de recursos financeiros” (ANDREZO; LIMA, 2002, p. 1). Visa à otimização do uso de recursos financeiros entre investidores e tomadores dessas riquezas, criando-se condições de liquidez e administração de riscos.

Com efeito, as organizações empresariais, a todo momento, procuram alternativas para financiar suas atividades, já que nem sempre dispõem de capital próprio para tanto, ou mesmo diante da adoção de estratégia para evitar a imobilização do capital de que dispõem. Nesse sentido, a título de exemplo, os empréstimos bancários (mercado de crédito) ou subsídios governamentais se mostram como sendo uma alternativa viável à demanda de recursos financeiros dessas empresas.

Como alternativa válida e eficaz de proporcionar a captação de recursos às organizações empresariais que desejam financiar suas atividades, ou, ainda, como fonte de investimento aos poupadores interessados, o mercado financeiro exerce importante papel no cenário econômico nacional. Mesmo porque, fruto do fenômeno da globalização, tem-se enorme concentração de

capital em poder de entes privados, o que os torna fonte atrativa de captação de recursos.

Ao dispor sobre o tema, Andréa Fernandes Andrezo e Iran Siqueira Lima (2002, p. 3) preceituam:

Assim, por meio de ativos e passivos financeiros, o setor financeiro apresenta alternativas de aplicação de recursos para as unidades econômicas superavitárias e de captação de recursos para as unidades econômicas deficitárias, transferindo recursos daquelas para estas, de modo a obter a maior otimização da aplicação dos recursos disponíveis na economia.

Complementando referido entendimento, Otávio Yazbek (2009, p. 125-126) pondera com propriedade:

[...] o mercado financeiro e de capitais é aquele em que são negociados instrumentos financeiros ou em que se estabeleçam relações de conteúdo financeiro visando, fundamental, mas não exclusivamente, dois fins nem sempre concomitantes: a repartição de riscos e o financiamento das atividades econômicas. Como se viu, tal mercado cumpre as suas funções através de uma progressiva “financeirização” das relações econômicas, ou seja, de um processo pelo qual essas relações são, em certa medida, “monetizadas” e incorporadas a instrumentos negociáveis, para os quais se provê uma certa liquidez.

O mercado financeiro, portanto, é utilizado por organizações empresariais ou pessoas físicas interessadas em captar recursos e dos que têm recursos a oferecer, provendo, assim, a canalização da poupança. Nele são negociados instrumentos financeiros ou em que se estabeleçam relações de conteúdo financeiro visando, de modo geral, o financiamento das atividades econômicas e a repartição dos riscos. Muito embora possa ser dividido em mercado monetário, mercado de crédito (ou mercado bancário), mercado de capitais, mercado cambial e mercado de derivativos, infere-se que esses segmentos se comunicam, inter-relacionam, diante da vastidão e da complexidade das operações realizadas no mercado financeiro (ANDREZO; LIMA, 2002, p. 2-3).

Na medida em que possibilita a captação de poupança pública para financiamento de atividades econômicas, com repartição dos riscos, o mercado financeiro “depende primordialmente da regulação não somente como condição de funcionalidade, mas como garantia dos próprios interesses sociais” (MILAGRES, 2009, p. 380), com vistas a assegurar o funcionamento a contento do próprio mercado e proteger o interesse público e social, reduzindo a assimetria de informações e trazendo maior racionalidade quando da opção de investimento. Nesse sentido, Otavio Yazbek (2009, p. 47) acrescenta:

Outrossim, os instrumentos financeiros e os agentes que se encarregam da sua negociação, resultantes ou não desses processos mais recentes, submetem-se, de um modo geral, à regulação financeira. A análise dessa regulação não pode restar subsumida a um critério organizador tão pouco abrangente e tampouco a modelos teóricos que tratam da atividade regulatória *in abstracto* (às modernas “teorias gerais da regulação”). Impõe-se, para a sua compreensão, levar em conta as estruturas reais e a sua complexidade.

Citando Charles Goodhart, Otavio Yazbek (2009, p. 188) preleciona com propriedade acerca das justificativas para a regulação estatal das atividades desenvolvidas no mercado financeiro:

- (i) O controle das posições de poder no mercado (das situações de monopólio ou de oligopólio, entre outras distorções);
- (ii) o controle e administração das externalidades que podem decorrer das atividades financeiras (risco de contágio e outras questões de ordem sistêmica.
- (iii) a proteção dos clientes, dada a assimetria informacional característica de sua relação com as instituições por intermédio das quais operam.

Em suma, infere-se que a regulação objetiva não só estimular a formação de poupança, mas também a proteção da poupança popular, provendo a competitividade no mercado financeiro e seu desenvolvimento, zelando por sua liquidez e transparência e pelo tratamento equitativo a todos os seus participantes, assegurando adequada avaliação e controle de riscos, bem como coibindo fraudes em seu âmbito. E, com isso, proporcionando sua eficiência.

Muito embora seja um campo tipicamente explorado por agentes privados, os instrumentos financeiros e os agentes que se encarregam de sua negociação (tomadores e investidores) submetem-se à regulação financeira, que abrange a regulação das atividades bancárias, securitárias e de mercado de capitais. Essa intervenção estatal, por intermédio de agências reguladoras, dá-se predominantemente pelo “estabelecimento de mecanismos e normas de comportamento compulsório para os agentes que ali operam” (YAZBEK, 2009, p. 183), bem como pela implementação de tais normas por meio de atos administrativos e fiscalização de seu cumprimento, além de imposição de sanção aos infratores.

Diante, pois, da concepção de Estado democrático de Direito prescrita no texto constitucional, como agente normativo e regulador da atividade econômica, infere-se que a atuação “regulatória” se reveste de “preocupação social e econômica, intervindo na sociedade de forma a produzir normas socializantes e buscando diminuir as desigualdades existentes” (REIS, 2000, p. 163).

A experiência norte-americana, advinda da quebra da bolsa de Nova Iorque, em 1929, que marcou o início da era da Grande Depressão, demonstrou clara e precisamente a necessidade de uma regulação federal no mercado financeiro – a qual até então não existia –, diante da ineficiência das próprias entidades privadas atuantes (bolsas de valores, mercado de balcão organizado etc.) de se autorregularem (liberalismo econômico).

Nesse sentido, vários foram os fatores que contribuíram para o contorno da crise e desenvolvimento do mercado e fortalecimento da economia norte-americana, servindo, pois, como fonte de inspiração para o mercado de capitais brasileiro: *i*) a instituição, nos Estados Unidos da América, da política do *disclosure*, advinda da *Securities Act of 1933*; e *ii*) a criação, pela *Securities Exchange Act of 1934*, da agência federal reguladora encarregada da regulação do mercado norte-americano, a *Securities and Exchange Commission* (SEC).

Destarte, embora se trate o mercado financeiro de atividade explorada por entes privados, a intervenção estatal mediante entidade reguladora (mão visível), amparada pelo art. 174 da CRFB, como visto anteriormente, mostra-se imprescindível para a proteção contra o risco sistêmico, a proteção dos consumidores dos serviços financeiros em face do comportamento oportunista de intermediários e para o aumento da eficiência do sistema financeiro e, assim, para assegurar a consecução de seus objetivos sociais (YAZBEK, 2009, p. 255).

Mesmo porque o Estado não tende a atuar diretamente na autonomia privada, mas, sim, no caso do mercado financeiro, sobre a atividade econômica na qual ele pode intervir. E não se restringe, pois, à promulgação de normas proibitivas, atributivas, estimulantes ou reguladoras, mas, sim, trabalha na adoção de medidas executivas de implementação e fiscalização desse poder normativo, bem como na implementação de sanção aos infratores.

Como já dito anteriormente, a questão a ser perseguida não é a legitimidade da intervenção estatal (agência reguladora) na esfera privada (mercado financeiro), mas, sim, a necessidade de tal intervenção, uma vez que o mercado financeiro e de capitais brasileiro, por se mostrar um importante mecanismo impulsionador da economia nacional, deve se mostrar eficiente e possuir credibilidade, como forma de atrair poupança nacional e internacional, bem como proporcionar a proteção sistêmica e a segurança dos investidores, seja garantindo a simetria de informações, seja trazendo racionalidade a esses para melhor tomada de decisão sobre os seus investimentos.

E tal objetivo só poderá ser perseguido por meio da boa regulação advinda da atuação de entidades reguladoras especializadas sobre a atividade econômica do mercado financeiro, conforme veremos a seguir, mediante a análise das estruturas para a regulação financeira e os agentes reguladores no Brasil.

3 As estruturas para a regulação financeira

A estrutura básica de regulação do mercado financeiro brasileiro encontra-se prescrita na Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional (CMN), que tem competência para supervisionar e fiscalizar o mercado financeiro, e cria o Banco Central do Brasil (BCB), com competência para, entre outros, exercer o controle de crédito, fiscalizar e autorizar o exercício de instituições financeiras, segundo as normas expedidas pelo CMN.

Em conjunto com o referido diploma legal, forma também a estrutura de regulação do Mercado Financeiro a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o Mercado de Valores Mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), dotada de competência para supervisionar,

fiscalizar e autorizar previamente o início das operações das bolsas de valores e as instituições de mercado de balcão organizado.

A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, Lei das Sociedades Anônimas, muito embora não cuide de qualquer estrutura de regulação financeira propriamente dita, confere disciplinamento jurídico sobre a constituição, a organização e o funcionamento das sociedades por ações, estando incluídas, por óbvio, as companhias abertas, a quem é facultada a emissão de títulos e valores mobiliários negociados no mercado de capitais.

Além disso, às bolsas de valores é conferida a peculiaridade de autorregulação, sem que tal exclua a competência normativa e disciplinar do CMN, do BCB e da CVM. Dotadas de autonomia administrativa, patrimonial e financeira, cabe às bolsas, entre outros, “estabelecer os requisitos próprios para a admissão de seus títulos e valores mobiliários à negociação em seus pregões, bem como condições para a suspensão e o cancelamento desta admissão” (ANDREZO; LIMA, 2002, p. 292).

Nesse sentido, a estrutura para a regulação financeira brasileira é exercida, inicialmente, pelo CMN, responsável pela edição de normas gerais, ao qual se submetem a CVM e o BCB, embora possuam autonomia e independência próprias, bem como exerçam função regulatória próprias e distintas; e, ao final, as próprias bolsas de valores e mercado de balcão organizado, quando do exercício da autorregulação.

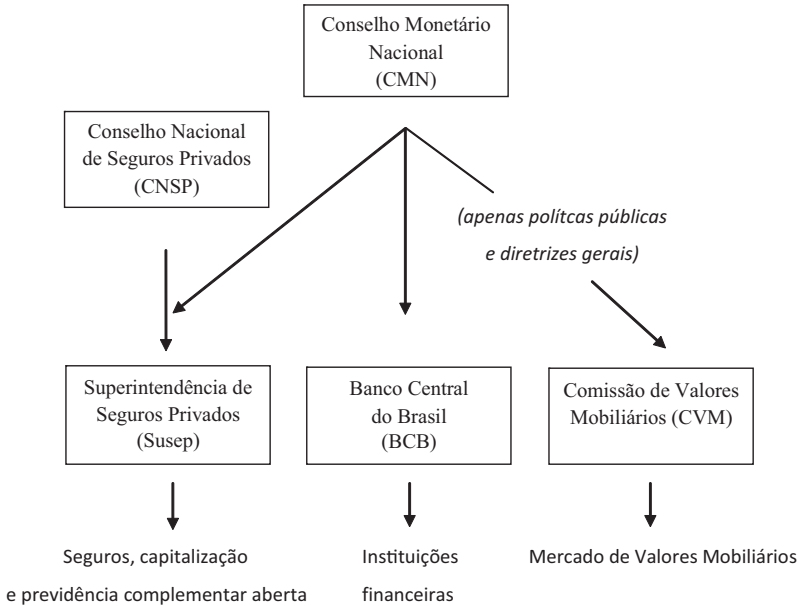
Segundo preceituam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 466), o Conselho Monetário Nacional, “composto pelos ministros da Fazenda e [e do] Planejamento e pelo presidente do Banco Central é o mais influente, em parte, por sua atribuição de definir as bases da regulação macroeconômica do Sistema Financeiro Nacional.”

Importante é, ainda, a participação de outras entidades reguladoras que, a despeito de não tratar do mercado financeiro propriamente dito, dispõe de competência regulatória para determinadas áreas específicas. Nesse contexto, tem-se que os mercados de seguro, capitalização e previdência aberta são regulados pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e pela Superintendência de Seguros Privados (Susep).

Em suma, a estrutura de regulação financeira do Brasil pode ser representada da maneira a seguir. Importante frisar que, seguindo a classificação proposta

por Andréa Andrezo e Iran Lima (2002, p. 3), o mercado securitário não integra propriamente o mercado financeiro e, como tal, não será objeto de profunda análise.

Figura 1 – Estrutura da regulação financeira no Brasil



As referidas entidades reguladoras atuantes no mercado financeiro, a saber, CMN, BCB, CVM e bolsas (autorregulação), que formam a principal estrutura para regulação do mercado financeiro no Brasil, serão objeto de análise em separado no próximo capítulo, juntamente com as demais principais entidades reguladoras brasileiras nele atuantes. Basta perquirir, por ora, os campos gerais de regulação financeira por elas exercida, que abrange três espécies: a regulação de condutas, a regulação prudencial e a regulação sistêmica. Isso, para que se perceba como o sistema regulatório brasileiro vem se organizando para lidar com os diversos riscos individuais e sistêmicos que decorrem da dinamicidade do mercado e das inovações que este pode apresentar.

a) Regulação de condutas

A regulação de condutas “diz respeito às práticas adotadas pelos agentes de mercado nas suas relações negociais. Para tal, são criadas regras diversas, autorizando ou vedando determinadas práticas ou, ainda, delimitando operações e estruturas de mercado” (YAZBEK, 2009, p. 255). Assim, a regulação de condutas estabelece obrigações ou procedimentos para os agentes participantes do mercado financeiro, autorizando ou proibindo determinadas práticas.

A regulação de condutas apresenta, como principal fundamento, a existência de assimetria de informações e redução de hipossuficiência dos investidores e terceiros em geral. Como exemplo dessas regras de proteção, Otávio Yazbek (2009, p. 225) assim preleciona:

Assim, são exemplos dessas regras de proteção aos consumidores dos serviços financeiros, incidindo sobre o próprio intermediário ou sua organização interna ou sobre atos negociais diversos (as práticas adotadas na relação com terceiros), mecanismos formais (como regras de qualificação técnica ou mesmo moral, aplicáveis aos intermediários, seus administradores e representantes); a obrigação de uniformizar procedimentos e modelos negociais, a obrigatoriedade de envio de informações para os consumidores e também para os reguladores (o chamado “*full disclosure*”), pelo intermediário, seus administradores ou controladores, conforme o caso, ou mesmo pelos emissores dos títulos negociados (a vedação ao “*insider trading*”).

Com efeito, a decisão sobre o investimento e risco que deste decorre são do investidor (ou consumidor ou poupador). Nesse caso, o papel principal da regulação de condutas é o de garantir que os agentes envolvidos tenham acesso às informações em quantidade e qualidade suficientes para poder analisar o investimento e tomar uma decisão racional, evitando-se, assim, o oportunismo de alguns agentes e garantindo-se a eficiência do mercado financeiro (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 450).

O exercício da regulação de condutas, no Brasil, incumbe a cada regulador setorial, retratado no quadro acima, conforme sua competência. Perante o mercado de capitais, por exemplo, compete à CVM a regulação de condutas

de intermediários e emissores, ao passo que às bolsas e mercado de balcão organizado incumbe a autorregulação.

No que concerne às instituições financeiras e à atuação do BCB, Otávio Yazbek (2009, p. 226/227) enfatiza:

[...] submetidas ao disposto na Lei nº 4.954/1964, compete ao CMN regular os procedimentos de constituição, funcionamento e fiscalização, assim como as penalidades aplicáveis (art. 4º, VIII) e ao BCB exercer a correspondente fiscalização e aplicar as penalidades (art. 10, IX). Na mesma linha acima referida foram promulgadas algumas normas, em especial nos últimos anos, que incorporam obrigações de prestação de informações e de esclarecimentos aos clientes (Resolução CMN 2.878/2001) e de qualificação de funcionários e representantes em geral (Resoluções CMN 2.838/2001 e 3.057/2002).

Com efeito, para lograr efetividade de proteção e confiabilidade, não basta ao Estado determinar ou impedir certas condutas aos agentes do mercado, mas, também, fiscalizar e punir. A regulação exercida pela CVM e BCB, por exemplo, não se limita à normatização de condutas, de acordo com a política e normas promulgadas pelo CMN; mas, também, pressupõe atividade de fiscalização e aplicação de sanção, mediante instauração de procedimento administrativo próprio (com fulcro na Lei nº 9.457, de 5 de maio de 1997).

Vê-se, assim, que no Brasil encontra-se organizado o regime de proteção dos agentes pela regulação de condutas, com a correspondente distribuição originária das competências específicas de regulamentação (normativa), fiscalização (e implementação) e punição, sempre visando a simetria informacional e a proteção dos agentes do mercado.

b) Regulação sistêmica

A regulação sistêmica volta-se para a proteção do sistema financeiro como um todo, mediante a adoção de mecanismos de conformação do mercado (por exemplo, redes de proteção, seguros de depósito, gerenciamento de liquidez etc.). Nesse aspecto, pretende-se garantir a eficiência das instituições e impedir o contágio entre aquelas com e sem problemas, ou seja, pretende-se evitar o risco sistêmico.

A respeito do risco sistêmico, Fernando J. Cardim de Carvalho (2009, p. 259) preceitua com precisão:

Risco sistêmico é uma variante do que se chama em economia de externalidade. Externalidades são efeitos de uma operação comercial que se dão sobre terceiros, não participantes da própria operação, e que, por isso mesmo, são desconsiderados quando a operação é decidida. Pode-se ter uma externalidade positiva, quando uma operação beneficia a terceiros, cuja satisfação, no entanto, não é incluída na avaliação da própria operação. Uma externalidade negativa, ao contrário, refere-se a custos que o mercado não reconhece porque são incorridos por agentes que não participam do negócio que está sendo decidido.

A regulação sistêmica, pois, visa impedir que a sociedade seja prejudicada em face dos riscos resultantes da atividade financeira. Trata-se de uma rede de proteção cujo objetivo principal consiste em “impedir a ocorrência daquelas externalidades relacionadas ao alto grau de integração entre as instituições, sobretudo no caso das instituições bancárias” (YAZBEK, 2009, p. 231).

Nesse sentido, a Lei nº 6.024, de 15 de março de 1974, e o Decreto-Lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, modificados pela Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, instituíram regimes excepcionais aplicáveis às instituições financeiras em crise, seja de intervenção e liquidação extrajudicial ou de administração especial temporária (intervenção). Tal arcabouço legislativo permite a maior maleabilidade no enfrentamento de eventuais irregularidades verificadas e possibilita a reestruturação e fortalecimento da instituição financeira em crise, evitando-se, assim, o contágio a outras instituições, gerando um “efeito dominó” ou risco sistêmico.

Outra medida de proteção sistêmica consta na Resolução CMN nº 39, de 20 de outubro de 1966 (e, posteriormente, regulada pela CVM por meio da Instrução CVM nº 461, de 23 de outubro de 2007). O referido instrumento normativo foi o responsável pela instituição de fundos garantidores de depósito, constituídos sob a forma de associação civil de natureza privada e que abrange todas as instituições financeiras participantes do mercado em que se insere, a quem incumbe (instituições financeiras) custeá-lo.

Trata-se, pois, de um mecanismo de ressarcimento de prejuízos que permite a utilização de seus recursos, no limite de cobertura pré-estipulado, no caso de instauração de procedimentos de intervenção ou liquidação. Tal medida se mostra, verdadeiramente, tomando como exemplo o mercado de capitais, de uma “técnica de indenizar o risco decorrente da atuação das sociedades corretoras na intermediação de negociações realizadas em bolsa e na prestação de serviços de custódia de títulos e valores mobiliários” (EIZIRIK, 2003, p. 222), protegendo os investidores prejudicados e evitando a contaminação do risco sistêmico.

A organização dos Sistema de Pagamentos Brasileiro, apoiada na Lei nº 10.214, de 24 de março de 2001, para a “criação de sistemas de registro, compensação e liquidação das operações consideradas sistematicamente importantes” (YAZBEK, 2009, p. 241), que são capazes de gerar riscos sistêmicos, também se mostra como um exemplo de regulação sistêmica.

Além disso, algumas iniciativas institucionais e governamentais foram implementadas nos últimos anos com o objetivo de revitalizar o mercado financeiro brasileiro, aperfeiçoando sua regulamentação e assegurando maior proteção ao investidor e a melhoria das práticas de governança das empresas brasileiras. Destacam-se entre elas a aprovação da Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, e a criação do Novo Mercado e dos Níveis 1 e 2 de Governança Corporativa pela Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa). Entre os diversos fins da governança corporativa, destaca-se a propostas no sentido de melhorar a divulgação das informações acerca da companhia, submetendo-se a análise destas (informações) a auditorias independentes.

O exercício da regulação sistêmica no Brasil, pois, incumbe, em geral, ao CMN, responsável, a teor do art. 3º, VI, da Lei nº 4.595, de 1964, pela implementação de políticas públicas que objetivem zelar pela liquidez e solvência das instituições financeiras. O BCB, por sua vez, é responsável por levar a efeito a regulação sistêmica (centralidade), na medida em que exerce o controle de crédito, fiscaliza e autoriza o exercício de instituições financeiras, segundo as normas que forem expedidas pelo CMN.

A CVM também possui competência para a prática de determinados atos de proteção sistêmica, como autorizar a abertura de capital e lançamento de títulos e valores mobiliários no mercado; muito embora tal modalidade de regulação esteja centrada na atuação do BCB e do CMN, responsáveis por imprimir

segurança e estabilidade ao sistema financeiro, em especial, quanto aos efeitos das crises no sistema econômico.

c) Regulação prudencial

Por fim, a regulação prudencial orienta-se na criação de regras e estruturas de fiscalização e supervisão, estabelecendo políticas e procedimentos de gestão das atividades financeiras e de organização do mercado, evitando falhas e visando atender os padrões prudenciais. Justifica-se a regulação prudencial por razões de política monetária, de controle do sistema, de fiscalização cambial e de proteção dos depositantes e do mercado financeiro.

Diante da situação de grande instabilidade financeira e acentuada concorrência internacional que assolou o mundo a partir de 1970, o grupo do G-10 – dez países com maior participação no mercado bancário mundial – uniu-se no Comitê de Basileia para criar, em 1988, alguns princípios básicos a serem observados na regulação de seus bancos, a fim de coordenar a ação das respectivas autoridades bancárias e definir um nível regulatório mínimo no qual se daria a concorrência nacional (CARVALHO, 2002, p. 327). Pretendia-se, assim, a definição e a padronização de normas de controle e fiscalização das instituições financeiras, reduzindo-se os riscos e preservando-se a estabilidade em âmbito nacional e internacional.

A proposta do Comitê de Basileia de 1988, pois, consistia na evolução dos mecanismos de regulação prudencial para se criar um mercado financeiro cada vez mais eficiente e flexível, mediante a adoção de mecanismos internos de controle de riscos de mercado, bem como de novas propostas para o controle de riscos de crédito (avaliação de crédito para definir riscos). Nesse sentido, destaca Fernando J. C. Carvalho (2002, p. 328):

O modelo prudencial de regulação bancária é aquele proposto pelo Comitê da Basileia, que visa preservar a higidez das instituições financeiras ao estabelecer quantidades mínimas de capital ponderadas de acordo com os riscos assumidos por cada instituição, mas não limitando as atividades possíveis de serem por elas exercidas. Essa mudança de enfoque na regulação bancária permitiu o surgimento dos grandes conglomerados financeiros que, seguindo o modelo do “banco universal alemão”, atuam

nos mais diversos segmentos dos mercados financeiros por meio de sociedades distintas mas integrantes do mesmo grupo econômico.

Após o reconhecimento das limitações contidas no Acordo de Basileia de 1988 – foi alvo de inúmeras críticas, embora tenha representado importante avanço para a regulação prudencial do sistema financeiro –, iniciaram-se os debates para alterações do pacto original. Em janeiro de 2001, o Comitê de Basileia divulgou sua proposta de novo acordo (Acordo de Basileia II), o qual, finalizado em maio de 2003, continha uma série de orientações destinadas ao incentivo da divulgação de informações (política do *disclosure*) de forma sistêmica, bem como a uma maior transparência das instituições bancárias, propiciando, assim, uma maneira mais adequada e segura de disciplinar o mercado (PINHEIRO; SAAD, 2005, p. 464-465).

Ao tratar dos debates para edição do novo Acordo de Basileia, Fernando Carvalho (2002, p. 322) assevera que

Eliminar o potencial de contágio de crises sistêmicas por meio do mecanismo informacional é um dos objetivos do Comitê da Basileia ao propor que a disciplina pelo mercado (*market discipline*) seja adotada ao Novo Acordo da Basileia (*The New Basel Capital Accord*), que ainda está em discussão, como um dos pilares a direcionarem as autoridades nacionais na regulação prudencial dos bancos. A ideia é disponibilizar a maior quantidade possível de informações ao mercado sobre a situação patrimonial das instituições bancárias e os riscos a que estão expostas, incluindo quem são os seus principais devedores, não só para que os bancos sejam constrangidos pelo próprio mercado a adotarem políticas de crédito mais consistentes, mas também porque dessa maneira diminuir-se-ia a assimetria de informações existente entre os bancos e seus depositantes.

Assim, impera-se sob a perspectiva do Acordo de Basileia II a regulação prudencial, ditando tendências e conformando procedimentos, pautando-se na prestação de informações ao mercado e no exercício de controles internos diversos. Apesar de o Brasil, assim como também alguns países periféricos, ter sido apenas espectador desses acordos, cuidou de adotar suas disposições, as quais destacavam a crescente importância dos controles internos e da disciplina de mercado.

Em 12 de setembro de 2010, restou concluído o terceiro Acordo de Basileia (também denominado de “Solvência 3”), que contou com a participação de diversos países, incluindo o Brasil. Pelo Acordo de Basileia III, novas exigências foram criadas, as quais deverão ser implementadas entre 2013 e 2019, recaindo, principalmente, na retomada de mecanismos para a contenção de crises e utilização de recursos privados de longo prazo para financiamento de infraestrutura.

Com efeito, as reformas propostas pelo Acordo de Basileia III visam não apenas o fortalecer os mecanismos de regulação “microprudencial”, mas, sim, caminhar no sentido da implementação de uma visão “macroprudencial” com o intuito uma melhor proteção do sistema.

Portanto, a regulação prudencial tem por objetivo controlar a segurança e a estabilidade das instituições em termos individualizados e no contexto do mercado financeiro, analisando suas contas e o cumprimento de certos limites, assegurando o funcionamento eficaz do sistema (CARVALHO, 2003, p. 238), no sentido de evitar falhas de mercado. Segundo preceituam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi (2005, p. 470-471):

Embora a regulação prudencial tenha sido alterada nos últimos anos para aumentar as exigências de capital e torná-las mais sensíveis ao risco de crédito, ela se manteve dependente de informações passadas, na maioria obtidas dos balanços dos bancos e do desempenho do devedor. Por exemplo, embora as provisões para perdas com devedores duvidosos se baseiem em um sistema de pontuação que, em princípio, reflete as expectativas futuras do credor relativas ao risco de cada empréstimo, os bancos tendem, na prática, a seguir os padrões mínimos exigidos pelo Banco Central, que focam na duração da inadimplência e na existência de garantias. De forma geral, poucas informações além daquelas coletadas de balanços, visitas de inspeção ou da CRC são utilizadas na regulação e fiscalização dos bancos. A única exceção relevante parece ser a utilização de informações negativas coletadas pelos BICs privados (isto é, o cadastro de devedores), que o Banco Central leva em consideração quando da análise da carteira de crédito do banco na fiscalização *in loco*.

Como visto, a regulação prudencial possui caráter eminentemente preventivo, visando o estabelecimento de regras específicas para tutelar o

comportamento dos agentes no mercado e para que se dê amplo acesso às informações, estando acompanhadas (regras) por normas que propiciem o monitoramento e a supervisão.

Tal como ocorre em relação à regulação de condutas, esclarece Otávio Yazbek (2009, p. 247) que a regulação prudencial “é, na sua origem, definida conforme a natureza da instituição regulada, sendo alguns de seus aspectos submetidos aos reguladores de áreas específicas, a quem incumbe autorizações, fiscalizações e controles em geral.” No caso brasileiro, esse tipo de atividade assiste primordialmente ao BCB, embora também possa ter atuação, nesse sentido, o CMN e a CVM.

4 As entidades reguladoras no mercado financeiro brasileiro

Conforme visto anteriormente, o sistema regulatório brasileiro organiza-se no sentido de lidar com os diversos riscos individuais e sistêmicos que decorrem da dinamicidade do mercado e das inovações que este pode apresentar. Para tanto, conta, em sua estrutura, com diversas entidades reguladoras independentes, atuantes em um segmento específico do mercado ou em conjunto (cada qual com a sua função específica) para melhor imprimir uma proteção de sistêmica, prudencial e dos agentes que operam no mercado financeiro.

Cumprido, nesse sentido, fazer uma análise geral da atuação desses agentes reguladores, com o fito de justificar a intervenção e ressaltar a importância da atuação do Estado na esfera privada do mercado financeiro, a qual recai sobre a atividade econômica nele (mercado) exercida.

a) Conselho Monetário Nacional

O CMN, criado pela Lei nº 4.595, de 1964, integra a estrutura do Ministério da Fazenda e é o responsável pela fixação de diretrizes das políticas monetária, creditícia e cambial do país. É composto pelo Ministro da Fazenda (que é o seu presidente), pelo Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão e pelo Presidente do BCB.

Conforme disposto no art. 3º da Lei nº 4.595, de 1964, o CMN tem por objetivo: *i)* adaptar o volume dos meios de pagamento às reais necessidades da

economia nacional e seu processo de desenvolvimento; *ii*) regular o valor interno da moeda, prevenindo ou corrigindo os surtos inflacionários ou deflacionários de origem interna ou externa, as depressões econômicas e outros desequilíbrios oriundos de fenômenos conjunturais; *iii*) regular o valor externo da moeda e o equilíbrio no balanço de pagamento do país, tendo em vista a melhor utilização dos recursos em moeda estrangeira; *iv*) orientar a aplicação dos recursos das instituições financeiras, públicas e privadas; *v*) propiciar o aperfeiçoamento das instituições e dos instrumentos financeiros, com vistas à maior eficiência do sistema de pagamentos e de mobilização de recursos; *vi*) zelar pela liquidez e solvência das instituições financeiras; e *vii*) coordenar as políticas monetária, creditícia, orçamentária, fiscal e da dívida pública, interna e externa.

Para tanto, estabelece o art. 4º do referido diploma legal um extenso rol de atribuições do CMN, que, conforme bem sintetizado por Otávio Yazbek (2009, p. 203), pode ser assim compreendido:

A ele [CMN] incumbem, de um (sic) modo geral, atividades deliberativas e normativas referentes à administração da moeda, à conformação dos mercados sob a sua tutela (englobando o mercado bancário, o mercado de capitais, as atividades securitárias e a previdência privada) e às atividades especificamente permitidas aos diversos intermediários financeiros [...].

Com efeito, o CMN é entidade deliberativa e normativa, sujeitando-se o BCB e a CVM, aos quais compete a realização, dentro de suas respectivas competências, dos atos de execução e implementação das regras e políticas por aquele definidas. Nesse sentido, ao BCB, conforme veremos a seguir, incumbe a regulação das atividades bancárias e creditícias, e à CVM, a regulação do mercado de valores mobiliários.

b) Banco Central do Brasil

Também criado pela Lei nº 4.595, de 1964, o BCB é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Fazenda, responsável pelo cumprimento das decisões e normas emanadas pelo CMN. Encontram-se subordinados ao BCB, “além das instituições bancárias propriamente ditas e das demais instituições creditícias anteriormente referidas, os administradores de consórcios (por força da

Lei nº 8.177, de 1991) e as entidades que integram o Sistema Financeiro da Habitação (Decreto-Lei nº 2.291/1986).” (YAZBEK, 2009, p. 203).

O BCB integra a Administração Pública indireta. Seu presidente é nomeado pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal. Encontra-se sediado na capital federal, com representações regionais em diversos estados da Federação, como Minas Gerais, Pará, São Paulo e Rio de Janeiro.

A competência do BCB está amplamente prescrita no extenso rol constante nos arts. 10 e 11 da Lei nº 4.595, de 1964, sendo principalmente responsável por garantir o poder de compra da moeda nacional e por supervisionar o Sistema Financeiro Nacional, em especial no que concerne aos mercados monetário, de crédito e cambial e às instituições financeiras que atuam em todo o mercado financeiro.

c) Comissão de Valores Mobiliários

A CVM, como visto, encontra-se vinculada ao Ministério da Fazenda e foi criada pela Lei nº 6.385, de 1976, para regulação do mercado de capitais propriamente dito, ou seja, o mercado de valores mobiliários.

Antes do surgimento da referida lei e da criação da CVM, o mercado de capitais estava sujeito à regulação do BCB. Atualmente, nesse mercado, com a criação da CVM, ao BCB compete apenas a regulação das instituições financeiras que nele atuam.

Com efeito, a criação da CVM foi inspirada no modelo norte-americano denominado *Securities and Exchange Commission* (SEC), criado em 2 de julho de 1934, mediante a promulgação do *Securities Exchange Act*. A SEC é uma agência independente com função quase judicial, cuja composição procura manter sua independência política, impedindo possa ser influenciada por quaisquer tendências ideológicas ou político-partidárias. A CVM, conforme definido por Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 72),

[...] é órgão de deliberação colegiada composta por cinco membros, sendo um presidente e quatro diretores. São eles nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal. O mandato dos dirigentes é de 5 anos, vedada a recondução, e no seu decurso só podem ser exonerados do cargo a pedido (renúncia), por decisão judicial transitada

em julgado ou por processo administrativo disciplinar, instaurado este último pelo Ministro da Fazenda. A competência da CVM projeta-se em três âmbitos: regulamentar, autorizante e fomentador.

A competência da CVM encontra-se prevista no art. 8º da Lei nº 6.385, de 1976, e, como visto anteriormente, compreende os âmbitos regulamentar, autorizante e fomentador (funções normativas e executivas). No que concerne a sua atribuição regulamentar, a CVM tem como objeto o funcionamento do mercado de capitais, disciplinando os registros de interesse do mercado, a admissão à negociação de valores mobiliários nas bolsas de valores, definindo práticas irregulares de administradores de companhia abertas e investidores, entre outras.

Quanto a sua competência autorizante, a CVM tem a função de legitimar a constituição de sociedades anônimas abertas, a emissão e negociação de valores mobiliários no mercado e o “funcionamento” dos agentes cuja atuação esteja direta ou indiretamente ligada a esse mercado.

Por fim, quanto à atuação fomentadora, compete à CVM acompanhar, de modo permanente, as companhias abertas e os demais agentes ligados ao mercado de capitais, de modo direto ou indireto. Para tanto, exige das companhias abertas e demais agentes relatórios periódicos e informações (*disclosure*), bem como possui acesso à escrituração, livros e documentos de todos os participantes do mercado. Tudo, com vistas à proteção dos investidores quanto à ocorrência de fraudes, irregularidades ou abusos, tanto na administração das empresas quanto nas operações desenvolvidas no mercado de valores mobiliários.

Nos termos do art. 11 da Lei nº 6.385, de 1976, a CVM é ainda investida de poderes para aplicar sanções (função judicante), a fim de garantir a eficácia de seus atos e proteger e fortalecer o mercado, observando, é claro, como bem lembrado por Nelson Eizirik (1992, p. 28), os princípios de ordem material (legalidade, irretroatividade, tipicidade da conduta culpabilidade, proporcionalidade da pena) e processual (presunção de inocência, prescrição, impossibilidade de dupla penalização, legalidade do procedimento e duplo grau de jurisdição administrativa).

Destarte, no exercício das funções normativas, executivas e judicantes (atribuições regulamentar, autorizante, fomentadora e punitiva), a CVM tem por

finalidade básica a normatização e o controle do mercado de valores mobiliários. Para tanto, compete à CVM “regulamentar e fiscalizar não apenas as atividades dos intermediários que operam sob a sua esfera de competência, mas também as atividades das bolsas e das companhias emissoras de valores mobiliários” (YAZBEK, 2009, p. 204), conforme relacionado no art. 15 da Lei nº 6.385, de 1976.

Com o advento das leis nº 10.303, de 2001, e nº 10.411, de 26 de fevereiro de 2002, que trouxeram nova redação a diversos dispositivos da Lei nº 6.385, de 1976, e da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 1976), houve uma ampliação da competência normativa da CVM, deferindo-lhe poder para expedição de normas nas circunstâncias mencionadas na Lei nº 6.385, de 1976 (FRANCO; SZTAJN, 2009, p. 53), em especial, nos arts. 2º, § 3º, 18, I, e 22, § 3º.

A despeito das referidas legislações, Otávio Yazbek (2009, p. 204-205) acrescenta:

Deste novo quadro resultaram, dentre outras alterações, a incorporação de novas modalidades operacionais ao conceito de valor mobiliário contido no seu art. 2º, a inclusão de novas instituições no rol de integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários constante do já referido art. 15 (especialmente aquelas relacionadas ao mercado de derivativos) e algumas mudanças nas suas estruturas administrativa e patrimonial, visando outorgar-lhe *status* de “autarquia especial”, com maior independência em relação ao poder executivo. Fora tais alterações, porém, o regime de atuação da CVM, assim como os seus instrumentos de atuação, permaneceu fundamentalmente o mesmo.

d) Comitê de Regulação e Fiscalização dos Mercados Financeiro, de Capitais, de Seguros, de Previdência e Capitalização

Além da estrutura principal formada pelo CMN, BCB e CVM, o Comitê de Regulação e Fiscalização dos Mercados Financeiro, de Capitais, de Seguros, de Previdência e Capitalização (Coremec) exerce importante atividade no mercado financeiro, embora não se trate propriamente de entidade reguladora. Criado pelo Decreto nº 5.685, de 25 de janeiro de 2006, o Coremec é constituído pelo Presidente e um Diretor do BCB; Presidente e um Diretor da CVM; Secretário de Previdência Complementar e por um Diretor da Secretaria de Previdência Complementar; e pelo Superintendente e por um Diretor da Susep.

Trata-se de um comitê vinculado ao Ministério da Fazenda, que desenvolve atividade consultiva, permitindo “a institucionalização de mecanismos de troca de informações e o desenvolvimento de iniciativas diversas de forma coordenada, o que se encontra, inclusive, em consonância com a natureza da maior parte daqueles mercados” (YAZBEK, 2009, p. 206).

e) A autorregulação das bolsas de valores e mercado de balcão organizado

Por fim, importa analisar a competência autorregulatória das bolsas de valores e das entidades de mercado de balcão organizado para “o estabelecimento de normas e procedimentos aplicáveis aos seus membros e às operações nelas realizadas, bem como para fiscalizar seu cumprimento” (ANDREZO; LIMA, 2002, p. 293).

Com efeito, o CMN é o órgão competente para a fixação da política e normas gerais sobre as bolsas de valores e o mercado de balcão organizado, sendo que compete à CVM a implementação, fiscalização e controle da política e normas emanadas pelo CMN, além de supervisionar, fiscalizar e autorizar previamente o início das operações das bolsas de valores e mercado de balcão organizado.

Destaca-se, assim, que os referidos poderes de autorregulação, por óbvio, não excluem a atuação dos órgãos reguladores competentes. Sem prejuízo dessa estrutura regulatória, infere-se que a atividade de autorregulação suprarreferida encontra inequívoco amparo legal na Lei nº 6.385, de 1976.

O art. 8º do referido diploma legal, ao elencar a competência normativa e executiva da CVM, estabelece, em seu parágrafo primeiro, que o disposto no *caput*

não exclui a competência das Bolsas de Valores, das Bolsas de Mercadorias e Futuros, e das entidades de compensação e liquidação com relação aos seus membros e aos valores mobiliários nelas negociados.

Já o parágrafo único do art. 17 da Lei nº 6.385, de 1976, estabelece que às bolsas de valores, de mercadorias e futuros e às entidades do mercado de balcão organizado e de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários “incumbe, como órgãos auxiliares da Comissão de Valores Mobiliários, fiscalizar os respectivos membros e as operações com valores mobiliários nelas realizadas.”

Andréa F. Andrezo e Iran S. Lima (2002, p. 293) esclarecem, sobre a característica autorregulatória das bolsas de valores e mercado de balcão organizado, que a estas foi atribuída autonomia administrativa, patrimonial e financeira e cabe a elas estabelecer os requisitos próprios para admissão de títulos e valores mobiliários à negociação em seus pregões, bem como as condições para a suspensão e o cancelamento desta admissão.”

E complementam, aduzindo que as bolsas têm competência para:

- decretar o próprio recesso, em caso de grave emergência;
- suspender as atividades da sociedade membro ou o exercício das funções de seus administradores, quando a proteção dos investidores assim o exigir;
- suspender a negociação, em seu recinto, de títulos e valores mobiliários;
- impedir a realização de negócios em bolsas de valores, quando existirem indícios de que possam configurar infrações a normas legais e regulamentares, ou consubstanciar práticas não equitativas; e
- cancelar negócios realizados em bolsas de valores, ou solicitar às entidades de compensação e liquidação a suspensão da liquidação, nos casos de operações em que haja indícios que possam configurar infrações a normas legais e regulamentares, ou que consubstanciem práticas não equitativas, modalidades de fraude ou manipulação. (ANDREZO; LIMA, 2002, p. 293).

Assim sendo, em razão da competência autorreguladora das bolsas de valores e mercado de balcão organizado, sem que tal exclua ou interfira na atuação regulatória do CMN, do BCB e da CVM, justifica-se a autorregulação pela própria atividade associativa, pela criação de instâncias administrativas e diferenciadas das entidades coletivas, bem como pela maior proximidade com a atividade regulada, sendo ainda que seus instrumentos são distintos daqueles utilizados pela regulação estatal, embora subordinados a esta (YAZBEK, 2009, p. 212-213).

5 Conclusão

Conforme visto anteriormente, o mercado financeiro é alternativa válida e cabal para o financiamento de empresas privadas, mediante a captação de recursos privados (poupança popular) para financiamento de suas atividades. Com efeito, o mercado financeiro brasileiro se mostra um importante mecanismo de financiamento das empresas nacionais e estrangeiras e, via de consequência, um impulsionador da economia nacional.

Todavia, trata-se de um investimento de risco, já que não se garante a obtenção de lucros, podendo o investidor não só deixar de alcançar o resultado pretendido (retorno da quantia investida), mas, ainda, perder todo o seu investimento. Além disso, existem diversos outros riscos, individuais e sistêmicos, que decorrem da dinamicidade do mercado e das inovações que este proporciona.

Desse modo, na medida em que almeja a captação de poupança pública para financiamento de atividades empresariais privadas, o mercado financeiro “depende primordialmente da regulação não somente como condição de funcionalidade, mas como garantia dos próprios interesses sociais” (MILAGRES, 2009, p. 380), com vistas a assegurar o funcionamento a contento do próprio mercado e de proteger o interesse público e social.

Como visto, a intervenção estatal – órgãos reguladores – no mercado financeiro, a despeito de se tratar de esfera privada, justifica-se na necessidade de redução da assimetria de informações, e conseqüente maior racionalidade quando da opção de investimento. Além disso, torna-se indispensável para estimular a formação e proteção da poupança popular, provendo competitividade e desenvolvimento do mercado financeiro, zelando pela liquidez, transparência e tratamento equitativo a todos os participantes do mercado. Possibilita, dessa maneira, assegurar a adequada avaliação e controle de riscos, além de coibir fraude – e, assim, assegura a eficiência e credibilidade do mercado.

Destarte, a intervenção estatal mediante entidade reguladora (mão visível), amparada pelo art. 174 da CRFB, como bem assevera Otávio Yazbek (2009, p. 255), mostra-se imprescindível para a proteção contra o risco sistêmico (externalidades do mercado), a proteção dos consumidores dos serviços financeiros em face do comportamento oportunista de intermediários e para o aumento da eficiência do sistema financeiro – e, assim, para assegurar a consecução de seus objetivos sociais. E ainda completa o referido autor (YAZBEK, 2009, p. 287):

[...] a regulação financeira é uma prática destinada à administração de riscos decorrentes das atividades desenvolvidas no mercado financeiro e de capitais. Trata-se, evidentemente, de uma evolução das justificativas tradicionais da regulação estatal, relacionadas às chamadas falhas de mercado. Os riscos que se pretende administrar pela regulação estão relacionados, fundamentalmente, a duas daquelas falhas – as assimetrias informacionais (que se refletem no plano das relações entre os agentes) e as externalidades (que se refletem na dimensão sistêmica das atividades financeiras).

Com efeito, a proteção dos agentes contra os citados riscos e as possíveis falhas de mercado, bem como a proteção de terceiros e da sociedade como um todo (possibilidade de alastramento de uma crise no sistema financeiro, como a quebra de bancos e aumento da inflação), só poderá ser alcançada por meio da boa regulação advinda da atuação de entidades reguladoras especializadas sobre a atividade econômica do mercado financeiro. E é exatamente nesse sentido que a regulação financeira brasileira se apoia.

Como visto anteriormente, a estrutura brasileira para regulação financeira, por meio dos órgãos reguladores especializados, pauta-se na regulação de condutas, traçando regras e procedimentos especiais e visando assegurar simetria de informações e racionalidade aos participantes do mercado; na regulação sistêmica, mediante a criação de redes de proteção do mercado, evitando-se crises e externalidades; e na regulação prudencial, “que serve de suporte para as outras duas, ao voltar-se para as instituições em si, sua estrutura, capacidade financeira, etc.” (YAZBEK, 2009, p. 287-288).

Desse modo, no contexto do Estado democrático de Direito, a instituição do Estado Regulador e a intervenção deste na autonomia privada no âmbito do mercado financeiro visa justamente assegurar a racionalidade econômica acima retratada, com a atuação principal de agentes reguladores especializados: atuando o BCB como órgão regulador sistêmico e prudencial; e a CVM e as bolsas de valores e mercado de balcão organizado (autorregulação) como reguladores de condutas. Ambos, atuantes em segmentos específicos e dentro de suas respectivas especialidades, estão submetidos às políticas públicas e normas gerais emanadas pelo CMN, e são interagidos e harmonizados pelo Coremec.

Referências

ALBERGARIA, Bruno. A (muito) antiga re-discussão da atuação econômica do Estado. Uma visão histórica e empírica da constelação do Direito e suas contribuições para o mundo da Economia. In: CORREA, Maria Laetitia; DADALTO, Maria Cristina; PIMENTA, Solange Maria; VELOSO, Henrique Maia. **Sociedade e Consumo: Múltiplas Dimensões na Contemporaneidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

ANDREZO, Andréa Fernandes; LIMA, Iran Siqueira. **Mercado Financeiro: aspectos históricos e conceituais**. São Paulo: Thompson Learning, 2002.

CARVALHO, Fernando J. Cardim de Carvalho. O Papel do Banco Central no Processo de Regulação Financeira. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARVALHO, Luís Paulo Figueiredo. **Os Sistemas de Supervisão Prudencial na União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 6. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

EIZIRIK, Nelson. **Aspectos Modernos do Direito Societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; HENRIQUES, Marcus de Freitas; PARENTE, Flávia. **Mercado de Capitais e Regime Jurídico**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DUBEUX, Júlio Ramalho. **A Comissão de Valores Mobiliários e os principais instrumentos regulatórios do Mercado de Capitais brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Direito Empresarial II: sociedade anônima, mercado de valores mobiliários**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 2.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Banco Central e Regulação: a mão invisível do Estado. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Direito Econômico**. Evolução e Institutos. Obra em homenagem ao prof. João Bosco Leopoldino da Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social. **Revista de Direito Público da Economia**, São Paulo, ano 4, n. 16, p. 27-42, out./dez. 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

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

Is Our Monetary Structure a Systemic Cause for Financial Instability? evidence and remedies from nature

Bernard Lietaer*

Robert E. Ulanowicz**

Sally J. Goerner***

Nadia McLaren****

1 Foreword. 2 Sustainability of Complex Flow Systems. 3 Application to Other Complex Systems. 4 Application to Financial and Monetary Systems. 5 A Structural Monetary Solution. 6 Application to Economic Theory. 7 Complementary Currencies for Meeting the Challenges of the 21st Century. 8 Conclusions.

Abstract

Fundamental laws govern all complex flow systems, including natural ecosystems, economic and financial systems. Natural ecosystems are practical exemplars of sustainability: enduring, vital, adaptive. The sustainability of any complex flow system can be measured with a single metric as an emergent property of its structural diversity and interconnectivity; it requires a balance in emphasis between efficiency and resilience. The urgent message for economics from nature is that the monoculture of national currencies, justified on the basis of market efficiency, generates structural instability in our global financial system.

* Center for Sustainable Resources, University of California.

** University of Maryland Center for Environmental Science, Chesapeake Biological Laboratory.

*** Integral Science Institute.

**** Union International Associations (UIA).

Economic sustainability therefore requires diversification in types of currencies, specifically through complementary currencies.

Keywords: Sustainability. Efficiency. Resilience. Biodiversity. Ecosystems. Complexity Theory. Financial Instability. Economic Sustainability. Complementary Currencies.

Resumo

Todos os sistemas de fluxo complexos, incluindo ecossistemas naturais e sistemas econômicos e financeiros, são regidos por leis fundamentais. Os ecossistemas naturais são exemplares práticos de sustentabilidade: resistentes, vitais, adaptativos. A sustentabilidade de qualquer sistema de fluxo complexo pode ser mensurada, com uma só medida, como uma propriedade emergente de sua diversidade estrutural e de sua interconectividade; e requer um equilíbrio na ênfase entre eficiência e resiliência. A mensagem urgente que a natureza envia à economia é que a monocultura de moedas nacionais, justificada com base na eficiência de mercado, gera instabilidade estrutural em nosso sistema financeiro global. A sustentabilidade econômica requer, portanto, a diversificação de tipos de moeda, especificamente por meio de moedas complementares.

Palavras-chave: *Sustentabilidade. Eficiência. Resiliência. Biodiversidade. Ecossistemas. Teoria da Complexidade. Instabilidade financeira. Sustentabilidade econômica. Moedas complementares.*

1 Foreword

Why is the financial crisis of 2008 treated as if it were the first? The World Bank has identified more than 96 previous banking crises and 176 monetary crises since President Nixon introduced the floating exchange regime in the early 1970s (Caprio and Klingebiel, 1996). Even before this period, financial booms and bust cycles were, in Kindleberger's words, a remarkably "hardy perennial" (Kindleberger, 1978); he inventories no less than 48 massive crashes between the 1637 tulip

mania in Holland and the 1929 crash on Wall Street. In short, it may be tempting to consider financial and monetary instability as a given, as part of Schumpeter's "creative destruction" of capitalism. But Schumpeter was referring mainly to the rise and fall of business units, not the monetary system. Could it be that a bug in the monetary system keeps crashing the operating system of capitalism, and that this has generated financial instability during the entire Modern capitalist era?

Our view is that such repeated breakdowns, in very different countries and times, under different regulatory environments, and in economies with very different degrees of development, signal some underlying structural problem. If such a deeper mechanism is involved, it could explain why each new set of regulations achieves, at best, only a reduction in the frequency of banking and monetary crises, without getting rid of them and their horrific economic and socio-political consequences.

Here is a metaphor. You are given a car without brakes and with an unreliable steering wheel. And you are sent across the Alps or the Rockies. When you crash, you are told that you are a bad driver; or that your road maps are out of date. And everybody is endeavouring to get that same car back on the road, with as little change as possible...predictably until the next crash. Indeed, such a car is not fit for driving; it has structural problems which, if not fixed, will predictably cause other crashes. Extending the metaphor, and assuming that only structural solutions can genuinely address structural problems, a helpful starting point would be to identify the nature of the structural problem that is plaguing our financial and monetary system.

2 Sustainability of Complex Flow Systems

We now have scientific evidence that a structural fault is indeed involved in generating financial crashes. The theoretical breakthrough is the capacity to measure with a single metric the sustainability of complex flow systems, which include natural ecosystems and economic or financial systems. Understanding and empirical substantiation of this mechanism has arisen from quantitative ecological research. For those desiring full technical and mathematical proof of what will be claimed here, please refer to the relevant paper (Ulanowicz, Goerner, Lietaer and Gomez, 2009). The most relevant points are summarized hereafter.

A recent and surprising insight from systems ecology is that sustainability is as much about “what is not” as “what is”. How can this be?

Conventional science investigates what is apparent – the things that are present in our world; it ignores or understates the absence of things. This seems hardly surprising and, on the face of it, of no consequence. Even if absence can make the heart grow fonder, this surely has nothing to do with the real world. Or does it?

Information is any “difference that makes the difference” (Gregory Bateson) and, as the binary logic of the digital age has popularized, such difference almost always involves the absence of something. In coming to terms with the working of whole systems, information theory (IT) is a means for apprehending and quantifying what is missing. The key point is that if one is to address the issue of sustainability, then the inchoate, undetermined “potentiality” of a system also becomes an indispensable focus of inquiry, because it is the source of the resilience that allows the system to persist (Conrad, 1983).

What IT tells us is that a system’s capacity to undergo change (H) has two components: order and the absence of order ($H = X + \Psi$). The first component, called “mutual constraint” (X , an analogue of Newton’s Third Law of motion), quantifies all that is regular, orderly, coherent and efficient. It encompasses basically all the concerns of conventional science. By contrast, the second component (Ψ) represents the lack of those same attributes, or the irregular, disorderly, incoherent and inefficient potential behaviours that have escaped the scrutiny of science mainly because they cannot easily be described, and even less readily repeated or measured, or all of the above.

In the jargon of IT, this second, overlooked component of system change Ψ is called “conditional entropy”; it can also be thought of as uncommitted potential. Critically what this says is that the very absence of order (even if its potential is never activated, and therefore unnoticed and unmeasured) plays the key role for a system to persist over the long run, to adapt to changing environment, or survive unexpected challenges. We know this intuitively and also from our experience of day to day living, exemplified in the familiar expressions “laid-back”, “I can cope with that” and “slack in the system”; but we rarely recognize it in our collective affairs, much less acknowledge its importance for sustainability. We will next show why this happens to be even more significant than the first variable, order, if we are to understand sustainability.

Separately, order (mutual constraint) and disorder (conditional entropy) tell us nothing about the vitality of a system. Is it healthily working, furiously spreading a cancer, moribund or even dead?

When scaled by the activity of the system – quantified as its total system throughput (TST) – the property of mutual constraint converts into the measure of a system’s “throughput efficiency”¹ (A), so-called because it measures the capacity of a system to process volumes of whatever that particular system deals with (e.g. biomass in an ecosystem, electrons in an electrical distribution system, or money in an economy). On the other hand, scaled conditional entropy becomes a measure of a system’s resilience (Φ), because it captures the capacity of a system to change and adapt. Thus the total capacity for system development (C) can be expressed as both order and disorder, or $C = A + \Phi$ (Ulanowicz, Bondavalli and Egnotovich, 1996).

A living system adapts in homeostatic fashion to buffer performance by expending what Odum called “reserves” (Odum, 1953). The reserve in this case is not some palpable storage, like a cache of some material resource. Rather, this second variable Φ is a characteristic of the system structure that reflects its capacity both to survive change and adapt to new circumstances – and it usually requires some loss of efficient performance (Ulanowicz, 2010). Systems that endure – that is, are sustainable – lie in dynamic balance somewhere between these two poles of order and disorder, efficient performance and adaptive resilience.

We now have the basic elements for a more complete description of complex living systems. That it possesses throughput efficiency, A , means that the system is capable of exercising sufficient directed power to maintain its integrity and growth over time. Autocatalysis plays a key role among those processes: autocatalysis is a type of self-perpetuating (positive) feedback process capable of exerting a centripetal pull upon materials and energy, drawing more and more resources into its orbit.

So crucially, as we have seen, throughput efficiency is definitely not sufficient for sustainability. Also necessary is that it possesses a resilience, Φ , of undefined and contingent responsiveness to the unpredictable challenges thrown up by its own workings and its environment. It is thanks to this Φ that a resilient ecosystem can withstand shocks and adapt itself when necessary.

¹ We will abbreviate this variable simply as efficiency. The original ecological literature refers to this variable as “ascendency”.

This dialectic between efficiency and resilience is the “go and get” and the “let go and give” of life. In the Chinese philosophical tradition, they are called respectively the *yang* and the *yin*, characteristics which they assigned to all natural systems. The poet John Keats coined the term “negative capability” for the often overlooked *yin* trait of human personality and experience: the capacity to hold uncertainty without angst – the capacity to live with the unknown as an ally rather than something to be eliminated. Such “undecideness” is not hesitant fence-sitting, indifference or laziness; nor is it a skill in the usual sense of the word, although it can be cultivated. It is more like a connection to an undifferentiated ground that resists form, which continually invokes questions and reflection and is potentially multi-dimensional, a space of “both-and” and *neti-neti*, the Hindu concept literally meaning “neither this, nor that”.

In summary, natural ecosystems exist because they have **both** sufficient self-directed identity **and** flexibility to change. This is what the Chinese refer to as *yin-yang*, two ideograms joined as a single concept, where the polarities necessitate each other in an appropriate balance in harmonious complementarity. Over time nature must have solved many of the structural problems in ecosystems (otherwise, these ecosystems simply wouldn’t still exist today). They are our best living examples of large scale sustainability in action.

Moving beyond information theory, ecologists have measured the transfer of biomass and energy (“trophic exchanges”) within ecosystems. For example, using a web-like network approach, they have estimated the magnitude of carbon transfers within a freshwater cypress wetland community leading from prawns to the American alligator via three intermediate predators: turtles, large fish, and snakes (Ulanowicz *et al.*, 1996); or estimated the trophic (nutritional) transfers of energy in the Cone Spring community, a small freshwater ecosystem comprising primary producers (algae and higher plants), detritus, bacteria, detritivores (annelids and molluscs) and carnivores (insects) (Tilly, 1968).

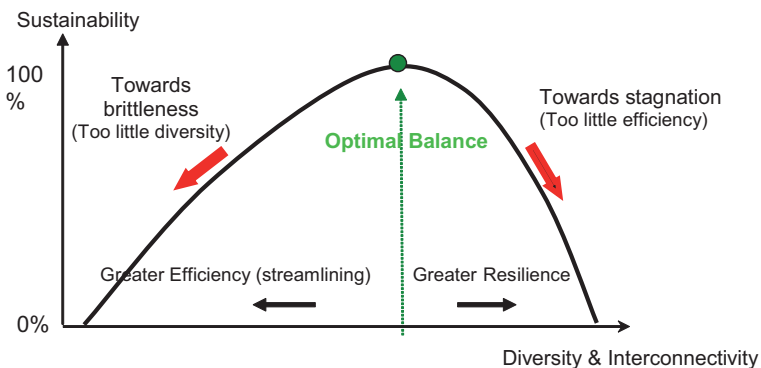
Ecologists have also found ways to derive values for an ecosystem’s throughput efficiency and resilience by estimating network size and network connectedness in terms of two variables: (1) node to node pathway steps (n , which gauges the effective number of trophic levels in the system and is directly related to throughput efficiency and (2) links per node (c , which measures the effective connectivity of the system in terms of links per node which is directly related

to resilience).² It turns out that there is a specific zone of optimal robustness, into which all observed natural ecosystems fall. This zone has been named the “window of viability” (also in ecological literature the “window of vitality”).³

The key conclusion is that nature does not select for maximum efficiency, but for a balance between the two opposing poles of efficiency and resilience. Because both are indispensable for long-term sustainability and health, the healthiest flow systems are those that are closest to an optimal balance between these two opposing pulls. Conversely, an excess of either attribute leads to systemic instability. Too much efficiency leads to brittleness and too much resilience leads to stagnation: the former is caused by too little diversity and connectivity and the latter by too much diversity and connectivity.

Sustainability of a complex flow system can therefore be defined as the optimal balance between efficiency and resilience of its network. With these distinctions we are able to define and precisely quantify a complex system’s sustainability in a single metric. The generic shape of the relationships between sustainability and its constituent elements is shown in Figure 1. Observe that there is an asymmetry: optimality requires more resilience than efficiency! (The optimal point lies closer to resilience than efficiency on the horizontal axis).

Figure 1 – Sustainability curve mapped between the two polarities of efficiency and resilience. Nature selects not for a maximum of efficiency, but for an optimal balance between these two requirements. Notice that resilience is roughly two times more important than efficiency at the optimum.



2 Mathematically $n = 2^A$ and $c = 2^{0/2}$

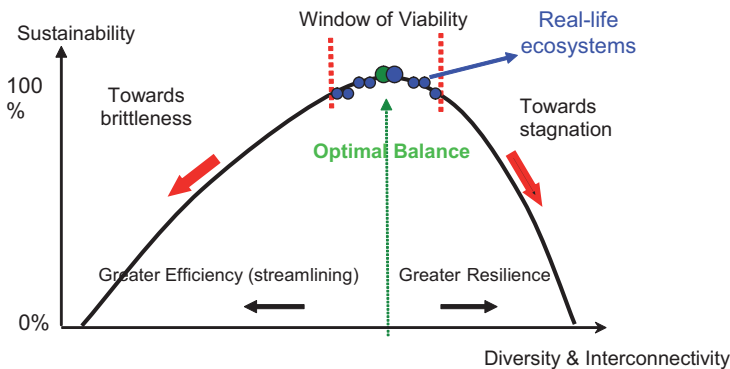
3 The zone of viability is defined on one axis by a measure of path length of between 2 and 5 nodes (with optimum performance at around 3) and on the other by a node/link density of between 1 and 3. The geometric center of the window ($n = 3.25$ and $c = 1.25$) suggests the best possible configuration for sustainability under the information currently available. In essence, this says that systems can be either strongly connected across a few links or weakly connected across many links, but configurations of strong connections across many links and weak connections across a few links tend to break up or fall apart, respectively (Zorach and Ulanowicz 2003).

Until recently, total throughput and efficiency have been the only means for us to identify the relative success of a system, whether in nature or in economics. For example, in ecosystems, as in economies, size is generally measured as the total volume of system throughput/activity. Gross Domestic Product (GDP) measures size this way in economies and Total System Throughput (TST) does so in ecosystems. Many economists urge endless growth in size (GDP) because they assume that growth in size is a sufficient measure of health. GDP and TST, however, are both poor measures of sustainable viability because **they ignore network structure**. They cannot, for example, distinguish between a resilient economy and a bubble that is doomed to burst; or between healthy “development,” as Herman Daly (1997) describes it, or explosive growth in monetary exchanges simply due to runaway speculation.

Now, however, we can distinguish whether a particular increase in throughput and efficiency is a sign of healthy growth or just a relatively short-term bubble that is doomed to collapse.

As explained above, it is also interesting that ecosystems have their most critical parameters within a very specific and narrow range, which can be computed empirically with precision and which we call the “Window of Viability” (See figure 2).

Figure 2 – The “Window of Viability” in which all sustainable natural ecosystems operate. Complex natural ecosystems invariably operate within a fairly narrow range on each side of the Optimum point.



3 Application to Other Complex Systems

The question will undoubtedly be raised whether what we learn from ecosystems still makes sense when applied to other systems, such as economic or financial systems.

It is critical to understand that the findings described in natural ecosystems arise from the very **structure of a complex flow system**, and therefore that they remain valid for any complex flow network with a similar structure, regardless of what is being processed in the system: it can be biomass in an ecosystem, information in a biological system, electrons in an electrical power network, or money in an economic system. This is precisely one of the strong points of using a web-like network approach instead of machine-like metaphor.

The fields of engineering, business and economics have all been focusing almost exclusively on efficiency, and therefore constitute a wide-open field to explore the validity of the proposed metrics to improve sustainability. For example, electrical power grids have been systematically optimized for decades towards ever greater technical and economic efficiency. It has come as a surprise to many engineers that, as they have approached higher efficiencies, suddenly large-scale blackouts have been breaking out with a vengeance “out of nowhere”. For instance, a few decades ago several blackouts hit large areas of the United States and Northern Germany. The data should be available to model these systems as flow networks, because that is what they literally are. One could then quantify their efficiency and resilience, and their Window of Viability. The solution on how to rebalance such a system to make it less brittle, and to determine its optimal sustainability, would be an obvious “hard science” test application of the concepts and metrics described here.

The point being made here is truly profound and has wide-reaching implications for all complex systems, natural or human-made. Placing too much emphasis on efficiency tends to automatically maximize flows, size and consolidation at the expense of choice, connectivity and resilience until the entire system becomes unstable and collapses.

4 Application to Financial and Monetary Systems

Applying the above complex flow framework to financial and monetary systems, we can predict that excessive focus on efficiency would tend to create exactly the kind of bubble economy which we have been able to observe repeatedly in every boom and bust cycle in history, including the biggest bust of them all, the one that we are experiencing today.

Viewing economies as flow systems ties directly into money's primary function as medium of exchange. In this view, money is to the real economy like biomass in an ecosystem: it is an essential vehicle for catalyzing processes, allocating resources, and generally allowing the exchange system to work as a synergetic whole. The connection to structure is immediately apparent. In economies, as in ecosystems and living organisms, the health of the whole depends heavily on the structure by which the catalyzing medium, in this case, money, circulates among businesses and individuals. Money must continue to circulate in sufficiency to all corners of the whole because poor circulation will strangle either the supply side or the demand side of the economy, or both.

Our global monetary system is itself an obvious flow network structure, in which monopolistic national currencies flow within each country (or group of countries in the case of the Euro), and interconnect on a global level. The technical justification for enforcing a monopoly of a single currency within each country is to optimize the efficiency of price formation and exchanges in national markets. Tight regulations are in place in every country to maintain these monopolies. Banking institutional regulations further ensure that banks tend to be carbon copies of each other both in terms of their structure and behaviour. This was demonstrated among the world's bigger banks, most recently and with a vengeance, with the simultaneous crisis in 2008.

Furthermore, in a seminal 1953 paper, Milton Friedman proposed that letting markets determine the value of each national currency would further improve the overall efficiency of the global monetary system (Friedman, 1953). This idea was actually implemented by President Nixon in 1971, to avoid a run on the dollar at that time. Since then, an extraordinarily efficient and sophisticated global communications infrastructure has been built to link and trade these national currencies. The trading volume in the foreign exchange markets reached

an impressive \$3.2 trillion **per day** in 2007, to which another daily \$2.1 trillion of currency derivatives should be added (Bank of International Settlements, 2008). Over 95% of that trading volume is speculative, and less than 5% is in fact used for actual international trade of goods and services.

Speculation can play a positive role in any market: theory and practice show that it can improve market efficiency by increasing liquidity and depth⁴ in the market. But current speculative levels are clearly out of balance. Although over half a century old, John Maynard Keynes' opinion has never been as appropriate as it is today. "Speculators may do no harm as bubbles on a steady stream of enterprise. But the position is serious when enterprise becomes the bubble on a whirlpool of speculation. When the capital development of a country becomes a by-product of the activities of a casino, the job is likely to be ill-done." (Keynes, 1936, p. 159).

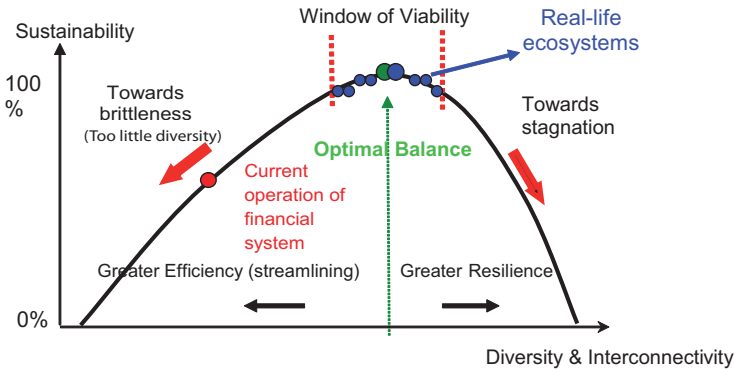
Nobody questions the efficiency of these huge markets; but their lack of resilience has also been amply demonstrated, for instance during the Asian crisis of the late 1990s, and dozens of other monetary crashes. In short, our global network of monopolistic national moneys has evolved into an overly efficient and dangerously brittle system. This system's lack of resilience shows up not in the technical field of the computer networks (which all have backups), but in the financial realm, as has been spectacularly demonstrated by the large number of monetary and banking crashes over the past thirty years. Such a crisis, particularly a combined monetary and banking crash, is – other than war – the worst thing that can happen to a country.

Even more ironically, whenever a banking crisis unfolds, governments invariably help the larger banks to absorb the smaller ones, under the logic that the efficiency of the system is thereby further increased. When a failing bank has proven to be "too big to fail", why not consider the option to break it up into smaller units that can be made to compete with each other? This was done in the US, for instance, with the break up of the Bell telephone monopoly into competing "Baby Bells". Instead, what tends to be done is to make banks that are "too big to fail" into still bigger ones, until they become "too big to bail". This whole process is illustrated in figure 3.⁵

4 "Liquidity" and "Depth" of a financial market refers to the possibility of moving large volumes of money without significantly affecting prices. In a deep market, a lot of people are buying and selling. By contrast, in a thin market, because fewer people are trading, even one single large transaction could significantly affect prices.

5 We have not yet been able to formally quantify the window of viability of the global monetary system, although such an

Figure 3 – Today’s global monetary ecosystem is significantly overshooting the optimal balance – the Window of Viability – because of its exclusive emphasis on efficiency. It is careening toward brittleness and collapse because a general belief prevails that all improvements need to go further in that the same direction (thick downward arrow) of increasing growth and efficiency. For instance, the global monoculture of bank-debt money as legal tender is technically justified on the basis of efficiency of price formation and exchanges within each country. Internationally, floating exchanges were also justified because they are “more efficient”.

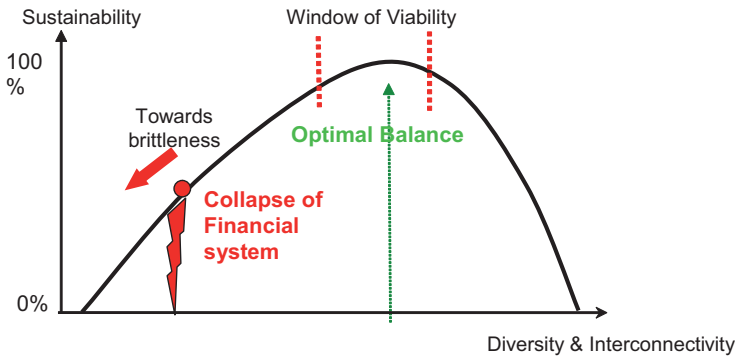


Similarly, the substance that circulates in our global economic network – money – is also maintained as a monopoly of a single type of currency – bank-debt money, created with interest. Imagine a planetary ecosystem where only one single type of plant or animal is tolerated and artificially maintained, and where any manifestation of diversity is eradicated as an inappropriate “competitor” because it would reduce the efficiency of the whole.

An overly efficient system as the one described in figure 3 is “an accident waiting to happen”, condemned to crash and collapse however many competent people dedicate time and heroic efforts to try to manage it. Graphically, this is illustrated in the next illustration (figure 4).

exercise would be achievable if the data about global flows by currency and institution are available. However, we are clearly dealing with a monoculture of bank-debt money worldwide. A monoculture is by definition lacking the diversity of any natural ecosystem, and pushes us away from the resilience pole. The institutional pressure on efficiency further pushes in the same direction.

Figure 4 – The dynamics of an artificially enforced monoculture of currencies and banks in a complex system where efficiency is the only criterion considered relevant. The only possible outcome is systemic financial collapse.



As stated earlier, nature has over billions of years selected the conditions under which complex ecosystems are sustainable, otherwise they wouldn't exist today. In contrast, humanity still struggles with the issue of how to create sustainable economies. We know that the theoretical framework applies to both natural and man-made complex systems. Has the time not come to learn in this domain from nature?

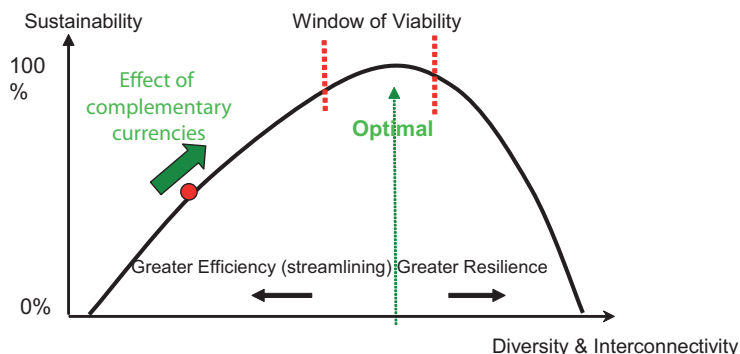
5 A Structural Monetary Solution

A full inventory of the options on how to deal with a systemic banking crisis has been explained in another paper (Lietaer, Ulanowicz and Goerner, 2009). Here we will focus only on the solution which aims at increasing structurally the resilience of the monetary system, even if at first sight that may be less efficient.

Conventional economic thinking assumes the *de facto* monopolies of national moneys as an unquestionable given. The logical lesson from nature is that systemic monetary sustainability requires a diversity of currency systems, so that multiple and more diverse agents and channels of monetary links and exchanges can emerge, as seen in figure 5.

Figure 5 – The Effect of Diverse Complementary Currencies

The operation of complementary currencies of diverse types enables the economy to flow back towards greater sustainability (thick upward arrow). While this process clearly reduces efficiency, that is the price to pay for increased resilience of the whole. Complementary currencies facilitate transactions that otherwise wouldn't occur, linking otherwise unused resources to unmet needs, and encouraging diversity and interconnections that otherwise wouldn't exist.



This is the practical lesson from nature: allow several **types** of currencies to circulate among people and businesses to facilitate their exchanges, through the implementation of complementary currencies. Let us start by defining a currency as whatever a community is accepting as medium of exchange. A complementary currency is therefore any standardized instrument, other than national money, that is actually used in exchanges. These different types of currencies are called “complementary” because they are designed to operate in parallel with, as complements to, conventional national moneys.

What is most surprising and interesting is that, below the radar beams of officialdom and most academics, there has been a spontaneous emergence over the past decades of precisely the kind of instruments that would be relevant to correct the problem of currency monopoly.

Notice that if the problem is the monopoly of one type of currency; replacing one monopoly with another isn't the solution. Monetary reforms which aim at substituting one monopoly by another would therefore be insufficient.

The very idea of allowing different types of currencies co-exist will certainly appear shockingly unorthodox to conventional monetary thinking, but in fact there are already hundreds of thousands. By far the most common are commercial

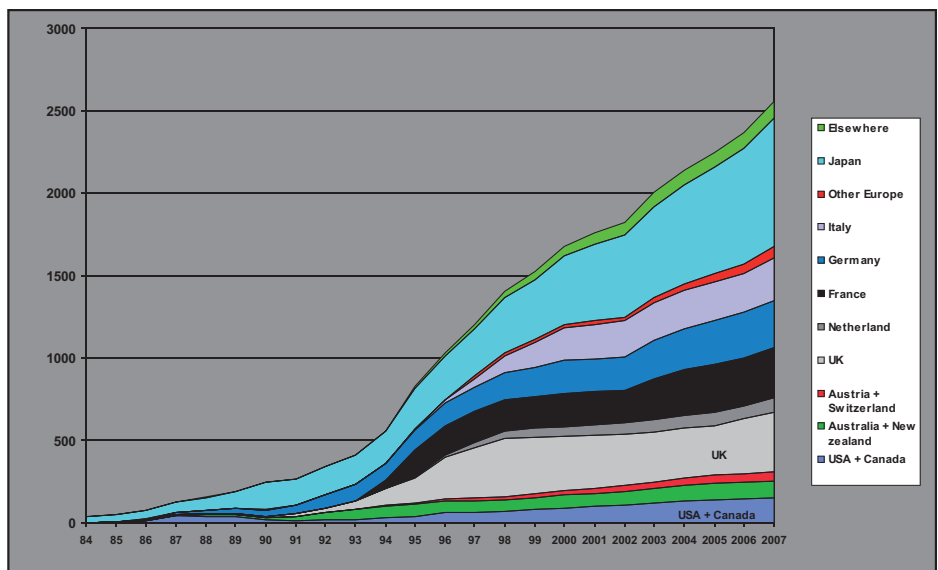
complementary currencies, such as Airline Miles, or the many thousands of other loyalty currencies issued by companies, chains and individual shops at different scales around the world. They have demonstrated that people are willing to change behaviour (*e.g.* return to the same vendor) in order to obtain and use them. If that weren't true, businesses wouldn't continue to issue them.

However, the more interesting behaviour changes can be found in the so-called social purpose complementary currencies. They are much less common than the commercial loyalty systems, but they have grown in number to total several thousand in a dozen countries.

Just in the social domain, a wide variety of complementary currencies have become operational, as shown in the following graph. Such systems have been described extensively (Lietaer 2001; Greco, 2003; Kent, 2005) and the Journal of Community Currency Research a specialized peer-reviewed journal has emerged to track academic research in this burgeoning field (see www.uea.ac.uk/env/ijccr/).

Figure 6 – Number of Social Purpose Complementary Currencies Operational in a Dozen Countries (1984-2007).

These estimates are purposely very conservative. They include only systems that were operational during the corresponding year and whose existence was verified by one of the authors through the net or in personal contact. Many more systems exist that don't feel the need to advertise their existence is.



All this research has documented that people have significantly different attitudes towards different types of currencies. Even more importantly, it has proven that behaviour change can be generated systematically when incentive schemes are designed involving specialized currencies circulating in parallel with the flow of conventional national money. Evidence has accumulated in dozens of countries that complementary currency systems can be designed, for instance, to successfully improve solidarity among neighbours; to support cooperation rather than competition in a community; to encourage inter-generational elderly care; or to induce a consumer life-style that reduces carbon emissions.

As Edgar Cahn's work in Time Dollars demonstrates, whenever complementary currencies begin flowing through a community, there is an increase in the degree of diversity and interconnectivity in the system. This is due to the ability of complementary currencies to catalyze business processes and individual efforts that are too small or inefficient to compete for national currencies in a global market place (Cahn, 2004).

In short, both in the commercial and the social domains, the monopoly of conventional money as medium of exchange has already technically died without most people taking notice. But most of this has been happening on too marginal a scale to make policy makers aware of the potential of such tools to address the huge breakdowns that we know we will have to face in the 21st century.

Most of those systems are too small and/or too recent for us to be able to empirically measure their macro-economic impact. One important exception is the WIR, which has been operational since 1934, involves today about 70,000 Swiss businesses, and has an annual volume of over US\$2 billion (Studer, 1998). Because of its 75 year history and the quality of the data gathered over this time, the stabilization effect of this system on the mainstream economy has been able to be proven quantitatively (Stodder, 1998, 2000, 2009). Exactly as our theoretical framework would forecast, the Stodder studies empirically demonstrate that the WIR system spontaneously behaves counter-cyclically with the mainstream economy, and thereby helps rather than hinders the efforts of the central bank to stabilize the economy. However, both conventional monetary theory and central banking practice still consider such "unorthodox" commercial currency systems as either irrelevant as long as they remain small; or as a nuisance that could perturb monetary policy if they were to grow to any significant size (Rösl, 2006).

6 Application to Economic Theory

The issue of diversity matters not only in types of money, but also in economic agents. Too little diversity, or too much, can precipitate instability. For example, a town that has but one very large employer will find it harder to adapt if that company goes under, than a town with several medium size employers and many more small ones.

Theoretical ecology has shown us that the dynamic balance between an efficient (streamlined, compact) network and a resilient network (looser, more diverse, with redundant pathways) provides a measure of sustainability for any complex flow system. It provides a single metric of overall system health, which reflects how efficiently the network circulates materials and energy throughout the system, while simultaneously staying resilient enough to survive normal vicissitudes and flexible enough to adapt, develop and evolve. More efficient performance implies less latent potential, and a rather fixed structure with little scope to innovate and adapt when challenged by novel disturbances. At the other extreme, a system with too much slack and diversity may possess ample buffers, but lack the coherence and purpose to grow. Somewhere in between these extremes lies healthy sustainable development.

Current economic theory fails to differentiate healthy development from cancerous growth. Policies that promote positive-feedback growth in an economy may result in a wealth-concentrating vortex that breeds brittleness and bubbles in the same process.

The most recent banking/financial crisis shows how this works in practice. It was initially precipitated by the mortgage derivative bubble, the latest of many bubbles in a supersaturated, force-fed economy. Deregulated bankers in search of new sources of income, stockbrokers in search of hot new products to sell, and big financial investors in search of higher gains, formed a self-amplifying circuit in which gains in any segment naturally fed gains in the others. This autocatalytic loop grew rapidly by pulling in resources from the broader economic network and concentrating wealth in the hub. The result in the major economies was that, during the two decades leading up to the crash of 2008, profits in the financial sector roughly doubled as a percent of total corporate profits. . It also evolved ever more efficient (if dangerous) “pull” techniques and a kind of rigid group-

think that dismissed traditional risk assessments precisely because selection pressures were intense, with those who increased gains being lavishly rewarded, and those who didn't being out of a job. While the derivative bubble triggered the crisis, the erosion of other sectors created an underlying brittleness (from debt burden, for instance) that made the broader economy susceptible along with the epicentre banking/financial circuit as well (Goerner *et al.*, 2009).

Hence the mantra of forever increasing efficiency has become misguided and counterproductive. The quest for greater economic efficiency, for example by downsizing or by "just in time" deliveries or other ways to continually increase the efficiency of value chains, has reduced the stability of the overall economic system. This phenomenon of autocatalysis can also precipitate system collapse through implosion. Examples are the dot .com bubble and the hollowing-out of small town high streets and urban neighbourhoods by "big-box" retailers (Goerner *et al.*, 2009).

The message is we must rebalance. We now have scientific proof of why a single-minded push for greater efficiency will predictably generate systemic inflexibility to the point of brittleness and failure. Equally, policies that only tweak at the edges of a senescent system do not address the structural flaws of the current system. We must understand, cultivate and nurture the complex and adaptive components of our economic system.

7 Complementary Currencies for Meeting the Challenges of the 21st Century

The end of the Industrial Era is coinciding with a convergence of unprecedented challenges. Global issues such as climate change, energy and resource supply squeezes, rising underemployment and a rapidly aging population come to mind. The expectation with the dawning of an Information Age is that just about everything will change in our society, but with one critical exception; that is, we are supposed to meet those challenges with the monetary tools that were designed several centuries ago: a monopoly of bank-debt money.

We could provide many examples to give a sense of what the future could hold with a new, diversified monetary structure. To just take one, there is

now almost universal consensus that we will need to massively shift to a lower carbon economy worldwide. The favoured instrument to achieve this is a market in carbon emission rights (traded in US\$ or Euros). This is an indirect, hence a somewhat blunt and unreliable means, to achieve this aim. Specialized complementary currencies can function more directly and in a fully guaranteed way. For example, a UK proposal uses a complementary currency called a Tradable Energy Quota (TEQs). A given quantity of TEQs is created, corresponding to the maximum emissions for that year and country, or region. When an individual, business or government entity buys energy, such as petrol for your car or electricity for a business, payments occur in two currencies: the cost in conventional money (as today) and a quantity of TEQs corresponding to the corresponding carbon content. Those who spend more than their quota have to obtain other people's surplus TEQs through an electronic auction system. Such dual currency payments would be completely electronic and automatic, typically using direct-debit technology (see details on www.teqs.net).

A completely different complementary currency approach is a voluntary citizen-based experiment in the Netherlands with a carbon-reducing complementary currency. It can be seen as a loyalty currency for rewarding green behaviour. Credits are earned when a carbon-reducing activity is performed by a consumer (e.g. investing in solar panels). These credits can then be spent to purchase other carbon-reducing services or products (e.g. paying for public transport), thereby creating an economy with a virtuous loop of carbon reductions (see details in www.nu-kaart.nl). If a city, region or national government wanted to make such behaviour compulsory, it could raise a tax payable in such a currency. This is, after all, the mechanism by which the demand for conventional bank-debt money is made compulsory by governments (Wray, 1998).

8 Conclusions

Ironically, our financial system is so fragile because it has become too efficient. Our modern monetary system is based on a monoculture of a single type of money (all our national currencies have in common to be generated as bank-debt money). This monoculture is legally imposed in the name of market

efficiency. Furthermore, governments enforce this monopoly by requiring that all taxes be paid exclusively in this particular type of currency.

Unlike natural systems (“you cannot negotiate with a living cell [...]”), economic systems are completely manageable because we built them. But “manageable changes” like new regulations, or changed personnel at the top of our financial institutions, will at best only reduce the frequency of the crashes, not eliminate them. This doesn’t mean that managerial changes are not justified, useful and necessary; but we claim that whatever is done at that level will, in the end, reveal itself to be insufficient. This is **not** a management problem, it’s a **structural** problem.

So the good news is that the repeated financial and monetary crises are avoidable. However, that will happen if, and only if, we are willing to revisit the structure of our money system. Specifically, different types of currencies issued by different types of institutions would provide the diversity and the higher interconnectivity that a resilient financial system would require.

The most valuable role for government in implementing our proposed approach could limit itself to specifying the kind of currency other than conventional bank-debt national money it would accept in payment of fees and taxes. Interestingly, Uruguay has been the first country to follow precisely such a strategy by accepting an electronic business-to-business generated currency called C3 (for Commercial Credit Circuit) for all payments of fees and taxes, in addition to the conventional national money. Their reason: it is a very effective way to increase employment through the small and medium-sized enterprises (which represent over 90% of private employment in that country), because it provides working capital to the participating businesses without costing anything to the government. A bank plays the role of converting the C3 units into national currency when requested, at a cost borne by the participating business making that request (see details on www.lietaer.com).

So why is such an approach not generalized? It may still be too new for the worldwide institutional framework – including global organizations such as the IMF and the World Bank, and each country’s central bank – that has as crucial mandate to ensure the stability of the monetary and financial environment. Monetary orthodoxy continues to prevail: achieving the objective of monetary stability requires the safeguarding of the monopoly of the existing money

creation process. This orthodoxy is part of the powerful auto-catalytic forces that engender and protect banks that become “too big to fail”. As a consequence, some of the remedies that are now being applied are actually worsening the structural problem.

What governments learned in the 1930s is that they can’t let the banking system sink, without risking a collapse of the entire economy. Unfortunately, governments may learn in the on-going crisis that they can’t afford to save the banking system.

Financial regulators and policy makers, on their side, are in the uncomfortable role of trying to control the defective car sent over a mountain range described as a metaphor at the beginning of this paper. Alan Greenspan, former governor of the Federal Reserve, now admits that “the world will suffer another financial crisis” but blames “human nature” for this state of affairs.⁶ The problem with this interpretation is that changing human nature isn’t a very realistic basis for attaining global financial stability any time soon.

If this crisis is structural, as we have argued, then only a structural solution will actually achieve the regulators’ aim. At this point, however, the prevailing orthodox idea that we need to enforce a monopoly of a single national currency, one in each country or group of countries, remains firmly in place, despite the massive systemic collapse in 2008. Let us please remember that it is orthodoxy that got us into this trouble...

Maybe, after all, it is part of human nature to refuse to learn from nature in the monetary domain? The trillion dollar question becomes therefore: how many more banking and monetary crashes do we have to live through before we have the humility to learn from nature in this domain?

References

BANK OF INTERNATIONAL SETTLEMENTS – BIS. Triennial Central Bank Survey of Foreign Exchange and Derivatives Market Activity 2008 – Final Results. Washington, DC, 2008.

⁶ Interview of September 8, 2009 on BBC2: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/8244600.stm>.

CAHN, Edgar. **No More Throw Away People**. Washington, DC: Essential Books, 2004.

CAPRIO, Gerard Jr.; KLINGEBIEL, Daniela. **Bank Insolvencies: Cross Country Experience**. Washington, DC: World Bank, Policy and Research Department, 1996. (Policy Research Working Papers, n.1620).

CONRAD, Michael. **Adaptability: The Significance of Variability from Molecule to Ecosystem**. New York: Plenum Press, 1983.

DALY, Herman E. **Beyond Growth: The Economics of Sustainable Development**. Boston: Beacon Press, 1997.

FRIEDMAN, Milton. The Case for Flexible Exchange Rates. In: **Essays in Positive Economics**. Chicago: University of Chicago Press, 1953. p. 157-203.

GOERNER, Sally J.; LIETAER, Bernard; ULANOWICZ, Robert E. . Quantifying Economic Sustainability: Implications for free enterprise theory, policy and practice. **Ecological Economics**, v. 69, n. 1, p. 76-81, 2009.

GRECO, Tom. **Money: Understanding and Creating Alternatives to Legal Tender**. Vermont: Chelsea Green Publishing, 2003.

KENT, Deirdre. **Healthy Money, Healthy Planet: Developing Sustainability through new money systems**. New Zealand: Craig Potton Publishing, 2005.

KEYNES, John Maynard. **The General Theory of Employment, Interest and Money**. London: Macmillan, 1936. p. 159.

KINDLEBERGER, Charles P. **Manias, Panics and Crashes**. 3rd ed. New York: Wiley & Sons, 1978.

LIETAER, Bernard. **The Future of Money**. London: Century, 2001.

LIETAER, Bernard; ULANOWICZ, Robert E.; GOERNER, Sally J. Options for Managing a Systemic Bank Crisis. **Sapiens**, v. 2, n. 1. Available at: <<http://sapiens.revues.org/index747.html>>.

ODUM, Eugene P. **Fundamentals of Ecology**. Philadelphia: Saunders, 1953.

RÖSL, Gerhard. **Regional Currencies in Germany: Local Competition for the Euro?** Deutsche Bundesbank Eurosystem, 2006. (Discussion Paper, Series 1:

Economic Studies, n. 43/2006). Available at: <http://www.bundesbank.de/download/volkswirtschaft/dkp/2006/200643dkp_en.pdf>.

STODDER, James. Corporate Barter and Economic Stabilization. **International Journal of Community Currency Research**, n. 2, 1998.

_____. **Reciprocal Exchange Networks: Implications for Macroeconomic Stability.** In: CONFERENCE PROCEEDINGS, INTERNATIONAL ELECTRONIC AND ELECTRICAL ENGINEERING (IEEE), Albuquerque, New Mexico: Engineering Management Society (EMS), 2000. Available at: <http://www.appropriate-economics.org/materials/reciprocal_exchange_networks.pdf>.

_____. Complementary Credit Networks and Macro-Economic Stability: Switzerland's *Wirtschaftsring*. **Journal of Economic Behavior and Organization**, v. 72, n. 79-95, 2009. Available at: <http://www.rh.edu/~stodder/BE/WIR_Update.pdf>.

STUDER, Tobias. **WIR in unsere Volkswirtschaft.** 1998. Available at: <<http://www.lulu.com/content/268895>>.

TILLY, Laurence J. The structure and dynamics of Cone Spring. **Ecol. Monographs**, n. 38, p. 169-197, 1968.

ULANOWICZ, Robert E. Forthcoming book. *A Third Window: Natural Foundations for Life.* 2010.

ULANOWICZ, Robert E.; BONDAVALLI, C.; EGNOTOVICH, M. S. **Network Analysis of Trophic Dynamics in South Florida Ecosystems, FY 96: The Cypress Wetland Ecosystem.** 1996. (Annual Report to the United States Geological Service Biological Resources Division University of Miami Coral Gables, FL 33124).

ULANOWICZ, Robert E.; GOERNER, Sally J.; LIETAER, Bernard; GOMEZ, Rocio. Quantifying sustainability: Resilience, efficiency and the return of information theory. **Ecological Complexity**, v. 6, n. 1, p. 27-36, 2009.

WRAY, Randall L. **Understanding Modern Money: the Key to Full Employment and Price Stability.** Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 1998.

ZORACH, Alexander C.; ULANOWICZ, Robert E. Quantifying the complexity of flow networks: How many roles are there? **Complexity**, v. 8, n. 3, p. 68-76, 2003.

Os Atos Administrativos Discricionários: a possibilidade do controle jurisdicional

Carlos Athayde Valadares Viegas*

César Leandro de Almeida Rabelo**

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas***

1 Introdução. 2 A diferença entre atos da administração, ato administrativo e fato administrativo. 3 Fato jurídico. 4 Ato jurídico. 5 Conceito de ato administrativo. 5.1 Posição peculiar de Gordillo. 6 Atributos do ato administrativo. 7 Elementos/requisitos do ato administrativo. 8 Atos administrativos discricionários/vinculados. 9 A teoria dos motivos determinantes do ato administrativo. 10 Mérito Administrativo e discricionariedade: 10.1 Limites da discricionariedade. 11 Da revogação do ato administrativo. 12 Da anulação do ato administrativo. 13 Da admissibilidade do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário. 14 Conclusão.

Resumo

Discute a possibilidade de os atos administrativos discricionários serem examinados pelo Poder Judiciário Brasileiro e qual a profundidade dessa

* Bacharel em Direito pela Faculdade Pitágoras. Mestrando em Direito Público pela Universidade Fumec. Servidor Público da Justiça do Trabalho da 3ª Região.

** Bacharel em Administração de Empresas e em Direito pela Universidade Fumec. Especialista em Docência no Ensino Superior pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Ceajufe – Centro de estudos da área jurídica federal. Mestrando em Direito Público pela Universidade Fumec. Advogado do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Fumec.

*** Bacharela em Administração de Empresas e Direito pela Universidade Fumec. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho. Especialista em Educação a Distância pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Público – Ciências Criminais. Tutora em EAD de Direito do Consumidor. Professora de Direito Constitucional e do Consumidor do Curso Jurídico Pro labore. Advogada.

possível análise. Para tanto, utilizar-se-á da metodologia de revisão bibliográfica, como estrutura basilar capaz definir os institutos relacionados ao tema proposto. Pretende-se examinar a extensão do controle judicial do ato discricionário em razão dos prejuízos causados ao administrado a partir do princípio da juridicidade, que acarreta reflexos no âmbito da discricionariedade administrativa. Com o estudo, observou-se uma redução do conteúdo do mérito administrativo, em face dos limites da lei, dos princípios jurídicos e da boa administração pública, que tem por fim, preponderante, atender em todos os aspectos o interesse público do Estado democrático de Direito.

Palavras-chave: Ato administrativo discricionário. Controle judicial. Administração Pública. Conveniência e oportunidade.

Abstract

The article has the scope to discuss the possibility and depth of discretionary administrative acts examined by the Brazilian judiciary. To this end, it will use the methodology of literature review, and can define the basic structure of institutions related to the theme. Intends to examine the extent of judicial control of discretionary act by reason of damages to run from the principle of legality, which leads to reflections within the administrative discretion. The study also observed a decrease in the content of the administrative merit, given the limits of the law, legal principles and good government, which has ultimately prevail, in all respects meet the public interest of the Democratic State of law.

Keywords: *Act administrative discretionary; Control order; Public Administratio; Convenience and opportunity.*

1 Introdução

A noção de controle estatal é inerente à própria ideia de Estado democrático de Direito. A Administração Pública, enquanto atividade estatal, deve estar

voltada para a realização do interesse público, afinal trata da gestão de interesses da coletividade e deve ser controlada por meio de instrumentos adequados para evitar a ocorrência de arbitrariedades, ilegalidades e lesões a direitos subjetivos.

A atividade administrativa se encontra subordinada ao império da lei, isto é, o administrador público, quando da prática de seus atos, deve sempre agir em observância aos ditames legais.

Durante muito tempo, afirmou-se que o Judiciário não poderia efetuar qualquer controle de mérito sobre os atos administrativos discricionários, haja vista que competiria exclusivamente à Administração Pública a formulação de juízos de conveniência e oportunidade para editar um ato, agindo dentro da sua esfera de liberdade, desde que nos limites da lei. Contudo, não há dúvida da possibilidade de análise da legalidade desses atos.

Nessa esteira, o presente artigo tratará do controle da Administração Pública. Todavia, o objeto de estudo ficará restrito ao controle dos atos administrativos discricionários realizados pelo Judiciário.

A partir do atual modelo de Estado de Direito democrático¹ brasileiro, não há dúvidas de que os atos administrativos podem passar pelo crivo do Poder Judiciário. Isso porque o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, previu que não será excluída da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

Assim, se alguém alega em juízo a invalidade de um ato administrativo, não poderá o órgão jurisdicional furtar-se de analisar a consonância do referido ato com o ordenamento jurídico. O ponto primordial que se coloca é verificar o alcance dessa análise.

Antes de abordar o ato administrativo como manifestação da vontade administrativa, torna-se necessário distinguir certos institutos de Direito que com ele não se confundem.

1 A expressão “Estado de Direito democrático” é utilizada pelos processualistas Fix Zamudio (México), Andolina (Itália) e no Brasil pelos professores Baracho Jr. e Rosemiro Leal. Além disso, Gomes Canotilho utiliza a expressão justificando “Nem todo Estado de direito é estado democrático, mas todo estado democrático é estado de direito.” (CANOTILHO, 2001).

2 A diferença entre atos da Administração, ato administrativo e fato administrativo

A Administração Pública, em seu cotidiano, pratica inúmeros atos, entre os quais alguns que não são atos administrativos, mas atos da Administração. Bandeira de Mello (2007, p. 25) nos ensina: “não se deve confundir ato administrativo com ato da administração.” Este seria um gênero, do qual o ato administrativo é uma espécie.

Salienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 181) que

Todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da Administração. Essa expressão - ato da administração - tem sentido mais amplo que a expressão ato administrativo, que abrange apenas determinada categoria de atos praticados no exercício da função administrativa.

Importa citar alguns atos da Administração: os atos regidos pelo Direito Privado (locação de um imóvel para instalar uma repartição pública), os atos materiais (a pavimentação de uma rua), os atos políticos (sanção ou veto de lei) e, principalmente, os atos administrativos (manifestação de vontade do Estado, no exercício de sua prerrogativa pública).

Já o fato administrativo seria qualquer acontecimento material da Administração Pública, normalmente, consequência de um ato administrativo. Por não serem atos jurídicos, são comportamentos puramente materiais da Administração. Themístocles Brandão Cavalcanti (1973, p. 43) salienta que “fato administrativo é uma ocorrência na esfera administrativa, que não pressupõe a manifestação da vontade, antes constitui um acontecimento verificado sem essa participação, pelo menos imediata.” Cite-se como exemplo desse tipo de fato a morte de um servidor público que resulta na vacância do seu cargo.

3 Fato jurídico

Nos ensinamentos do professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p. 432), fato jurídico:

[...] conceitua-se como qualquer acontecimento que, nos termos da ordem jurídica normativa, com referência a determinada pessoa, produz efeito de direito. Exterioriza-se sob várias modalidades. Contudo, de um lado está o fenômeno natural, e de outro a atividade humana. Aquele se denomina fato jurídico objetivo; e este, fato jurídico subjetivo.

Já nas palavras de José Cretella Júnior (2002, p. 147), fato jurídico “é todo acontecimento mediante o qual nasce, desaparece ou se altera a relação jurídica *stricto sensu*, é o fenômeno do mundo, que atua na relação jurídica.”

O fato jurídico classifica-se entre objetivo e subjetivo. Objetivo é o fenômeno natural, que ocorre independentemente da vontade humana e que produz efeitos jurídicos, de que é exemplo a morte de um animal de criação no pasto, em razão da descarga elétrica proveniente de um raio. O fenômeno natural (morte) desencadeado por acontecimento alheio à vontade humana (raio) produz efeito jurídico relevante, pois afeta a propriedade do fazendeiro diminuindo o montante do seu patrimônio, agora desfalcado daquele animal morto.

Por sua vez, o fato jurídico subjetivo supõe a ação humana de caráter material, vez que gera efeitos jurídicos, entretanto esses efeitos, dada sua frequência e simplicidade, são indiferentes a seu agente; por exemplo, “o indivíduo se veste, alimenta-se, sai de casa, e a vida jurídica se mostra alheia a estas ações, a não ser quando a locomoção, a alimentação, o vestuário provoquem a atenção do ordenamento legal.” (PEREIRA, 2007, p. 457).

Nesse sentido, trazendo para a seara do Direito Administrativo, diz-se que a ocorrência, descrita em lei, que produz efeitos no âmbito do Direito Administrativo trata-se de um fato administrativo.

Longe de ser fato do mundo com repercussões no mundo administrativo, o fato administrativo é considerado pelos autores, em acepção absolutamente técnica e peculiar, como toda atividade material que tem, por objeto, efeitos práticos no interesse da pessoa jurídica que a executa, neste caso, a Administração, por intermédio de seus agentes. É qualquer ato material praticado pelo Estado no exercício da Administração. (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 147-148).

4 Ato jurídico

Ao revés do que ocorre no fato jurídico, o ato jurídico pressupõe a manifestação da vontade humana, seja ativa, seja comissivamente tomada, que visa a produzir efeitos lícitos no mundo jurídico.

Classificam-se os atos jurídicos entre “puros” (*stricto sensu*) e “negócios jurídicos”. Existe, entretanto, uma distinção conceitual de ambos, pois ato jurídico *stricto sensu* é a manifestação volitiva lícita, cujos efeitos jurídicos decorrem da lei e visam principalmente a exteriorizar o conhecimento ou um sentimento.

Aqueles chamados de “negócios jurídicos” são os atos jurídicos que mediante a manifestação da vontade do agente criam, modificam ou extinguem direito, alterando a ordem jurídica em vigor, “ou, então, se declara direito, assegurando-o ou reconhecendo-o, ante a verificação de relação jurídica ou a apuração de fato material.” (MELLO, 2007, p. 438).

Às declarações de vontade manifestamente tendentes às obtenções de resultados jurídicos chamamos, modernamente, de negócio jurídico; “é a declaração de vontade em que o agente persegue o efeito jurídico (*Rechtsgeschäft*).” (PEREIRA, 2007, p. 475).

Atos jurídicos puros, conforme ensinamentos do mestre Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p. 438),

[...] são manifestações de vontade humana em que se expressam, apenas, conhecimento ou sentimento. Como mera exteriorização intelectual ou sentimental, produz efeitos de direito que defluem direta e imediatamente dos textos legais, em vez de serem constituídos ou assegurados e reconhecidos por ato do próprio agente que os pratica. Sirva de exemplo de conhecimento ou opinião a certidão expedida por órgão competente da Administração pública sobre situações de direito ou de fato constantes de seus arquivos, que tem fé pública e pode ser obtida pelos interessados a fim de conseguirem, com sua exibição, os efeitos de direito que os textos legais lhe conferem.

5 Conceito de ato administrativo

A clássica doutrina pátria pouco diverge sobre o conceito de ato administrativo. Cretella Júnior (2002, p. 152) afirma que

Atto administrativo é toda medida editada pelo Estado, por meio de seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder delegada pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa.

Já Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p. 476) diz que é possível defini-lo

[...] no sentido material, ou objetivo, como manifestação da vontade do Estado, enquanto Poder Público, individual, concreta, pessoal, na consecução do seu fim, de realização da utilidade pública, de modo direto e imediato, para produzir efeitos de direito.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, 368) ensina que ato administrativo é

[...] uma declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes – como por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

No mesmo sentido, Odete Medauar (2008, p. 134) informa que é

[...] um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 189) conceitua o ato administrativo como “a declaração do Estado, ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle do Poder judiciário.”

Para José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 92), pode-se conceituar o ato administrativo como “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público.”

Por sua vez, o mestre administrativista Edimur Ferreira de Faria (2007, p. 259), em seu conhecido **Curso de Direito Administrativo Positivo**, permite conhecer melhor o conceito de ato administrativo, com o ensinamento de que

[...] ato administrativo é a declaração unilateral da Administração Pública, manifestada por agente competente, com vistas ao interesse público, criando, mantendo, modificando ou extinguindo relações jurídicas ou ainda impondo deveres ao administrado e a si própria, com força de imperatividade.

Ademais, na citada obra, o autor (FARIA, 2007, p. 257-258) apresenta o conceito elaborado por ilustres juristas nacionais e estrangeiros, os quais, pela reconhecida excelência, pede-se licença para citar:

- a) Marcelo Caetano: Conduta voluntária de um órgão da Administração que no exercício de um poder público e para processamento de interesses – postos por lei a seu cargo – produza efeitos num caso concreto.
- b) Jean Rivero: Ato jurídico da Administração é, “como todo ato jurídico, um ato de vontade destinado a introduzir mudança nas relações de direito que existem no momento em ele se produz, ou melhor, a modificar o ordenamento jurídico.”
- c) Andrés Sena Rojas: O ato administrativo é uma declaração unilateral e concreta que constitui uma decisão executória, que emana da Administração Pública e cria, reconhece, modifica ou extingue uma situação jurídica subjetiva e sua finalidade é a satisfação do sistema Geral.
- d) Otto Mayer: A expressão do ato administrativo, que foi tomada da terminologia francesa, usa-se para designar aquela qualidade de ato em virtude da qual decide por via de autoridade a juridicidade do caso individual. Logo se procura diferenciar e classificar estes atos segundo a natureza especial da determinação jurídica produziu como respeito aos indivíduos.

- e) Miguel Seabra Fagundes: No sentido material, ou seja, sob o ponto de vista do conteúdo e da finalidade, os atos administrativos são aqueles pelos quais o Estado determina situações jurídicas individuais ou concorre para sua formação. Serão atos administrativos, no sentido formal, todos os que emanarem desse Poder Executivo, ainda que materialmente não o seja.

5.1 Posição peculiar de Gordillo

Com uma visão autêntica, diferente da dos doutrinadores brasileiros, Gordillo dedica todo o tomo III de sua obra para aclarar sua concepção de ato administrativo, perfazendo longa digressão sobre o conceito deste.

Ensina que não é possível dissociá-lo da noção de função administrativa. Criticando os conceitos puramente materiais, ou puramente subjetivos de ato administrativo e de função administrativa, afirma que a raiz do ato administrativo afunda-se no terreno da função administrativa, asseverando que “acto administrativo es el dictado em ejercicio de funcion administrativa, sin interesar qué órgano la ejerce” (GORDILLO, 2003, p. I-10) e que essa função é “toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales.” (GORDILLO, 2003, p. I-6).

Aduz ainda, como característica do ato administrativo, a qualidade de produzir efeitos jurídicos, entretanto faz diferença entre atos que produzem efeitos jurídicos mediatos e aqueles que os produzem imediatamente. Para o autor são atos administrativos os que influenciam o mundo jurídico imediatamente, como se segue:

[...] es esencial, pues, al concepto de acto administrativo, que los efectos jurídicos sean inmediatos [...] han de emanar directamente del acto mismo: solo entonces son inmediatos, no basta decidir que la actividad es jurídicamente relevante, o que produce efectos jurídicos y a que siempre es posible que surja, em forma indirecta o mediata, algún efecto jurídico: debe precisarse que el efecto debe ser directo e inmediato, surgir del acto

mismo y por sí solo, para que la clasificación tenga entonces un adecuado sentido jurídico preciso. (GORDILLO, 2003, p. II-2).

Faz, também, uma crítica aos conceitos que traduzem ser o ato administrativo como declaração de vontade: “nosotros, em cambio, entendemos que no corresponde hablar de una declaración [...] destinada a producir efectos jurídicos” (GORDILLO, 2003, p. II-19); pois, para o autor argentino, essa definição provém de uma aceitação de que a vontade psíquica do agente é um fator primordial a ser considerado, o que, segundo ele, não é totalmente exato afirmar:

No debe, por tanto, hacerse énfasis en el aspecto subjetivo. Esto es así porque el acto administrativo nos es siempre la expresión de la voluntad psíquica del funcionario actuante: el resultado jurídico se produce cuando se dan las condiciones previstas por la ley y no solo porque lo funcionario haya querido. (GORDILLO, 2003, p. II-19).

Ao Estado cumpre a finalidade de promoção do bem-estar de todos. Essa finalidade é alcançada mediante uma ação. Portanto, quando age, o Estado maneja “poderes” que são na verdade deveres para atender a um determinado fim. Esses poderes-deveres são trazidos ao mundo jurídico mediante os atos administrativos que lhes dão corpo. A manifestação desses poderes-deveres cria, altera ou extingue direitos, além de suscitar consequências no campo material, o que é natural.

Tem legitimidade para ser titular da competência da emissão do ato administrativo o servidor público, para o qual a lei designou tal atribuição, ou terceiro que, mediante autorização legal, também recebeu tal incumbência. Tenha-se em mente que, por se tratar de delegação de competência, os atos administrativos são sempre subordinados à legalidade, não manejando seus prolores qualquer poder discricionário, mas, apenas, competência discricionária legalmente atribuída. É uma manifestação dirigida ao caso concreto, não possui a generalidade e a abstração da lei, cumpre um objetivo determinado e dirigido para um motivo do mundo ôntico.

Assim, pode-se definir o ato administrativo como a materialização do poder-dever do Estado, na realização de sua função constitucional de promoção

humanitária, normalmente declarativa, que pode gerar consequências materiais, cumpridas por seu servidor ou terceiro legalmente designado, para o exercício de competência funcional plenamente vinculada, que produz efeitos jurídicos. É uma manifestação objetiva, dirigida ao caso concreto e subordinada à ordem constitucional.

6 Atributos do ato administrativo

Os atos administrativos distinguem-se dos atos de Direito Privado pelas suas características imanentes, que permitem afirmar que estão submetidos ao regime jurídico de Direito Público.

Diferentes doutrinadores atribuem aos atos administrativos diferentes características, contudo entre eles existe uma quase unanimidade com relação a pelo menos três atributos que são amplamente citados. Pede-se licença à Professora Maria Sylvia Di Pietro (2009, p. 208-211) para citá-los a partir de sua obra:

- a) A **presunção de legitimidade** diz respeito à conformidade do ato com a lei; e presunção de veracidade, que tange aos fatos, os quais alegados pela Administração Pública são tidos como verdadeiros até prova em contrário. Milita em favor dos atos administrativos uma presunção *juris tantum* de legitimidade, o que implica a produção de efeitos do ato até que seja decretada sua invalidade. Além disso, cabe àquele que alega a existência de vício em relação ao ato administrativo fazer prova da mácula vertente. Assim, ocorrem com relação às certidões, atestados, declarações, informações, pela Administração fornecidos, todos dotados de fé pública. O atributo da presunção de legitimidade está presente em todos os atos administrativos.
- b) A **imperatividade ou coercibilidade ou poder extroverso** é o atributo pelo qual os atos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância. Decorre da prerrogativa que tem o Poder Público de, por meio de atos unilaterais, impor obrigações a terceiros. Não é todo ato administrativo que possui esse atributo. Apenas aqueles que criam obrigações.

- c) A **autoexecutoriedade** é o atributo pelo qual o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário, ou seja, a Administração Pública pode praticar seus atos sem que para tanto proponha ação judicial. Esse atributo só existe nos seguintes casos, ou seja, nem todo ato é autoexecutório: *i*) quando a lei expressamente reconhecer; *ii*) quando as circunstâncias exigirem atuação administrativa. Entende-se que, nessas oportunidades, a autorização legal é implícita. Vale informar que Maria Sylvia Di Pietro desdobra a autoexecutoriedade em duas figuras jurídicas: a exigibilidade e a executoriedade. Ambas as hipóteses se referem ao fato de a Administração poder executar as suas decisões com meios coercitivos próprios, sem necessidade da intervenção do Poder Judiciário. Entretanto, na exigibilidade a Administração utilizaria “meios indiretos de coerção, como a multa e outras penalidades administrativas”. Na executoriedade empregaria “meios diretos de coerção, compelindo materialmente o administrado a fazer alguma coisa, utilizando-se inclusive da força”. (DI PIETRO, 2009, p. 194).
- d) A **tipicidade** também é atributo para a autora, neste caso, o ato administrativo corresponde a uma descrição legal, com efeitos previamente definidos pela lei. Di Pietro (2009, p. 194-195) define:

Tipicidade é o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados. [...] Esse atributo representa uma garantia para o administrado, pois impede que a Administração pratique atos dotados de imperatividade e executoriedade, vinculando unilateralmente o particular, sem que haja previsão legal, também fica afastada a possibilidade de ser praticado ato totalmente discricionário, pois a lei, ao prever o ato, já define os limites em que a discricionariedade poderá ser exercida.

O princípio é uma decorrência do princípio da legalidade. Significa que para cada ato há uma finalidade específica a ser perseguida pela Administração Pública.

7 Elementos/requisitos do ato administrativo

São cinco os elementos do ato administrativo que são basilares para a sua constituição, quais sejam, sujeito, objeto, forma, finalidade e motivo.

- a) O **sujeito** é aquele a quem a lei atribuiu competência para a prática do ato, entendendo-se por competência o conjunto de atribuições fixadas pela legislação, ou seja, a competência decorre de norma expressa, não se presume: é inderrogável ou não se altera pela vontade das partes; é improrrogável, isto é, o sujeito incompetente nunca se torna competente; por fim, é irrenunciável, pela indisponibilidade do interesse público, mas admite delegação e avocação de competências, conforme arts. de 11 a 17 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Os vícios na capacidade têm suas regras definidas pelo Direito Civil. Todavia, também vicia a capacidade a suspeição e o impedimento, baseado nos arts. de 18 a 20 da Lei nº 9.784, de 1999. Importa dizer que os vícios na capacidade são **sanáveis**.

Há também vícios na competência: *i*) excesso de poder: ocorre quando o agente público exorbita a sua competência (exemplo: agente da vigilância sanitária aplica uma multa acima da prevista na lei); *ii*) abuso de poder: admite duas espécies: excesso de poder e desvio de poder; *iii*) função de fato: é o ato praticado pelo agente público de fato, aquele que não é agente de direito; é aquele que parece, mas não é; foi ilegalmente investido na função pública; seus atos serão válidos perante terceiros de boa-fé; *iv*) usurpação de função pública: art. 328 do Código Penal. Para a maioria da doutrina, trata-se de ato inexistente, pois o ato é criminoso. Na função de fato, o agente foi investido na função pública, mas de forma ilegal. Os vícios na competência são em regra sanáveis.

- b) O **objeto** é classificado como o resultado no mundo jurídico da prática do ato, ou seja, é o efeito imediato que dele decorre. Trata-se da transformação da situação jurídica preexistente noutra situação, diferente, após a realização do ato. Em suma, é o efeito jurídico mediato que o ato produz.

Ocorre vício no conteúdo quando o objeto do ato for ilícito, impossível ou indeterminado. Trata-se de vício insanável.

- c) A **forma** refere-se à formalidade estipulada pela lei como condição para a existência do ato. No caso de não haver forma prescrita, pelo princípio da instrumentalidade das formas, se o ato alcançou sua finalidade sem prejuízo às partes, tem validade.

Considera-se vício de forma quando a forma prevista em lei não for observada. Trata-se de vício em regra sanável.

- d) A **finalidade** é o bem que se almeja com a prática do ato, o resultado que a Administração quer alcançar com sua prática.

O vício na finalidade se traduz na teoria do desvio da finalidade – desvio de poder, do qual abuso de poder é gênero, que apresenta as seguintes espécies: o excesso de poder, que afeta a competência; o desvio de poder, que afeta a finalidade e ocorre quando o agente público, embora competente e no exercício de sua competência, pratica o ato visando finalidade diversa da prevista em lei.

- e) O **motivo** é o acontecimento no mundo das coisas que serve de fundamento do ato administrativo. Correspondem aos fatos, circunstâncias, e na realidade material. Ocorrências, que levam a Administração a praticar o ato. O vício no motivo acontece quando o motivo apresentado for falso ou inexistente. Neste caso, o vício em regra é insanável.

8 Atos administrativos discricionários/vinculados

A Administração Pública, quando da realização de sua atividade, pratica atos os quais podem ser vinculados ou discricionários. A doutrina costuma diferenciar os atos administrativos vinculados dos chamados atos discricionários. Trata-se de diferenciação das mais importantes, que apresenta inegável relevância jurídica, tanto de um ponto de vista prático quanto teórico.

Os atos discricionários seriam aqueles nos quais a lei confere ao agente público a possibilidade de escolher a solução que melhor satisfaça o interesse público em questão, ou seja, são aqueles cuja lei deixa a critério do administrador a escolha, entre diversas opções, da mais adequada à realização da finalidade pública. Isso é feito por meio da emissão de valores acerca da oportunidade e da conveniência da prática de determinado ato – é o que se chama de mérito administrativo.

Ao contrário, os atos vinculados são aqueles cujo conteúdo encontra-se previamente definido na lei, não havendo margem para o gestor escolher a melhor opção. Cabe a ele somente executar aquilo que a lei prescreve. Diante de uma determinada situação fática ou jurídica, a autoridade administrativa, sem qualquer margem de liberdade, e sem poder fazer qualquer juízo de conveniência ou oportunidade, encontra-se obrigada a expedir determinado ato, no momento, na forma e com o conteúdo previstos em lei. Ou seja, a atividade é aqui inteiramente vinculada. Exemplo clássico de ato vinculado é a licença para construir, expedida pela autoridade municipal competente, quando o construtor preenche todas as exigências previstas em lei.

Torna-se pertinente salientar, no entanto, que, no caso do ato discricionário, não se confunde margem de escolha com liberdade absoluta, pois o ato discricionário deve sempre respeitar os limites legais, e, segundo aduz Odete Medauar (MEDAUAR 2003, p. 162) “o próprio conteúdo tem de ser consentido pelas normas do ordenamento; a autoridade deve ter competência para editar; o fim deve ser o interesse público.” Portanto, o administrador não possui total liberdade, estando sempre balizado pelas imposições legislativas.

9 A teoria dos motivos determinantes do ato administrativo

Originada na jurisprudência do Conselho de Estado Francês e reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a teoria dos motivos determinantes entende que a validade do ato administrativo está diretamente relacionada à veracidade e à existência dos motivos apresentados. De tal modo que, se o motivo apresentado for falso ou inexistente, o ato será inválido. Isso se aplica a todos os atos administrativos discricionários e vinculados.

Nesse sentido, faz-se necessário mencionar que o motivo caracteriza-se como as razões de fato e de direito que autorizam a prática de um ato administrativo, sendo externas a ele, antecedendo-o e estando necessariamente presente em todos eles.

Contudo, cumpre esclarecer que motivo não se confunde com motivação. A motivação feita pela autoridade administrativa afigura-se como uma exposição dos motivos, a justificação do porquê daquele ato, é um requisito de forma do ato administrativo.

De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello (2007, p. 366-367),

é a exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado.

Estabelecidas as diferenças entre motivo e motivação, apresenta-se a teoria dos motivos determinantes, que segundo a qual o motivo é um requisito tão necessário à prática de um ato, que este fica fundamentalmente ligado a ele. Isso significa que, se provada a falsidade ou a inexistência do motivo, por exemplo, é possível anular totalmente o ato.

Dessa forma, uma vez enunciados os motivos do ato por seu agente, mesmo que a lei não tenha estipulado a obrigatoriedade de motivá-los, o ato somente terá validade se esses motivos efetivamente forem verdadeiros e realmente justifiquem o ato.

Nessa esteira, surge a debatida discussão acerca da obrigatoriedade ou não de motivação de um ato administrativo.

Há vários posicionamentos a respeito do assunto: o primeiro é aquele que alarga a extensão da necessidade de motivação dos atos administrativos; o segundo é o da obrigatoriedade de motivação apenas quando a lei a impuser; o terceiro, aquele que defende a motivação sempre obrigatória; e, por fim, o da necessidade de motivação depender da natureza do ato, exigindo ou não a lei.

Visando sanar a discussão sobre o tema, foi criada a Lei nº 9.784, de 1999, que estabeleceu em seu art. 50² as situações em que os atos deverão necessariamente ser motivados. Embora a lei disponha expressamente os casos em que deve haver motivação, acredita-se que todo o ato discricionário deveria ser necessariamente motivado.

No que tange ao ato vinculado, a lei já definiu qual a única possibilidade de atuação do administrador diante do caso concreto. Assim, nas hipóteses não esculpidas na

2 Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V – decidam recursos administrativos; VI – decorram de reexame de ofício; VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

lei, em não havendo motivação, mas sendo possível identificar qual o motivo, não há que se falar em vício, não havendo efetiva necessidade de motivação.

Todavia, relativamente aos atos discricionários, entende-se por sua necessária motivação, independentemente de designados ou não pela lei; caso não motivado, estaria eivado de vício, pendendo à consequente invalidação.

Defende-se aqui o posicionamento que os atos discricionários devem ser motivados, isso porque o administrador, apesar de possuir uma margem de liberdade de atuação, encontra-se na qualidade de mero gestor dos anseios da coletividade e, assim, deve explicação à população como um todo, tem um “dever de boa administração” (FALZONE, 1953, p.55).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 161-162) corrobora tal opinião:

[...] o campo de liberdade discricionária, abstratamente fixado na regra legal, não coincide com o possível campo de liberdade do administrador diante das situações concretas. Perante as circunstâncias fáticas reais esta liberdade será sempre muito menor, e pode até desaparecer. Ou seja, pode ocorrer que, ante uma situação real, específica, exigente de pronúncia administrativa, só um comportamento seja, a toda evidência, capaz de preencher a finalidade legal. Em Suma – e antes de precisões maiores –, cumpre, desde logo, suprimir a ideia, muito frequente, de que a outorga de liberdade discricionária na lei significa, inevitavelmente, que a matéria esteja isenta de apreciação judicial quanto à procedência da medida administrativa adotada. (grifei).

Afinal, o fato de vivermos em um Estado democrático de Direito confere ao cidadão o direito de saber os fundamentos que justificam o ato tomado pelo administrador.

Ressalte-se ainda que, se todas as decisões do Poder Judiciário, bem como as decisões administrativas dos tribunais, devem necessariamente ser fundamentadas, há que ser motivado também o ato administrativo, principalmente o discricionário.

Ademais, destaque-se que a motivação deve ser sempre anterior a execução do ato, ou concomitante com ele, caso contrário, abrir-se-ia margem para a Administração, após a prática do ato imotivado e diante da consequente possibilidade de sua invalidação, inventar algum falso motivo para justificá-lo, alegando que esse foi considerado no momento de sua prática.

Diante do exposto, defende-se a necessária motivação de todo o ato discricionário, de modo a fazer valer os princípios e valores basilares da Constituição pátria, como a democracia, a moralidade, a probidade administrativa e a publicidade, entre outros.

10 Mérito administrativo e discricionariedade

O mérito é a valoração ponderativa de certos fatos, levados em consideração aspectos de oportunidade e conveniência, bem como as regras de boa administração. O Superior Tribunal de Justiça posiciona-se dizendo que Poder Judiciário não poderá analisar o mérito do ato administrativo.

Segundo Germana de Oliveira Moraes (1999, p. 43), “Há de (sic) falar-se, atualmente, em oposição ao controle de mérito, em controle de juridicidade dos atos administrativos, o qual se divide em controle de legalidade e controle de juridicidade *stricto sensu*.”

Dessa forma, prossegue a referida autora explicando que, inicialmente, deve-se analisar a legalidade dos elementos vinculados do ato discricionário e, posteriormente, proceder à análise de seus demais aspectos à luz dos princípios contidos no ordenamento jurídico.

Isso não significa, entretanto, que o mérito do ato administrativo discricionário tenha desaparecido totalmente, pois, no que tange a aspectos não valorados juridicamente, não é possível ao Judiciário exercer seu controle.

Esta é a definição de mérito administrativo para Germana: “O mérito consiste, pois, nos processos de valoração e de complementação dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras nem princípios, mas por critérios não positivados.” (MORAES, 1999, p. 103).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2009) propõe uma distinção entre a discricionariedade em abstrato, ou seja, aquela prevista no comando da norma, e a discricionariedade em concreto, diante de um fato no mundo real.

Parte-se da noção de que a lei, ao conferir discricionariedade ao administrador público, fá-lo para que este adote a medida mais eficiente ou mais adequada a cada situação, sempre tendo em vista a persecução do interesse público.

Vale dizer que, muitas vezes, pode ocorrer de, não obstante a lei contenha previsão de liberdade de escolha entre diversas condutas diante do caso concreto, somente uma delas ser adequada a atender às necessidades públicas, chegando ao ponto até de suprimir a discricionariedade.

A liberdade do administrador é relativa, e Celso Bandeira de Mello (2009, p. 162) defende que o âmbito da liberdade pode ser delimitado nas situações reais, pois

[...] apesar de a lei permitir opção entre dois ou mais comportamentos – exatamente para que fossem sopesadas as circunstâncias fáticas, como requisito insuprimível ao atendimento do interesse tutelado –, estas mesmas circunstâncias evidenciem, para além de qualquer dúvida, que só cabe um comportamento apto para atingir o objetivo legal. Neste caso, dito comportamento é obrigatório, e não pode ser adotado outro.

A previsão de discricionariedade pela norma, apesar de ser condição necessária para sua existência, não é suficiente, sendo imprescindível que esteja também presente quando da análise do caso concreto, pois “sua previsão na ‘estática’ do direito, não lhe assegura presença na ‘dinâmica’ do direito.” (MELLO, 2009, p. 105).

Ainda assim, não se poderá invocar a previsão da discricionariedade contida na lei para afastar o controle pelo Judiciário, pois o exame no caso concreto acerca da ocorrência da discricionariedade não constituirá invasão de mérito administrativo.

Nesse contexto é feita a definição de mérito administrativo por Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 38):

Mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.

Merece destaque também a observação feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1991, p. 91) no sentido de que se deve tomar o devido cuidado para não

se denominar mérito, impedindo o controle jurisdicional, o que na verdade são questões que envolvem aspectos de legalidade e moralidade.

Desse modo, verifica-se uma tendência da doutrina administrativista brasileira em ampliar o domínio do controle da discricionariedade administrativa pelo Judiciário.

10.1 Limites da discricionariedade

Cumpram ainda tecer alguns comentários acerca dos limites da discricionariedade administrativa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1991, p. 48) aponta que a discricionariedade administrativa pode resultar

- 1) de disposição expressa em lei conferindo à Administração a possibilidade do seu exercício; 2) da insuficiência da lei em prever todas as situações possíveis; 3) da previsão de determinada competência pela lei, sendo ausente à previsão da conduta a ser adotada, que é o que ocorre muitas vezes no exercício do Poder de Polícia; e 4) do uso pela lei dos chamados conceitos indeterminados (*e.g.* bem comum, urgência, moralidade pública).

Na mesma esteira, Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 19) diz que a discricionariedade pode decorrer

- 1) da hipótese da norma, quando esta define os motivos para a prática do ato de forma insuficiente ou se omite; 2) do comando da norma, quando esta possibilite ao administrador público a adoção de condutas variadas; e ainda 3) da finalidade da norma, pois muitas vezes esta é definida através de expressões que contêm conceitos indeterminados, plurissignificativos.

Verifica-se que a lei sempre irá fundamentar a existência da discricionariedade, de forma que seu exercício, quando não autorizado pela lei, constituirá pura arbitrariedade, isso porque, como já dito, a discricionariedade deverá ser exercida nos limites contidos na lei e levando sempre em consideração o princípio da juridicidade, de forma que a discricionariedade não constitui um cheque em branco dado ao gestor público.

Ao tratar do assunto, José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 26) defende a investigação dos limites do ato administrativo contidos expressamente ou implicitamente na lei da seguinte forma: “[...] deve o intérprete identificar dois pontos fundamentais para definição dos limites: um, os **pressupostos** da emanção volitiva; outro, os **fins** alvitados na norma.”

A importância na determinação dos limites da discricionariedade administrativa se dá na medida em que possibilita definir a extensão do controle a ser realizado pelo Judiciário. Dessa forma, os atos discricionários que não observem seus respectivos limites devem ser fulminados do mundo jurídico, posto que são eivados de vícios.

11 Da revogação do ato administrativo

Segundo conceitua Hely Lopes Meirelles (2002, p. 195): “Revogação é a supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz, realizada pela Administração – e somente por ela – por não mais lhe convir sua existência.” Ou seja, a revogação é o ato praticado exclusivamente pela Administração Pública, pois envolve a análise da conveniência e oportunidade do ato, que não pode ser feita pelo Judiciário.

O fundamento da revogação é o interesse público. As frequentes mudanças que ocorrem no dia a dia da Administração Pública podem implicar que um determinado ato praticado com vistas ao atendimento do interesse público não mais esteja apto a atingir esse fim. A revogação permitirá, portanto, a adequação a essa nova realidade e contribuirá para uma Administração mais dinâmica e eficiente.

É necessário mencionar que somente se pode revogar ato administrativo discricionário, ou seja, cuja prática é facultada pela lei à Administração Pública. É que não cabe esta decidir sobre a conveniência ou a oportunidade da prática de ato administrativo vinculado, já que este se encontra totalmente disciplinado em lei.

No entanto, a doutrina aponta a possibilidade de um ato administrativo vinculado vir posteriormente a ser disciplinado em lei como ato discricionário, hipótese em que será possível sua revogação.

Vale dizer, também, que não se pode revogar ato ilegal, este deve ser anulado. A revogação diz respeito somente a atos administrativos legais. E por essa mesma razão seus efeitos serão *ex nunc*, ou seja, devem ser resguardados todos os seus efeitos produzidos até o momento da revogação, posto que resultantes de ato perfeito e legal.

Em relação à competência para revogação dos atos administrativos, em regra, tem-se que é competente para revogar determinado ato aquele que também detém a competência para praticá-lo.

Já no que tange à possibilidade de um ato praticado por um subordinado ser revogado por seu superior hierárquico, tem-se que é perfeitamente aceitável. No entanto, adverte Odete Medauar (2002, p. 195) que “se a norma conferir à autoridade subordinada competência exclusiva para editar o ato, descaberá à autoridade superior revogá-lo.”

Há ainda certas limitações impostas à faculdade de revogar atos administrativos. Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 404-405) elenca os seguintes atos irrevogáveis:

- 1) os atos que a lei declare irrevogáveis; 2) os atos já exauridos, ou seja, que já produziram todos os seus efeitos; 3) os atos vinculados; 4) os meros atos administrativos (e.g. certidões, votos), pois seus efeitos derivam somente da lei; 5) os atos de controle; 6) os atos que integram um procedimento, uma vez que, através da sucessiva edição de atos, opera-se a preclusão com relação aos antecedentes; 7) os atos complexos, pois para sua constituição é necessária a conjugação de vontades de distintos órgãos; 8) os atos que geram direitos adquiridos, conforme dispõe a Súmula 473 do STF.

Então todo ato legal que se torne inconveniente e inoportuno pode ser revogado somente pela própria Administração Pública que o criou, sendo que o Poder Judiciário nunca poderá se utilizar do instituto da revogação.

12 Da anulação do ato administrativo

As nulidades no âmbito do direito administrativo são peculiares e devem receber tratamento diferenciado, não sendo, pois, aplicáveis à matéria os

princípios da doutrina civilista. Alguns doutrinadores defendem a tese de que, assim como no Direito Civil, os atos administrativos podem ser divididos em nulos e anuláveis: os primeiros tidos como nulos são aqueles que ofendem norma de ordem pública indisponível, enquanto que os anuláveis seriam aqueles que ofendem normas de interesses privados, portanto disponíveis.

Não se pode aplicar tal tese no Direito Administrativo, haja vista que as normas dessa seara são todas fundadas no interesse público, sendo, portanto, indisponíveis.

No que tange à graduação das nulidades, Hely Lopes Meirelles (2002) considera sempre nulo o ato eivado de vício, enquanto Celso Antônio Bandeira de Mello (2009) propõe a distinção entre atos nulos, anuláveis e inexistentes. Segundo o autor, ato inexistente é aquele cujo conteúdo possui um vício de tal gravidade que jamais pode ser objeto de prescrição, uma vez que o ordenamento jurídico expurga sua existência. Cita-se como exemplo aqueles atos cujo objeto seja a prática de algum crime.

O ato nulo é aquele cujo vício é insanável, ou seja, mesmo que a Administração Pública repita a sua prática, o vício persistirá. Já o ato anulável é aquele cujo vício pode ser sanado pela Administração Pública por meio da convalidação. Esta última, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 417), “é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos.”

A convalidação só poderá ocorrer se o ato não tiver sido impugnado administrativamente ou judicialmente. Não sendo possível a convalidação do ato, a Administração Pública deverá proceder à anulação do ato eivado de vício. Essa anulação, também chamada por alguns doutrinadores invalidação, “consiste no desfazimento do ato administrativo, por motivo de ilegalidade, efetuada pelo próprio Poder que o editou ou determinada pelo Judiciário” (MEDAUAR, 2002, p. 191).

Portanto, a partir do princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), o Judiciário, quando provocado, deverá analisar a legalidade de ato administrativo e, se for o caso, anulá-lo.

Além disso, a própria Administração Pública também pode, independentemente de provocação, conhecer da ilegalidade de seu ato e anular seus efeitos. Trata-se do exercício de sua prerrogativa de autotutela. A possibilidade de anulação do ato administrativo fundamenta-se no princípio da legalidade.

Os efeitos da anulação de ato administrativo ilegal ou ilegítimo são *ex tunc*, diferentemente da revogação. Dessa forma, o ato é comprometido desde sua origem, uma vez que o vício o macula desde seu surgimento no mundo jurídico.

Importa ressaltar proteção em a relação a terceiros de boa-fé; nesse caso os efeitos da anulação *ex tunc* ou retroativos somente atingem as partes.

O prazo para promover a anulação do ato administrativo é objeto de controvérsias na doutrina. Uns sustentam que não há prazo para promovê-la. Almiro Couto e Silva (1997, p. 188) defende que o prazo que se deve utilizar para determinar a preclusão ou decadência do direito que tem o Poder Público de invalidar seus próprios atos seja o mesmo previsto para a ação popular, ou seja, cinco anos.

Ao tratar do assunto, Odete Medauar (2002) aduz que não há prazo para a Administração Pública anular seus atos quando eivados de vício, fazendo inclusive uma crítica ao entendimento anteriormente exposto.

Contudo, entende a maior parte da doutrina que anulação é grave e matéria de ordem pública, além disso, a limitação temporal ao poder de anular deve estar prevista de modo explícito, e não presumido ou deduzido de prazos prescricionais fixados para outros âmbitos.

Atualmente, a tendência é a flexibilização de tal entendimento para, de acordo com a análise de cada caso concreto, determinar-se a conveniência de se anular certo ato já consolidado no tempo, ainda que eivado de vício desde sua origem, em nome dos princípios da boa-fé e da segurança jurídica.

Para concluir, cabe ainda esclarecer acerca da obrigatoriedade da Administração Pública, ao verificar a existência de ilegalidade, de proceder à anulação do ato. Odete Medauar e Maria Sylvia Zanella Di Pietro defendem que a Administração Pública tem o dever de anular ato administrativo eivado de vício, posto que deve sempre se nortear pelo princípio da legalidade, podendo deixar de fazê-lo, porventura, se for mais proveitoso ao interesse público que o ato persista. Já Hely Lopes Meirelles, ao tratar do assunto, dispõe acerca de uma faculdade que a Administração tem de anular seus atos.

Entende-se que a posição mais razoável é aquela que atenda ao interesse público. Sendo assim, a Administração Pública ao verificar a existência de ilegalidades, deve analisar cada caso em concreto de forma a verificar se a anulação do ato atenderá ao disposto na lei e ao interesse público, ou se acarretará maiores prejuízos, o que justificaria eventual permanência do ato.

13 Da admissibilidade do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário

Nos últimos tempos a doutrina administrativista tem manifestado grande preocupação com o controle dos atos administrativos discricionários.

Tal preocupação coincide, em termos jurídico-políticos, com as ideias, valores e princípios positivados pela Constituição de 1988, que não só consagrou e revitalizou princípios antigos (república, federação, autonomia administrativa, igualdade), como inovou em muitos aspectos (princípio da moralidade, da legalidade, da publicidade), no propósito de fazer de suas coordenadas, mormente aquelas norteadoras da atividade administrativa, um marco referencial concreto para a construção de um verdadeiro Estado democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF).

A reforma administrativa tem aspectos que podem ser considerados retrocesso, mas não há dúvida de que a positivação do princípio da eficiência, pela amplitude de suas repercussões, principalmente como mais um referencial de controle da atividade administrativa discricionária, constitui-se, no âmbito do Direito Administrativo, um inequívoco avanço institucional. A perseguição ao interesse público também é controlado pelo princípio da eficiência.

É pacífico o entendimento de ser possível que os atos administrativos discricionários sejam controlados pelo Judiciário, no que tange a sua legalidade e a sua legitimidade.

A divergência se dá, no entanto, quando se fala da extensão desse controle, sobretudo a partir da introdução de uma nova concepção do princípio da legalidade, que passa a abranger não só a conformidade com a lei, mas também com os princípios norteadores do ordenamento jurídico, caracterizando o que muitos doutrinadores, tais como Juarez Freitas, Germana de Oliveira Morais e Carmem Lúcia Antunes Rocha, vêm chamando de princípio da juridicidade, que restringe o campo do chamado mérito administrativo.

O princípio da juridicidade consiste na conformidade do ato não só com as leis, decretos, atos normativos inferiores (regulamentos, portarias), como também com os princípios que estão contidos no ordenamento jurídico. Engloba o princípio da legalidade e acrescenta a este a necessidade de observância ao ordenamento jurídico como um todo.

No Brasil, verificamos a introdução do princípio da juridicidade com a posituação dos princípios informadores da Administração Pública no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988: “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 [...]”.

Carmem Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 79-80) trata do princípio da juridicidade, ressaltando sua importância para se atingir a justiça material:

O Estado Democrático de Direito material, com o conteúdo do princípio inicialmente apelidado de “legalidade administrativa” e, agora, mais propriamente rotulada de “juridicidade administrativa”, adquiriu elementos novos, democratizou-se. A juridicidade é, no Estado Democrático, proclamada, exigida e controlada em sua observância para o atingimento do ideal de Justiça social.

Verifica-se, pois, que os doutrinadores pátrios já reconhecem a necessidade de que a atividade administrativa não seja norteadas tão-somente pela ideia de legalidade formal, mas por um valor mais amplo que é a justiça, consubstanciada em todo ordenamento jurídico.

A redefinição do conteúdo da legalidade com o aparecimento do princípio da juridicidade acarreta alguns reflexos no âmbito da discricionariedade administrativa. Observa-se uma redução do conteúdo do mérito administrativo, elemento livre de apreciação por meio de controle jurisdicional.

É que, com a posituação dos princípios administrativos, aspectos que antes eram pertinentes ao mérito agora dizem respeito à juridicidade do ato. Permite-se ao julgador examinar o ato à luz dos princípios não só da legalidade, mas também da impessoalidade, da igualdade, da eficiência, da publicidade, da moralidade, da razoabilidade, da proporcionalidade.

Amplia-se, portanto, a possibilidade de controle judicial da Administração, na medida em que se permite ao julgador examinar aspectos antes impenetráveis do ato administrativo.

A dificuldade existente seria traçar limites quando do exercício do controle judicial dos atos administrativos discricionários, principalmente quando da verificação de sua conformidade com o princípio da juridicidade, de forma

que esse controle não implique uma invasão da esfera de competência do administrador pelo órgão judicante, tendo em vista a importância de sua realização como forma de conter possíveis arbitrariedades no exercício da discricionariedade administrativa.

Contudo, defende-se aqui que não pode a discricionariedade administrativa ser invocada para afastar o controle jurisdicional quando há indícios de violação a princípios administrativos.

A doutrina apresenta certa divergência sobre a natureza da discricionariedade. A grande maioria dos doutrinadores entende que se trata de um poder. Não obstante, há opinião contrária no sentido de que a discricionariedade consiste num dever. Celso Antônio nos informa que, devido ao caráter funcional da atividade administrativa, o que se chama de poder é, na verdade, um instrumento para realização de certos deveres impostos pela lei: “surge o poder, como mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever. Mas é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público.” (MELLO, 1998, p. 15).

Daí pode-se concluir que, quando o ato administrativo discricionário viola direito subjetivo de outrem, cabe proteção judicial.

14 Conclusão

Após breve relato sobre os atos administrativos, percebe-se ser plenamente possível de verificação pelo Poder Judiciário qualquer ato. Não se pretendeu aqui substituir o juízo do administrador acerca da oportunidade e conveniência de um ato administrativo discricionário. Apenas, demonstrou-se que mesmo o ato administrativo discricionário, muitas vezes, pode ter o seu mérito com o âmbito reduzido.

Afinal, quando um ato discricionário viola a esfera de direito subjetivo do administrado, causando-lhe prejuízo, por ter sido efetuado ilegitimamente, cabe proteção judicial, e para se apurar tal violação será indispensável uma investigação ampla sobre a adequação ou inadequação do ato administrativo, por meio de sua análise a partir do paradigma da “boa administração”, que seria um dever-poder do administrador público.

Note-se que, partindo da tese de que os atos discricionários devem ser motivados sempre, quando o motivo não for verdadeiro, portanto ilegítimo ou contra a finalidade pública, o Judiciário, sem dúvida, pode atacar esse ato e indiretamente adentrar o mérito administrativo.

Verificou-se também que a discricionariedade administrativa deve não só ser exercida em conformidade com a lei que a autoriza, mas também em consonância com todos os princípios que informam o ordenamento jurídico.

De fato, o mérito administrativo, que se resume no binômio “oportunidade e conveniência”, seria o aspecto do ato administrativo discricionário que não poderia ser objeto de controle pelo Judiciário. Contudo, com a introdução do princípio da juridicidade, verifica-se uma diminuição da amplitude do mérito administrativo, de forma que este passa a considerar os limites da lei e os princípios específicos do Direito Administrativo, assim como os constitucionais.

Portanto, cabe frisar que, para manter-se legítimo, o ato discricionário há de respeitar os limites impostos pela lei, pelos princípios jurídicos e, principalmente, pelo dever de “boa administração”, o que decorre de uma racional adequação entre os atos praticados e a finalidade legal e pública que os justifica.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 10. ed. Niterói: Impetus, 2006.

ANDRADE, Ricardo Luís Sant’Anna de. **O Controle Jurisdicional da Administração Pública**. Disponível em: <<http://www.pgj.ce.gov.br/artigos/artigo20.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. Disponível em: <<http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>>. Acesso em: 16 jun. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 8 de abril de 1974.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria dos Atos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

DALLARI, Adilson Abreu. **Controle Compartilhado da Administração da Justiça**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_73/artigos/Adilson_rev73.htm>. Acesso em: 10 maio 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

FALZONE, Guido. **Il Dovere di Buona Amministrazione**. Milão: Giuffrè Editore, 1953. p. 53. parte I.

GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **A constitucionalização do direito administrativo e o controle de mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo discricionário pelo poder judiciário brasileiro**. Disponível em: <http://www.verbojuridico.net/doutrina/brasil/br_constitucionalizacaoadministrativo.html>. Acesso em: 16 jun. 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 55-56, jan./dez. 2001, p. 154. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2055-56.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2010.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração Pública Gerencial. **Revista do Direito**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, jul./dez. 1998. Disponível em: <<http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/procurad.html>>. Acesso em: 21 maio 2011.

OLIVEIRA, Marcus Vinicius Xavier de. **Os princípios reitores do direito público e do direito privado e o princípio da autonomia da vontade regrada**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3871>>. Acesso em: 12 jun. 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RÉGNIER, João Roberto Santos. **Discricionariedade Administrativa**. Significação, efeitos e controle. São Paulo: Malheiros, 1997.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SEABRA FAGUNDES, M. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa: Ação de Improbidade & Controle Principiológico**. Curitiba: Juruá, 2004.

Prescrição e Conflito de Interesses nos Contratos de Consórcio

Vincenzo Demetrio Florenzano*

*1 Introdução. 2 Demandas judiciais. 3 Conflito de interesses.
4 Chance perdida. 5 Estruturas de incentivos. 6 Proposta de regulação.
7 Considerações finais.*

Resumo

Trata-se da regulação do fenômeno denominado “recursos não procurados”. Alega-se que a indefinição jurídica em torno de sua destinação ocasionou o surgimento de um conflito de interesses nos moldes do que a literatura de língua inglesa denomina “*the principal-agent problem*”. O problema decorre de um déficit de informação do proprietário (*principal*) em relação aos atos do gestor (*agent*). Neste caso específico, o conflito de interesses se configura pela divergência entre os anseios do consorciado que confia e, assim, entrega os seus recursos para a guarda e gestão da administradora de consórcio, esperando que o recurso seja bem administrado e devolvido, e o interesse que acaba despertando no gestor de, em caso de “abandono” ou “esquecimento”, poder vir a tornar-se proprietário desses “recursos não procurados”. O conflito atinge a essência do negócio de consórcio, que é justamente a fidúcia que deve existir entre as partes contratantes. O problema demanda uma solução regulatória. Argumenta-se

* Procurador do Banco Central do Brasil. Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Economia pela UFMG e em *Comparative Financial Market Regulation and Development* pela George Washington University, nos Estados Unidos. Bacharel em Economia pela Universidade de São Paulo (USP) e em Direito pela UFMG.

que a forma mais adequada para eliminar definitivamente o problema passa por uma alteração legislativa cuja principal finalidade é modificar as estruturas de incentivos postas para os agentes. A principal proposta é a introdução de dispositivos legais determinando a transferência para a União dos “recursos não procurados”, caso a administradora não consiga localizar e devolver o recurso ao proprietário no prazo máximo estabelecido pela lei.

Palavras-chave: Regulação. Contratos. Consórcio. Recursos não procurados. Direito de propriedade. Prescrição. Conflito de interesses. Norma jurídica. Estruturas de incentivos.

Abstract

The issue addressed in this article concerns the regulation of the so called “unclaimed funds”. It is considered that legal uncertainty surrounding the destination of this funds caused the appearance of a conflict of interest that can be dealt with as a classic case of “the principal-agent problem” in which the agent’s interest differ from those of the principal. The problem stems from a deficit of information of the owner (principal) in relation to the acts of the manager (agent). In this case, one person, the principal, hires an agent (consortium manager) to perform tasks on his behalf but he cannot ensure that the agent performs them in precisely the way the principal would like. The decisions and the performance of the agent are impossible and or expensive to monitor and the incentives of the agent may differ from those of the principal. There would be a divergence between the desires of the principal that trusts and thus surrender their resources to the care and management of the principal, and the interest just waking up in the principal in the case of “abandonment” or “forgetting”, being able to become owner of this “unclaimed funds”. The conflict goes to the heart of the business consortium and should therefore be permanently excised from the environment. A regulation to solve the problem is needed. The proposal presented to deal with this issue is a reform in the regulation of the consortium. A change in the law that regulates consortium is needed to change the existing incentive structures. The main change suggested is the introduction of legal provisions for determining the transfer of these “unclaimed

funds” to the Union in the case the principal are not able to turn back the resources to the owners within the time limit established by law.

Keywords: Regulation. Contracts. Consortium. Unclaimed funds. Property rights. Limitations period. Conflicts of interest. Law. Incentive structures.

1 Introdução

Como se sabe, a Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, transferiu para o Banco Central do Brasil (Bacen) as atribuições de regular e fiscalizar as operações conhecidas como consórcio, anteriormente exercidas pela Secretaria da Receita Federal, nos termos da Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971, art. 7º, I. Desde então, o Bacen, enquanto órgão de fiscalização do sistema, tem-se deparado com o problema dos denominados “recursos não procurados” pelos consorciados.

O problema se agravou recentemente, com o ajuizamento de três ações judiciais¹ em que se contende justamente acerca do tratamento jurídico a ser dispensado a esses “recursos não procurados”.

De sua parte, o Bacen, na condição de regulador e fiscal do sistema, mantém-se firme na determinação de impor às administradoras de consórcios a obrigação de manter a devida contabilidade desses recursos no passivo, mais precisamente na rubrica contábil específica – 4.9.8.93.10-6 RECURSOS NÃO PROCURADOS –, com a devida comprovação documental, conforme determina a Carta Circular nº 3047, de 17 de outubro de 2002.

As administradoras de consórcios, por sua vez, estão se insurgindo contra essa determinação, alegando que teria havido a prescrição da obrigação de restituir esses recursos. Em outras palavras, esses “recursos não procurados” já não mais pertenceriam aos consorciados, pois teriam passado definitivamente para o domínio das administradoras de consórcios, que teriam adquirido a propriedade desses recursos por meio da prescrição.

1 Ação Ordinária nº 79458-98.2010.4.01.3800, em tramitação perante a 5ª Vara Federal de Belo Horizonte – Seção Judiciária de Minas Gerais; Ação Ordinária nº 2008.71.00.000510-4, em tramitação perante a 6ª Vara Federal de Porto Alegre – Seção Judiciária do Rio Grande do Sul; Ação Ordinária nº 2005.34.00.019126-2, em tramitação perante a 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

A ideia aqui desenvolvida é que o aparecimento desse fenômeno denominado “recursos não procurados” e a indefinição jurídica em torno de sua destinação vem ocasionando o acirramento de um conflito de interesses nos moldes do que a literatura² de língua inglesa denomina “*the principal-agent problem*”, às vezes, traduzido literalmente para o português pela expressão “agente-principal”, mas que, talvez, melhor poderíamos referir como conflito “gestor-proprietário”.

Em poucas palavras, esse problema decorre da assimetria de informação que, nesse caso, consiste num déficit de informação do proprietário (*principal*) em relação aos atos do gestor (*agent*). A questão é que, quando há separação entre o controle e a propriedade, como ocorre nos negócios de consórcios (a propriedade dos recursos é dos consorciados, mas o controle dos recursos está com a administradora), pode ser difícil ou dispendioso monitorar o desempenho do gestor, e isso pode levar ou criar incentivos a que o gestor possa agir em seu interesse em vez de atender ao interesse do proprietário (consorciado).

Como ressalta Issacharoff (2005, p. 189), o risco maior é o de conduta reprovável do agente (administrador) em termos de apropriação indevida de bens ou rendas que legitimamente pertencem ao principal (proprietário).³

Como poderão os proprietários (consorciados, donos de negócios etc.) saber se os gestores (administradores) nas tomadas de decisões do dia a dia estarão, efetivamente, buscando atender aos seus interesses (proprietários)?

Em geral, o proprietário (consorciado, investidor, sócio, acionista etc.) contrata um gestor para administrar seu negócio atendendo a seu interesse (proprietário). Ocorre que esse proprietário, na grande maioria dos casos, não tem como se assegurar de que o gestor vai atuar como prometido (contratado). Esse quadro geral pode ser agravado pelo fato de que os incentivos dos gestores podem divergir dos interesses dos proprietários, e o monitoramento das decisões e da atuação dos gestores pode ser difícil e oneroso para os proprietários.

Exemplificando, podemos mencionar a crise recente por que passou o sistema financeiro norte-americano e mundial em que ficou patente o conflito de interesses entre os operadores de mercado (*agent*), cuja prioridade era a maximização das taxas de retorno de curtíssimo prazo (que aumentavam suas

2 Em geral, os manuais de economia tratam do tema. Especificamente em relação ao setor financeiro, Crockett, Harris, Mishkin e White (2004). E ainda Stiglitz (1987), Sappington (1991) e Moore (2005).

3 “The primary risk is that of agent misbehavior in terms of misappropriation of goods or gains that properly belong to the principal.” (ISSACHAROFF, 2005, p. 189).

remunerações), e os investidores (*principal*), cuja prioridade era, acima de tudo, a segurança, a proteção, enfim, a subsistência do patrimônio. Outro exemplo é o clássico conflito entre administradores e acionistas das grandes companhias (S/A). Outra situação que pode configurar esse tipo de conflito é a que se dá entre condôminos e administradoras de condomínios. Vale ainda mencionar os conflitos de interesses entre profissionais liberais (advogados, médicos, contadores etc.) e seus clientes (DAVID; STARK, 2001).

No caso específico do sistema de consórcios, o conflito de interesses se configura pela divergência entre os anseios do proprietário (consoziado), que confia e, assim, entrega seus recursos para a guarda e administração do gestor (administradora de consórcio), esperando que o recurso seja bem administrado e, ao final, devolvido no atendimento de seu legítimo interesse, e o anseio (interesse) que acaba surgindo no gestor de, em caso de “abandono” ou “esquecimento”, poder vir a tornar-se proprietário (*domino*) desse valor (“recurso não procurado”).

Como se vê, trata-se de conflito de interesses que atinge a essência do negócio de consórcio, que é justamente a fidúcia que deve existir entre as partes contratantes. Sustentamos que esse conflito deve, pois, ser definitivamente extirpado do ambiente desse negócio, para que o sistema de consórcios não mais seja atingido.

A forma aqui apontada como a mais adequada para eliminar definitivamente o problema passa por alteração legislativa cuja principal finalidade é modificar a estrutura de incentivos posta para as partes (consoziados e administradoras de consórcios).

O objeto deste estudo é, pois, o tratamento regulatório a ser dispensado a esses “recursos não procurados” pelos consoziados, tendo em vista a concepção de uma estrutura de incentivos mais adequada, no sentido de mover os agentes na direção de condutas socialmente desejáveis. Não é, pois, propósito deste artigo apresentar uma solução jurídica para as demandas judiciais em curso na Justiça Federal. Não se trata aqui da emissão de uma nota, ou de um parecer jurídico ou de algo do gênero. Não se trata aqui de discutir a melhor ou a pior interpretação para os dispositivos das leis citadas. O objetivo é apontar a existência de um problema grave de conflito de interesses que afeta seriamente o sistema de consórcios, que, por isso mesmo, precisa ser tratado.

No desenvolvimento desse objeto de estudo, assume-se como verdadeiro o pressuposto de que o negócio de consórcio é uma fonte importante de financiamento para a aquisição de bens úteis e necessários, sobretudo para as classes de menor poder aquisitivo, havendo, portanto, uma importante função econômica e social a ser cumprida. Nessa perspectiva, a apropriação pelas administradoras de consórcios de recursos dos consorciados implica transferência de renda dos menos favorecidos para os mais favorecidos, o que contrasta com o ideal de justiça social e com a finalidade econômica e social a ser cumprida por esses contratos (negócios jurídicos).

A esta altura faz-se necessário explicitar que não é nosso intuito apresentar uma exposição que possa esgotar o tema, encerrando a discussão. Em vez disso, é nosso interesse suscitar o debate, visando o aperfeiçoamento da regulação que rege os contratos de consórcio.

2 Demandas judiciais

Como informado na introdução, três ações judiciais versando sobre “recursos não procurados” estão em curso perante o Poder Judiciário. Apresentamos a seguir uma breve síntese do conteúdo dessas ações, tendo em vista o ulterior desenvolvimento dos argumentos que constituem o objeto deste trabalho.

Começando pela mais antiga, temos que, na Ação Ordinária nº 2005.34.00.019126-2, em tramitação perante a 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, a autora, a Associação Brasileira de Administradoras de Consórcios (Abac), atuando na condição de substituto processual, pretende obter para seus associados: *i*) o reconhecimento do direito das administradoras de consórcios à cobrança mensal de taxa pela administração dos “recursos não procurados”, independentemente da realização de assembleias gerais de cotistas; *ii*) a reversão em definitivo para as administradoras das cobranças já estornadas por determinação do Bacen; *iii*) o reconhecimento e a declaração do direito das administradoras de consórcios de considerar prescritas as pretensões dos consorciados quanto aos “recursos não procurados” após o encerramento dos grupos de consórcios, passando tais recursos a integrar o patrimônio das administradoras.

Na Ação Ordinária nº 2008.71.00.000510-4, em curso perante a 6ª Vara Federal de Porto Alegre – Seção Judiciária do Rio Grande do Sul –, a autora, Sinosserra Consórcios S/A, pede o reconhecimento do direito de considerar prescritas as pretensões à restituição dos ex-consorciados quanto aos “recursos não procurados”, para os fins de excluir tais valores de seu passivo contábil, integrando-os ao seu ativo. Pede, também, o reconhecimento do direito de cessar a contabilização dos rendimentos mensais desses “recursos não procurados”, determinando-se ao Bacen que se abstenha de adotar qualquer medida de natureza punitiva a esse respeito contra a autora.

De igual modo, na Ação Ordinária nº 79458-98.2010.4.01.3800, em tramitação perante a 5ª Vara Federal de Belo Horizonte – Seção Judiciária de Minas Gerais –, a parte autora, Haas Administradora de Consórcio Ltda., ajuizou a referida ação judicial contra o Bacen com o propósito precípua de se apropriar dos “recursos não procurados” pelos consorciados. Nesse intuito, pede a declaração de prescrição do direito dos consorciados (proprietários) de reaver os valores (“recursos não procurados”) que estão sob sua guarda em função do contrato de consórcio. Assim como na ação de Porto Alegre, a autora pretende ver-se livre da obrigação de manter a devida contabilidade desses recursos na rubrica contábil específica – 4.9.8.93.10-6 RECURSOS NÃO PROCURADOS –, com a devida comprovação documental, conforme determina a Carta Circular BCB nº 3047, de 2002. Requer, pois, a tutela judicial que lhe assegure o direito de se apropriar dos referidos recursos (bem patrimonial dos consorciados), determinando-se à autarquia (Bacen) que reconheça a prescrição aquisitiva de tais bens patrimoniais e que se abstenha de impor qualquer sanção, bem como de exigir o cumprimento da norma contida na citada Carta Circular BCB nº 3047, de 2002.

Em todas as ações supracitadas, o fundamento jurídico do pedido referente à prescrição é mais ou menos o mesmo. Alega-se que, a partir do encerramento dos grupos de consórcio, começou a fluir o prazo prescricional para o consorciado reclamar a restituição de seu crédito. Transcorrido esse prazo, que seria de cinco anos, estaria prescrita a pretensão à cobrança da dívida, conforme previsão legal contida no § 5º, art. 206, do Código Civil de 2002, e no art. 32 da Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, denominada Nova Lei de Consórcios.

Alegam, ainda, as administradoras de consórcios, que a contabilização dos recursos não procurados no passivo da empresa tem peso negativo na apuração do Patrimônio Líquido Ajustado (PLA), que por sua vez afeta negativamente o exame de autorizações para a abertura de novos grupos de consorciados, tornando-se elemento limitador de suas operações.

É de se ressaltar que essas ações foram todas ajuizadas exclusivamente contra o Bacen. Em nenhuma delas, requereu-se a citação dos consorciados, o que gerou alegações preliminares de litisconsórcio passivo necessário na Ação Ordinária nº 2008.71.00.000510-4, em tramitação perante a 6ª Vara Federal de Porto Alegre, e de ilegitimidade passiva *ad causam*, na Ação Ordinária nº 79458-98.2010.4.01.3800, em tramitação perante a 5ª Vara Federal de Belo Horizonte (SJM/G).

3 Conflito de interesses

As ações suprarreferidas demonstram, inequivocamente, a existência do conflito de interesses já mencionado entre os proprietários (consorciados) e os gestores (administradoras de consórcios). O argumento aqui desenvolvido é que esse conflito representa uma ameaça à segurança e à necessária higidez do sistema de consórcios, devendo, portanto, ser eliminado para o bem de todos, é dizer, dos regulados (consorciados e administradores de consórcios) e do regulador e fiscal do sistema (que, em última instância, é o próprio Estado).

Antes de avançar na explanação, faz-se necessária uma reflexão sobre o que seriam, afinal, esses “recursos não procurados”. De acordo com o art. 21, III, parágrafo único, do Regulamento anexo à Circular BCB nº 2.766, de 3 de julho de 1997, com redação dada pela Circular BCB nº 3.084, de 31 de janeiro de 2002: “As disponibilidades financeiras remanescentes na data do encerramento contábil do grupo, de que trata o art. 22, *caput*, são consideradas recursos não procurados por consorciados ou participantes excluídos por desistência declarada ou inadimplemento contratual.” A Nova Lei de Consórcios (Lei nº 11.795, de 2008) praticamente repetiu a redação dada pela Circular BCB nº 3.084, de 2002, estabelecendo em seu art. 33 que: “As disponibilidades financeiras remanescentes na data do encerramento do grupo são consideradas recursos não procurados pelos respectivos consorciados e participantes excluídos.”

De forma mais simples, podemos pensar que, como a própria denominação indica, “recursos não procurados” são recursos que pertencem aos consorciados, que devem ser restituídos aos consorciados, que, contudo, não procuram a administradora para receber de volta esses valores que lhes pertencem. Em outras palavras, seria um recurso (dinheiro) “abandonado”.

Dito isso, naturalmente, apresenta-se a seguinte indagação: quem, em sã consciência, abandona dinheiro? Quem, em perfeito juízo, não comparece para receber valor (dinheiro) que lhe há de ser restituído? A resposta é óbvia: ninguém. Não há um ser humano sequer na face da terra que, em perfeito juízo, abandone dinheiro, ou deixe de comparecer para receber dinheiro que lhe pertence.

Mas, se é assim, como se explica, então, a existência desses “recursos não procurados” pelos consorciados. Segundo relato da Haas Administradora de Consórcios Ltda., na petição inicial da mencionada ação (Processo nº 79458-98.2010.4.01.3800, em tramitação perante a 5ª Vara Federal de Belo Horizonte): “[...] apesar dos recursos serem de valores ínfimos, estes pertencem a milhares de ex-consorciados...” (fl. 10). De plano, há que se ressaltar que não se trata propriamente de valores ínfimos. Nesse caso da Haas Administradora de Consórcios Ltda., os “recursos não procurados” montam mais de R\$3,5 milhões, conforme planilha de demonstração financeira juntada pela própria autora da citada ação.

Não se trata, pois, de valores ínfimos. Pelo contrário, há consorciados que teriam sete, oito e até mais de dez mil reais a receber. Mas, será possível ou crível que “milhares de ex-consorciados”, todos enlouquecidos, resolveram sumir no mundo abandonando todo esse dinheiro sem qualquer explicação?

É claro que não. É certo que não. Esses consorciados, em sua grande maioria, são pessoas de média e baixa renda, que lutam com muitas dificuldades financeiras. É dinheiro obtido com trabalho esforçado, que custou enormes sacrifícios a uma gente envolta em dificuldades financeiras diversas. É dinheiro que jamais seria abandonado. A explicação para esse fenômeno é até muito simples. Essas pessoas (consorciados), certamente, não sabem da existência desse dinheiro, porque estão mal informadas, desinformadas, ou mesmo enganadas. Em outras palavras, trata-se do déficit de informação que como vimos está na base do problema (*principal-agent problem*).

A pergunta que naturalmente se impõe a esta altura é: Quem tinha o dever de informar? Em outras palavras, quem tinha a obrigação de fornecer

todas as informações atualizadas dos saldos, correções, juros, enfim, de toda movimentação financeira desses recursos? Será que essa obrigação foi satisfatoriamente cumprida? Se tivesse sido satisfatoriamente cumprida, será que teríamos milhares de consorciados nessa situação (recursos não procurados)?

A propósito, é oportuno esclarecer que, por força de norma contida na Circular BCB nº 2.766, de 1997, as administradoras de consórcios estão obrigadas a manter os recursos dos consorciados aplicados em instituições financeiras, revertendo para os consorciados o rendimento financeiro dessas aplicações. Obviamente, os consorciados deveriam ser constantemente informados dessa movimentação financeira.

Dito isso, outra indagação fundamental apresenta-se para reflexão. Seria legítima essa pretensão das administradoras de consórcios de se apropriarem desses recursos dos consorciados?

Salvo melhor juízo, a resposta a essa indagação deve ser negativa, ou seja, não é legítima essa pretensão, sobretudo porque infringe o dever de lealdade e boa-fé, que deve existir naquele que gere recursos de terceiros.

Nos Estados Unidos, essa relação fiduciária proprietário-administrador (gestor) é regida por um princípio ético fundamental, consagrado pela jurisprudência norte-americana segundo o qual o gestor/administrador deve ser mais diligente (zeloso, prudente) com os recursos alheios do que seria com o seu próprio. No Brasil, lastimavelmente, contentamo-nos com um padrão ético e moral menos rigoroso, bastando ao administrador ser igualmente diligente com o recurso alheio.⁴

Nessa linha de raciocínio, as administradoras de consórcios, com a devida vênia, parecem desconhecer a essência de seu próprio negócio, que é justamente a fidúcia, a credibilidade e a confiança que devem ser capazes de disseminar no público (clientes/consorciados).

De fato, as instituições financeiras em geral, grupo ao qual se inserem as empresas administradoras de consórcios, vivem essencialmente de sua credibilidade, vale dizer, da confiança que conseguem incutir nas pessoas. A pretensão de se apropriar dos recursos confiados a sua guarda, via arguição de

4 De acordo com o art. 153 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976: "O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios."

prescrição aquisitiva (usucapião), significa trair justamente a confiança que lhe foi depositada.

Não por outra razão, o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916), em seu art. 168, IV, dispunha que não corre a prescrição em favor do credor pignoratício, do mandatário, e, em geral, das pessoas que lhe são equiparadas, contra o depositante, o devedor, o mandante e as pessoas representadas, ou seus herdeiros, quanto ao direito e obrigações relativas aos bens confiados a sua guarda.

Em seus comentários ao referido dispositivo, Carvalho Santos (1961, p. 407) explicava que

O Código aqui não se refere às ações do devedor pignoratício, do depositante, do mandante contra o credor pignoratício, depositário, o mandatário. Ele dispõe apenas que o credor pignoratício, o depositário, o mandatário não poderão jamais vir alegar que se tornaram donos dos bens, que, pelo penhor, depósito, mandato, receberam do devedor pignoratício, do depositante e do mandante.

Razão teve, pois, Clóvis Beviláqua ao dizer que este dispositivo do n. IV do art. 168 parece ocioso, pois o caso é antes de usucapião do que de prescrição, e contra aquela erguia-se o vício da precariedade, que lhe tiraria todo o fundamento (Cód. Civ. Com., vol. 1, pág. 488).

O citado Clóvis Beviláqua (1946, p. 177), por sua vez, referindo-se ao dispositivo comentado, anota que

A posse subordinada do depositário, mandatário, credor pignoratício, e outras pessoas, aos mesmos equiparadas, não conduz a usucapião, porque, sem falar em motivos de ordem ética, se restringe aos efeitos da relação jurídica, em que se funda.

Da mesma forma, em comentário a esse mesmo dispositivo do Código Civil de 1916, ensinava Sílvio Rodrigues (1977, p. 328) que

Finalmente, considera a lei certas relações contratuais que envolvem um elemento confiança. No depósito e no penhor uma das partes confia à guarda da outra um objeto, transferindo-lhe a posse direta a título precário.

Se a ação para reclamar a devolução do objeto prescrevesse, pequena seria a segurança do fiduciante, que necessitaria interromper a prescrição de tempo em tempo, antes mesmo de se lhe haver apresentado a necessidade de acionar o fiduciário.

No tocante à prescrição aquisitiva (usucapião), Caio Mario (1987, p. 472) traz o seguinte comentário:

Chama-se prescrição aquisitiva ou usucapião a aquisição do direito real pelo decurso do tempo, e é instituída em favor daquele que tiver, com ânimo de dono, o exercício de fato das faculdades inerentes ao domínio, ou a outro direito real, relativamente a coisas móveis ou imóveis, por um período prefixado pelo legislador.

Prossegue o citado mestre (CAIO MARIO, 1987, p. 478), explicando que:

Imprescritível é o direito de propriedade, exerça-o ou não o dono, por qualquer tempo que seja. Mas se tolera que um terceiro o exclua da utilização da coisa, e não se insurge contra a criação de uma situação de fato contrária ao seu direito, pode vir a perder o domínio por usucapião. No estado atual de nosso direito, tal qual acontece universalmente, o elemento anímico se não impõe como condição para invocar a prescrição extintiva, que opera independentemente da boa-fé do prescribente. O contrário ocorre com a prescrição aquisitiva, campo em que se exige o requisito anímico, apenas dispensados, no usucapião extraordinário, justo título e boa-fé.

Complementando a explanação do mestre supracitado, Humberto Theodoro Jr. (1985, p. 85) ressalta:

E para ter-se presente o *animus domini* não é suficiente assumir o possuidor, em determinado momento, a vontade de ser dono. Para tanto, é preciso, segundo o mesmo doutrinador, que o ânimo de proprietário resulte da *causa possessionis*, isto é, do título em virtude do qual se exerce a posse: de modo que se esta foi iniciada por uma ocupação, pacífica ou violenta, pouco importa, haverá ânimo; se, ao contrário, originou-se de um contrato como o de locação, por exemplo, que implica o reconhecimento do direito dominial de outrem, não se pode reconhecê-lo.

Justamente esse é o caso dos “recursos não procurados”, cuja posse origina-se de um contrato (consórcio) que implica expressamente o reconhecimento do direito dominial do consorciado. Portanto, é inviável o pedido de prescrição aquisitiva (usucapião).

Como explicado pelos insignes juristas supracitados, essa posse padece do vício da precariedade, não podendo jamais o possuidor pretender tornar-se dono do bem patrimonial cuja guarda lhe foi confiada.

Seria, então, possível admitir ou aceitar que a administradora de consórcio tenha *animus domini* em relação ao patrimônio do consorciado que lhe foi confiado à guarda (administração)? Pode-se dizer que uma empresa administradora de consórcio que tenha o *animus* de se apropriar do recurso cuja guarda (administração) lhe foi confiada esteja de boa-fé? O que dizer de um gestor de recursos de terceiros que tem o *animus* de se apropriar desses recursos? Tal gestor seria merecedor da confiança do consorciado?

Se não é viável alegar boa-fé e *animus domini*, muito menos se pode cogitar de “justo título”. Pelo contrário, o título (contrato de consórcio) diz justamente que o recurso (patrimônio) é do consorciado e a ele deve ser restituído.

Não parece ser esse, contudo, o entendimento que irá prevalecer nas supracitadas ações judiciais. Nesse sentido, na sentença proferida na citada ação de Porto Alegre (Processo nº 2008.71.00.000510-4), o Juiz acolheu integralmente a pretensão da autora, julgando procedente a ação “[...] para determinar que cesse a remuneração contábil dos valores a cuja restituição esteja extinta a pretensão em razão do decurso do prazo prescricional de 5 anos, a contar do encerramento do respectivo grupo de consórcio [...]”. Portanto, a sentença adotou integralmente a tese da parte autora. Na ação de Belo Horizonte (Processo nº 79458-98.2010.4.01.3800), embora o Juiz tenha indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, por entender não configurado o requisito do *fumus boni iuris*, acabou entrando na análise da questão do prazo prescricional, parecendo, pois, não encontrar problema na pretensão da autora de apropriar-se dos recursos do consorciado. O mesmo vale para a Ação Ordinária nº 2005.34.00.019126-2, em que a Juíza da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, embora tenha julgado improcedentes os pedidos, admitiu expressamente a possibilidade de apropriação dos “recursos não procurados”, via prescrição, como se vê da seguinte passagem que constou da fundamentação da sentença:

No tocante à pronúncia da prescrição de créditos não procurados após o encerramento dos grupos de consórcio, entendo que o pedido é bastante temerário. Não há como, nestes autos, reconhecer o direito da administradora de declarar a prescrição desses créditos, pois no transcurso do prazo prescricional podem ocorrer causas interruptivas e suspensivas, as quais devem ser analisadas caso a caso.

É certo que transcorrido o prazo prescricional a administradora de consórcio tem, sim, o direito de realizar os devidos ajustes contábeis, com reflexos diretos no passivo, mas, ressalte-se, somente após uma decisão judicial, com trânsito em julgado, em homenagem ao princípio da segurança jurídica. No caso concreto, a análise da ocorrência ou não da prescrição não se impõe por impossibilidade.

De todo modo, está claro que a administradora de consórcios que nutre ou manifesta *animo domini* em relação ao patrimônio que lhe é confiado à guarda (administração) está em conflito de interesses com o legítimo proprietário. Tal conflito é grave, na medida em que afeta a confiança e o dever de lealdade que são justamente a base do sistema de consórcios.

4 Chance perdida

Com a edição da chamada Nova Lei de Consórcios, Lei nº 11.795, de 2008, perdeu-se a melhor oportunidade de solucionar definitivamente o problema dos “recursos não procurados” que está na base do conflito de interesses aqui analisado.

A lei não apenas perdeu a oportunidade de resolver definitivamente o problema como trouxe disposição que veio acirrar terrivelmente o conflito entre consorciados e administradoras de consórcios. Não por acaso, novas demandas judiciais foram ajuizadas após a edição da lei, evidenciando o acirramento do conflito.

A disposição a que nos referimos é a contida no § 2º do art. 32 da Lei nº 11.795, de 2008, segundo a qual: “Prescreverá em 5 (cinco) anos a pretensão do consorciado ou do excluído contra o grupo ou a administradora, e destes contra aqueles, a contar da data referida no *caput*.” O *caput* do art. 32 estabelece que o encerramento do grupo deve ocorrer no prazo máximo de 120 dias, contado da data da realização da última assembleia de contemplação do grupo de consórcio e desde que decorridos, no mínimo, trinta dias da comunicação de que trata o art. 31, ocasião em que se deve proceder à definitiva prestação de contas do grupo.

É de se notar que, até a edição da Lei nº 11.795, de 2008, aplicava-se aos contratos de consórcios o previsto no art. 2º da Lei nº 2.313, de 3 de setembro de 1954:

Art. 2º Os créditos resultantes de contratos de qualquer natureza, que se encontrarem em poder de estabelecimentos bancários, comerciais e industriais e nas Caixas Econômicas, e não forem reclamados ou movimentadas as respectivas contas pelos credores por mais de 25 (vinte e cinco) anos serão recolhidos, observado o disposto no § 2º do art. 1º ao Tesouro Nacional e aí escriturados em conta especial, sem juros, à disposição dos seus proprietários ou de seus sucessores, durante 5 (cinco) anos, em cujo termo se transferirão ao patrimônio nacional.

O disposto no § 2º do art. 32 da Lei nº 11.795, de 2008, na medida em que prevê a possibilidade de aquisição prescritiva (usucapião) pelas administradoras de consórcios dos “recursos não procurados” pelos consorciados, parece ter afastado tacitamente, por incompatibilidade lógica, a incidência da norma prevista no art. 2º da Lei nº 2.313, de 1954.

De qualquer modo, ao conceder às administradoras de consórcios a possibilidade de invocar a aquisição prescritiva (usucapião) dos recursos dos consorciados que estão sob sua guarda, a Nova Lei de Consórcios foi contraditória consigo mesma, é dizer, nos seus próprios termos, já que no art. 34 estabelece que “A administradora de consórcio assumirá a condição de gestora dos recursos não procurados, os quais devem ser aplicados e remunerados em conformidade com os recursos de grupos de consórcio em andamento, nos termos estabelecidos no art. 26.”

Ora, se a própria lei estabelece que a administradora assuma a condição de gestora dos “recursos não procurados”, os quais devem ser aplicados e remunerados (obviamente em benefício do consorciado, ou será que é em benefício do administrador?), como pode, ao mesmo tempo, prever a possibilidade de prescrição aquisitiva (usucapião) desses recursos pelas administradoras?

É claro que não faz sentido, a contradição é patente. Se o recurso vai ser gerido, não pode ser usucapido. Se a administradora vai gerir, por certo, não pode usucapir. Assim, considerando-se essa contradição da lei, em seus próprios termos, e o fato de que a invocação do instituto do usucapião leva ao absurdo de o gestor vir a se tornar proprietário de bem cuja gestão lhe é confiada, neste caso,

pela própria lei, percebe-se que é preciso dar a esses dispositivos interpretação razoável, que possa, de alguma forma, harmonizar ou compatibilizar essas normas que estão em contradição entre si. A título meramente ilustrativo, poder-se-ia, por exemplo, argumentar que o disposto no § 2º do art. 32 da Lei nº 11.795, de 2008, refere-se apenas à prescrição extintiva, e não à prescrição aquisitiva (usucapião). Ou, ainda, que a prescrição prevista na citada norma não se aplica aos “recursos não procurados” previstos no capítulo V da Lei nº 11.795, de 2008, já que essa mesma lei diz que esses recursos serão geridos pela administradora, de modo que, se serão geridos, não podem ser usucapidos.

O aprofundamento ou desenvolvimento dessa argumentação, contudo, não é o propósito deste artigo. Como já ressaltado na introdução, o objetivo deste artigo não é apresentar uma solução jurídica para as demandas judiciais em curso na Justiça Federal. Não se trata aqui da emissão de uma nota, ou de um parecer jurídico ou de algo do gênero. Não se trata aqui de discutir a melhor ou a pior interpretação para os dispositivos da citada lei. A finalidade aqui é apontar a existência de um problema grave de conflito de interesses que afeta seriamente o sistema de consórcios, que, por isso mesmo, precisa ser tratado, mas que, em vez de solucionado, foi terrivelmente agravado pela Nova Lei de Consórcios (Lei nº 11.795, de 2008).

Portanto, o comentário à Nova Lei de Consórcios e a reflexão em torno ao instituto da prescrição até aqui empreendidos tiveram apenas a finalidade de delinear o pano de fundo para o desenvolvimento de questão principal, que é a concepção de uma regulação capaz de afastar definitivamente o conflito de interesses em análise. Essa exposição teve, pois, apenas o escopo de evidenciar o conflito de interesses em seus variados contornos e demonstrar a necessidade de se tratar o problema.

Se, por um lado, não é o propósito deste artigo empreender uma análise jurídica da melhor solução para as ações judiciais supracitadas, por outro, é intuito deste artigo destacar que, ao contrário do que usualmente se supõe, o Poder Judiciário não tem como resolver todos os conflitos que surgem no seio da sociedade. Há situações de conflitos, como esta aqui analisada, que o Poder Judiciário não tem como resolver.

É, pois, meu objetivo sublinhar que, independentemente da decisão final proferida pelo Poder Judiciário nas ações judiciais analisadas, o conflito de

interesses entre administradoras e consorciados persistirá, minando a confiança, a credibilidade e a segurança jurídica que são imprescindíveis para a necessária solidez e higidez do sistema de consórcios.

Dito isso, passa-se a focar a chance perdida pela Nova Lei de Consórcios. Como destacado, a nova lei, em vez de tratar o problema, extirpando ou afastando definitivamente o conflito de interesses, fez exatamente o contrário, é dizer, criou estímulos para o acirramento do conflito, como demonstram justamente as duas ações judiciais mais recentes supracitadas, que, não por acaso, foram ajuizadas logo após a entrada em vigor da nova lei, incorporando como fundamento jurídico da causa de pedir exatamente a disposição do § 2º do art. 32 da Lei nº 11.795, de 2008, que trata da prescrição da pretensão do consorciado ou do excluído contra o grupo ou a administradora.

5 Estrutura de incentivos

Do ponto de vista da análise do conflito de interesses, que é o que nos interessa mais diretamente, há que se indagar que efeitos poderiam advir de decisões favoráveis aos pleitos das administradoras de consórcios, reconhecendo a prescrição em relação a esses “recursos não procurados”.

Sem dúvida, decisões favoráveis terão o efeito de acentuar ainda mais a cobiça das administradoras sobre esses valores, acirrando o já grave conflito de interesses existente. As administradoras de consórcios vão “rezar” todos os dias para o aparecimento de mais e mais “recursos não procurados”. Obviamente, pouco ou nada vão fazer para manter o consorciado informado. Menos ainda farão para tentar localizar os proprietários desses “recursos não procurados”.

Nessas circunstâncias, a lealdade que deveria existir é irremediavelmente destruída. Com a estrutura de incentivos que resulta do atual sistema normativo, não se pode esperar que as administradoras de consórcios sejam leais aos consorciados. Não é do interesse da administradora manter informado o consorciado, muito menos é de seu interesse procurar o consorciado para devolver o “recurso não procurado”. É preciso, pois, urgentemente inverter essa estrutura de incentivos, para eliminar esse conflito de interesses que existe entre consorciados e administradoras de consórcios.

E se, em vez disso, tivermos decisões judiciais desfavoráveis? Que efeitos poderiam ter decisões contrárias à pretensão das administradoras de consórcios? Salvo melhor juízo, mesmo decisões desfavoráveis a esses pleitos não terão o condão de encerrar o problema, que continuará em aberto.

De fato, as administradoras de consórcios já se apropriaram desses “recursos não procurados”. O que pretendem, agora, com as ações judiciais é regularizar a situação. Em outras palavras, pretendem obter o reconhecimento jurídico para tornar de direito o que já existe de fato. Se essa pretensão for rechaçada pelo Judiciário, vai tudo continuar como está, ou seja, as administradoras vão continuar de fato com os “recursos não procurados”, que é o suficiente para continuar alimentando o conflito de interesses de que se trata neste artigo.

Por isso, afirma-se que o problema não se resolve pelo Judiciário, sendo absolutamente necessária uma alteração legislativa que venha modificar a estrutura de incentivos atualmente posta para os agentes. Essa alteração na estrutura de incentivos é imprescindível para solucionar o problema definitivamente, afastando de uma vez por todas o conflito de interesses.

6 Proposta de regulação

Primeiramente, cumpre ressaltar que o principal objetivo da proposta de alteração legislativa aqui apresentada é o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, notadamente, das normas jurídicas que regulam o funcionamento do sistema de consórcios.

Cumpre, ainda, esclarecer que não é nosso propósito apresentar uma proposta definitiva, fechada ou acabada de projeto de lei. Pelo contrário, o nosso interesse é o de apresentar ideias sugestivas que possam suscitar mais ideias, desejavelmente, novas ideias, melhores que as aqui elaboradas.

De acordo com March (1967, p. 3), diante de posições inaceitáveis dos envolvidos em conflitos, é necessário que um terceiro, externo ao conflito, proporcione alternativa aceitável para as partes envolvidas no conflito. No caso dos “recursos não procurados”, a posição de inércia do consorciado (desde que esteja devidamente informado) é inaceitável, na medida em que gera custos e prejuízos para a administradora de consórcio. A posição da administradora, por sua vez, de pretender apropriar-se do

patrimônio do consorciado é igualmente inaceitável. Assim sendo, um terceiro, o regulador do sistema (no caso, o Estado), deverá proporcionar alternativa aceitável para aqueles que, de qualquer forma, estão envolvidos no conflito.

Se, de um lado, o proprietário, mesmo estando devidamente informado, não procura a administradora de consórcio para receber o que lhe é devido e, de outro lado, a administradora, mesmo que esses recursos se configurem como efetivamente abandonados, não pode se apropriar deles, sob pena de quebra de confiança, a lei deve oferecer um meio rápido e o menos oneroso possível de solução do problema. Ora, se o legítimo proprietário não comparece para receber o que lhe pertence e a administradora não pode ficar com o patrimônio alheio, há que se apontar um terceiro para ficar com os recursos. A questão, então, é quem deveria ficar com esses “recursos não procurados”.

Várias hipóteses podem ser cogitadas. Uma primeira alternativa poderia ser a transferência desses “recursos não procurados” para um fundo a ser criado nos moldes do Fundo Garantidor de Crédito (FGC), instituído pela Resolução nº 2.197, de 31 de agosto de 1995, do Conselho Monetário Nacional (CMN). Esse fundo poderia desempenhar em relação ao sistema de consórcios a mesma função desempenhada pelo FGC em relação às instituições financeiras. A criação desse fundo traria para o sistema de consórcios dois benefícios substanciais. O primeiro consistiria na eliminação definitiva do foco do conflito de interesses, que é exatamente a manutenção dos “recursos não procurados” nas mãos das administradoras de consórcios. Como já ressaltado, enquanto a administradora tiver a posse desses recursos, o conflito subsistirá. Para eliminar definitivamente o conflito, é absolutamente imprescindível retirar das administradoras de consórcios a posse desses “recursos não procurados”. O segundo seria o fortalecimento da confiança no sistema de consórcios. Assim como o FGC contribuiu para aumentar a confiança do público nas instituições financeiras, a criação do fundo aqui sugerido poderia aumentar a confiança do público em relação às empresas de consórcio.

Outra solução que pode ser cogitada é a da transferência desses “recursos não procurados” para a União. Nessa hipótese, a modificação aqui sugerida seria a introdução de dispositivos legais determinando a transferência, numa primeira etapa, para o Bacen e após para a União, ou diretamente para a União, dos “recursos não procurados”, caso a administradora não consiga localizar e devolver o recurso ao proprietário (consorciado) no prazo estabelecido.

Portanto, minha proposta é que os “recursos não procurados” pelos consorciados, após o encerramento do grupo, recebam tratamento jurídico semelhante ao conferido aos saldos das contas bancárias não recadastradas.

Como se sabe, em cumprimento ao disposto no § 2º do art. 1º da Lei nº 9.526, de 8 de dezembro de 1997, as contas não recadastradas até 28 de novembro de 1997, conforme a orientação estabelecida nas resoluções nº 2.025, de 24 de novembro de 1993, e nº 2.078, de 15 de junho de 1994, ambas do CMN, tiveram seus saldos recolhidos ao Banco Central do Brasil, extinguindo-se os contratos de depósito correspondentes. Feito o recolhimento, o Bacen providenciou a publicação de edital no **Diário Oficial da União** relacionando os valores sob sua guarda e indicando a instituição depositária, sua agência, a natureza do depósito e o número da conta. A partir dessa publicação, o autor teve o prazo de trinta dias para contestar, administrativamente, o recolhimento, ao Bacen, na forma do § 3º do art. 1º da Lei nº 9.526, de 1997. Transcorrido esse prazo, os valores recolhidos e não contestados administrativamente perante a autarquia passaram ao domínio da União, sendo repassados ao Tesouro Nacional como receita orçamentária, *ex vi* do art. 2º da Lei nº 9.526, de 1997.

A ideia aqui apresentada de atribuir aos “recursos não procurados” o mesmo tratamento jurídico conferido aos saldos das contas não recadastradas tem fundamento no princípio geral do Direito, segundo o qual, para situações que apresentam a mesma razão de ser (*ratio essendi*), deve prevalecer a mesma solução jurídica.

De fato, o fenômeno da “conta não recadastrada” em tudo e por tudo se assemelha ao fenômeno dos “recursos não procurados”. Não é absurdo dizer que, em certa medida, a “conta não recadastrada” corresponde a “recursos não procurados” pelo correntista. E, vice-versa, os “recursos não procurados” correspondem a uma “conta não recadastrada” pelo consorciado. A essência é a mesma. Em ambos os casos, há negligência e abandono como elementos preponderantes.

A edição de lei, nesse caso, é absolutamente necessária para legitimar essa solução. A título de sugestão, poderia ser acrescentado artigo (talvez, o art. 38-A) à Lei nº 11.795, de 2008, determinando que a administradora de consórcio tem o prazo máximo e improrrogável, por exemplo, de seis meses para efetivar a devolução do “recurso não procurado” a seu legítimo proprietário. Esse prazo

deve ser relativamente reduzido, para evitar custos e prejuízos excessivos para as administradoras e também para não despertar-lhes cobiça.

Para a correta aplicação dessa solução, é imprescindível que, ao firmar o contrato de consórcio, portanto, desde o início da relação, fique certo e bem claro para ambos (conSORCIADO e administradora de consórcio) que, em se configurando a hipótese de “recurso não procurado”, o valor (saldo) será transferido para a União. Obviamente, é necessário também que as partes tenham conhecimento prévio do procedimento a ser adotado nesse caso. Em outras palavras, as partes devem ter amplo conhecimento de como, quando, em que circunstâncias e de que forma a transferência será efetivada.

A nova lei a ser editada deve prever que, encontrando o consorciado, a administradora poderá cobrar a taxa de permanência prevista no art. 35 da Lei nº 11.795, de 2008. Não encontrando o consorciado, a administradora nada poderá cobrar ou deduzir, devendo transferir a totalidade dos “recursos não procurados” para a União. Isso é imprescindível para incutir nas administradoras um efetivo interesse em localizar e contatar o consorciado, e proceder à devida devolução do “recurso não procurado”.

A lei poderá prever que os “recursos não procurados” sejam transferidos, inicialmente, para o Bacen, devendo este envidar esforços para localizar e contatar o consorciado e devolver-lhe o que é seu. O Bacen poderia ser autorizado a utilizar o Bacen Jud para localizar contas ativas do consorciado. Encontrada uma conta ativa do consorciado, o “recurso não procurado” poderia ser depositado, extinguindo-se a obrigação. Estas, como disse, são apenas sugestões, cujo propósito é suscitar novas e melhores ideias.

Enfim, para fortalecer e assegurar a necessária higidez do sistema de consórcios, é imprescindível reforçar a fidúcia que deve haver entre os contratantes nesses negócios. Para isso, é fundamental que tudo fique muito claro e transparente, que todos saibam de antemão qual será o destino dos “recursos não procurados” em casos de verdadeiro abandono.

7 Considerações finais

Como demonstrado ao longo da exposição, as normas que regulam o negócio de consórcios têm permitido o acirramento de um conflito de interesses que se vem revelando altamente nocivo e ofensivo à segurança e higidez do sistema de consórcios.

Torna-se, pois, fundamental e imprescindível afastar de uma vez por todas esse elemento nocivo à saúde do sistema. A eliminação definitiva do referido conflito de interesses entre consorciados e administradoras de consórcios passa necessariamente por uma alteração legislativa. A ideia aqui defendida é que a lei de consórcios em vigor seja alterada para modificar a atual estrutura de incentivos posta para os agentes (consorciados e administradoras de consórcios).

Duas propostas de regulação para solucionar o problema apontado foram apresentadas. A primeira foi a criação de um fundo nos moldes do Fundo Garantidor de Crédito (FGC) para o qual seriam transferidos os “recursos não procurados”. A segunda proposta foi a introdução de dispositivos na Lei nº 11.795, de 2008, determinando a transferência, numa primeira etapa, para o Bacen e após para a União, ou diretamente para a União, dos “recursos não procurados”, caso a administradora não consiga localizar e devolver o recurso ao proprietário (consorciado) num prazo máximo de, por exemplo, seis meses contados a partir do encerramento do grupo. Esse prazo, como exposto, não deve ser grande, para não gerar custos e prejuízos excessivos para as administradoras e também para não despertar-lhes cobiça.

A modificação regulatória é fundamental para alterar a estrutura de incentivos posta aos agentes. O que a prática permitiu constar é que, até o momento, as administradoras de consórcios quiseram de tudo, menos devolver aos consorciados os “recursos não procurados”. Com a alteração proposta, o que se espera é que as administradoras de consórcios passem a ter estímulos para encontrar os consorciados e devolver o que lhes pertence, se não pelo dever de lealdade, pelo dever de corresponder à fidúcia que lhes foi depositada, que seja pelo interesse financeiro próprio de cobrar do consorciado a taxa de permanência prevista no art. 35 da Lei nº 11.795, de 2008.

Assim, por tudo o que foi exposto, penso ser razoável esperar que a reforma normativa aqui proposta possa promover os seguintes resultados concretos.

Um primeiro resultado importante é a eliminação em definitivo do conflito de interesses, o que, por si só, já é bastante significativo. Com a eliminação do conflito é possível esperar que melhore qualitativamente a relação entre consorciados e administradoras, sobretudo no que diz respeito ao dever de fideducía, é dizer, ao zelo, lealdade e boa-fé que as administradoras devem ter para com os consorciados.

Nesse novo contexto normativo, é também razoável esperar que ocorra uma redução substancial, em termos quantitativos, da ocorrência de novos “recursos não procurados”. Esse será o resultado mais importante, pois significará o estancamento da indesejada transferência de renda dos menos favorecidos (consorciados) para os mais favorecidos (empresas de consórcios).

Esse resultado, sendo positivo para o sistema de consórcios, será benéfico também para o Estado, sobretudo para a entidade responsável pela regulação e fiscalização do sistema (Bacen). Como visto, esses “recursos não procurados” representam um grave problema também para o Bacen, tanto porque gera desgaste à imagem e à reputação do Bacen, tanto porque gera uma série de gastos (com fiscalização, com acompanhamento de processos, com aplicação de penas, com ações judiciais, entre outros) que poderiam ser evitados.

Finalizando, reitero o que foi dito no início no sentido de que não foi nosso intento esgotar o tema, encerrando a discussão. Pelo contrário, nosso principal propósito foi suscitar ideias, debates e questionamentos, tendo em vista o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico que regula o sistema de consórcios.

Referências

BEVILAQUA, Clovis. **Direito das coisas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946. 1. v.

CROCKETT, Andrew; HARRIS, Trevor; MISHKIN, Frederic S.; WHITE, Eugene N. **Conflicts of Interest in the Financial Services Industry: what should we do about them?** Geneva: International Center for Monetary and Banking Studies, 2004.

DAVID, Michael; STARK, Andrew. **Conflict of interest in the professions**. New York: Oxford University Press, 2001.

ISSACHAROFF, Samuel. Legal responses to conflicts of interest. In: MOORE, Don A.; CAIN, Daylian M.; LOEWENSTEIN, George; BAZERMAN, Max H. **Conflicts of interest: challenges and solutions in business, law, medicine and public policy**. New York: Cambridge University Press, 2005.

MOORE, Don A.; CAIN, Daylian M.; LOEWENSTEIN, George; BAZERMAN, Max H. **Conflicts of interest: challenges and solutions in business, law, medicine and public policy**. New York: Cambridge University Press, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. I.

SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 8. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961. v. III.

SAPPINGTON, David E. M. Incentives in Principal-Agent Relationships. **Journal of Economic Perspectives**, v. 5, n. 2, p. 45-66, Spring 1991.

STIGLITZ, Joseph E. Principal and agent. **The New Palgrave: A Dictionary of Economics**, v. 3, p. 966-971, 1987.

THEODORO JR., Humberto. **Posse e Propriedade: jurisprudência**. São Paulo: Editora Universitária de Direito Ltda., 1985.

Dez Anos de Gestão Estratégica na Procuradoria-Geral do Banco Central

Marusa Vasconcelos Freire*

Adriana Teixeira de Toledo**

Sara Moreira de Souza***

1 Introdução. 2 Gestão estratégica na Procuradoria-Geral do Banco Central. 3 Projetos da Procuradoria-Geral do Banco Central: 3.1 Projeto BCJUR; 3.2 Projeto BCJUR-II; 3.3 Projeto Jornada Jurídica; 3.4 Projeto Recuperação de Créditos; 3.5 Projeto Gestão Legal. 4 Modificações na estrutura organizacional da PGBC: 4.1 Câmaras temáticas; 4.2 Criação do Centro de Estudos Jurídicos. 5 Considerações finais. Anexos.

Resumo

Tem por objetivo evidenciar os ganhos de eficiência nos processos de trabalho obtidos a partir da aplicação de princípios de gestão estratégica na Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC). Para tanto, serão apresentados, por meio de método histórico-descritivo, os objetivos e as finalidades de cada projeto implementado na PGBC e as modificações na estrutura organizacional da unidade, bem como os resultados obtidos com cada uma dessas ações. Considerando-se os resultados, conclui-se que a inserção da gestão estratégica no controle e no trâmite dos processos jurídicos na PGBC vem promovendo ganhos de eficiência nos processos de trabalho e, conseqüentemente, de qualidade nos serviços jurídicos prestados.

* Procuradora-Geral Adjunta do Banco Central do Brasil.

** Procuradora do Banco Central do Brasil, Coordenadora-Geral do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Banco Central.

*** Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Analista do Banco Central do Brasil.

Palavras-chave: Gestão estratégica. Projetos estratégicos. Sistema de acompanhamento processual. Registros jurídico-financeiros.

Abstract

This article aims to highlight the efficiencies obtained from applying principles of strategic planning and management in the work processes at the General Counsel's Office of the Central Bank (PGBC). Therefore it will be presented by a historical-descriptive method, the goals and objectives of each project implemented in PGBC and the changes in the organizational unit, and the results obtained from each of these actions. Considering the results, the conclusion is that the inclusion of strategic management in the control and handling of legal cases in PGBC is promoting efficiencies in work processes and thus in the quality of legal services rendered.

Keywords: Strategic management. Strategic projects. Legal proceedings monitoring system. Legal and financial records.

1 Introdução

O Banco Central do Brasil (BCB) foi criado pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e tem a missão institucional de assegurar a estabilidade do poder de compra da moeda e um sistema financeiro sólido e eficiente.

A Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC)¹ é unidade vinculada ao Presidente do Banco Central e destina-se a representar a instituição, em juízo ou fora dele, prestar consultoria e assessoramento jurídicos e controlar a legalidade dos atos da administração no âmbito da autarquia. A Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998, estabeleceu as atribuições dos titulares do cargo de procurador do Banco Central do Brasil em seu art. 4º, com a redação dada pela

1 A Portaria nº 31.175, de 28 de junho de 2005, um dos diversos normativos que modificou o Regimento Interno do BCB, instituído por meio da Portaria nº 29.971, de 4 de março de 2005, mudou a denominação do Departamento Jurídico, que passou a chamar-se Procuradoria-Geral do Banco Central. Neste artigo, utilizar-se-á sempre a designação "Procuradoria-Geral do Banco Central", independentemente de a menção remeter a data em que a unidade ainda se denominava "Departamento Jurídico".

Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001: *i*) a representação judicial e extrajudicial do Banco Central; *ii*) as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Banco Central; *iii*) a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial; e *iv*) a assistência aos administradores do Banco Central no controle interno da legalidade dos atos a serem por eles praticados ou já efetivados. Em conformidade com a Lei nº 9.650, de 1998, o Regimento Interno do Banco Central, em seu art. 36, dispõe sobre as atribuições da PGBC, reproduzindo, de forma pormenorizada, o texto da lei.

A partir de 2000, a Procuradoria-Geral do Banco Central, ante as inúmeras atribuições que veio acumulando ao longo dos anos e as considerações registradas em relatório de auditoria independente em relação à ausência de informações sobre o risco de perda das ações judiciais e o seu respectivo valor, percebeu a necessidade de aplicar princípios de gestão estratégica em seus processos de trabalho. Passou então a adotar medidas de aperfeiçoamento em seu planejamento, utilizar metodologia de projetos e promover mudanças na estrutura organizacional da unidade, aprimorando a eficiência dos processos.

O objetivo deste artigo consiste, portanto, em discorrer sobre os ganhos de eficiência nos processos de trabalho adquiridos com a utilização da metodologia de projetos e com a reestruturação organizacional da PGBC ao longo dos últimos dez anos. Para tanto, serão apresentados, por um método histórico-descritivo, os objetivos e as finalidades de cada projeto implementado na PGBC e as modificações na estrutura organizacional da unidade, bem como os resultados obtidos a partir de cada uma dessas ações.

Diante dessas considerações, proceder-se-á, na seção 1, a uma exposição, em linhas gerais, acerca da gestão estratégica na PGBC e, na seção 2, serão detalhados os projetos da unidade – BCJUR e BCJUR II, Jornadas de Estudos Jurídicos, Recuperação de Créditos e Gestão Legal. Por fim, na seção 3, serão apresentados a estrutura da PGBC e os órgãos criados a partir da adoção da gestão estratégica: o Centro de Estudos Jurídicos, as Câmaras Temáticas e o cargo de Procurador-Geral Adjunto.

2 Gestão estratégica na Procuradoria-Geral do Banco Central

Em 2000, a empresa responsável pela auditoria independente das demonstrações financeiras do Banco Central, ao verificar que não havia rotina de controle de informações financeiras relativas a ações judiciais no âmbito da PGBC, registrou, no relatório de auditoria, uma ressalva às demonstrações financeiras da autarquia consistente na ausência de dados sobre o risco de perda das ações judiciais e seu respectivo valor. Saliente-se que a existência de ressalvas, mesmo que pontuais, pode colocar em dúvida toda a informação contida nas demonstrações financeiras.

A PGBC, como unidade responsável pela prestação dos serviços jurídicos à Diretoria e a todas as demais unidades do BCB, diante das considerações da auditoria independente e do aumento da demanda por serviços jurídicos mais especializados, constatou a necessidade de aprimorar sua forma de atuação.

Desse modo, há dez anos, a PGBC vem aplicando princípios de gestão estratégica em seus trabalhos por meio da metodologia de projetos, visando à maior eficiência e eficácia dos serviços prestados às demais unidades do BCB. No planejamento estratégico, são estabelecidas as prioridades de atuação e o direcionamento do perfil de ação para toda a organização. A gestão estratégica, por sua vez, faz a ligação entre essas diretrizes globais e o trabalho de cada um dos setores e pessoas no dia a dia da organização (SELEM, 2010).

Essa ação gerencial, pautada em projetos, está alinhada com as diretrizes do Projeto Mais, projeto corporativo em execução no BCB desde 2009, cujo objetivo é garantir o avanço na gestão da autarquia, executando a gestão com foco em resultados e tornando mais claras as metas, mais eficientes os processos de trabalho e mais estratégico o gerenciamento de projetos.

Para acompanhamento do Planejamento Estratégico, no contexto do Projeto Mais, foi criado o Painel Gestão à Vista, uma página na intranet com a função de transmitir à equipe da Procuradoria-Geral e das demais unidades do BCB informações sobre o andamento dos trabalhos na unidade.

Figura 1 – Desdobramento do Planejamento Estratégico na PGBC



No Painel, demonstra-se a lógica do desdobramento do Planejamento Estratégico na PGBC, conforme Figura 2.

Figura 2 – Lógica do desdobramento



3 Projetos da Procuradoria-Geral do Banco Central

No âmbito da PGBC, encontram-se encerrados os projetos BCJUR e Jornada Jurídica, e estão em andamento os projetos Recuperação de Créditos, Gestão Legal e BCJUR-II.

Os Projetos BCJUR e BCJUR-II tratam do acompanhamento das ações judiciais e da gestão dos respectivos registros jurídico-financeiros e do sistema utilizado para controle de tais registros. O Projeto Jornada Jurídica relaciona-se com a difusão de conhecimento jurídico entre os servidores da PGBC e das demais unidades do BCB, bem como de outros órgãos públicos, por meio da realização de jornadas de estudos jurídicos, que se desdobraram em 26 seminários, com a participação de acadêmicos e autoridades da área jurídica. O Projeto Recuperação de Créditos, por sua vez, refere-se à gestão da dívida ativa e consiste na realização de ações com o fim de recuperar créditos do BCB inscritos em dívida ativa ou depositados judicialmente. Já o Projeto Gestão Legal foi implementado com vistas ao desenvolvimento de processo de gestão estratégica dos serviços jurídicos corporativos prestados pela PGBC.

O acompanhamento do *status* dos indicadores dos projetos em execução é feito por meio do Painel Gestão à Vista, atualizado mensalmente e monitorado pelo Departamento de Planejamento, Orçamento e Gestão (Depog), conforme se observa nas Figuras 3 e 4.

Figura 3 – Status dos indicadores dos projetos e iniciativas

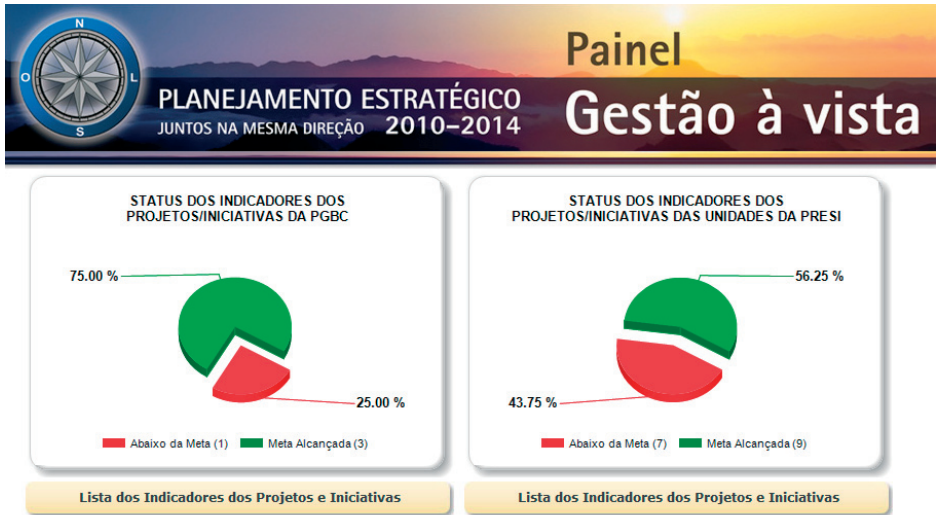


Figura 4 – Lista de indicadores dos projetos e iniciativas

PROJETOS/INICIATIVAS DA PGBC	INDICADORES	MÊS/ANO	STATUS
BCJUR-II	Prazo de identificação dos requisitos de funcionalidades que atendam o processo de negócio	Mar / 2011	●
Gestão Legal	% de etapas previstas para 2010 cumpridas	Mar / 2011	●
Recuperação de Créditos	Índice de recuperação de créditos	Mar / 2011	○
	Índice de bens regularizados e encaminhado ao Poder Judiciário	Mar / 2011	○
	Índice de impulsionamento de execuções fiscais embargadas	Mar / 2011	●
	Índice de promoção de citações	Mar / 2011	●

● Meta Alcançada ● Meta na faixa de tolerância ● Abaixo da meta ○ Indicador não medido

* Data do último valor cadastrado no GPD.

3.1 Projeto BCJUR

O BCB contratou, no ano 2000, empresa de auditoria independente para verificar a exatidão e a confiabilidade das demonstrações financeiras da autarquia. A equipe de auditoria consignou em relatório, na forma de uma ressalva ao balanço do BCB, a falta de informações sobre o risco de perda das ações judiciais e o seu respectivo valor, decorrente da ausência de rotina na PGBC para controle de dados financeiros de ações judiciais.

Considerando-se que o registro de uma ressalva gera desconfianças em relação aos dados das demonstrações financeiras, a PGBC passou a avaliar as contingências judiciais para registro de provisão para perda com base em sua expectativa de ocorrência, definindo que, inicialmente, apenas as ações com decisão de mérito desfavorável, transitadas em julgado, e aquelas com precatórios a pagar fossem provisionadas. Posteriormente, o processo de avaliação seria expandido para as ações pendentes de julgamento, porém, na data de encerramento do balanço patrimonial em 2002, essa avaliação não havia sido concluída, de forma que, no relatório de auditoria externa de dezembro desse ano, foi novamente feita a ressalva de que as ações pendentes de julgamento não tinham ainda sido provisionadas.

Em 2002, diante da necessidade de controlar as atividades desenvolvidas na PGBC e permitir a atividade de aprovisionamento com base em critérios confiáveis, foi feito o primeiro contato formal com o Departamento de Tecnologia da Informação (Deinf) do BCB, objetivando a aquisição de um sistema informatizado para controle e acompanhamento processual e financeiro das ações judiciais, inscrição e controle da dívida ativa e registro e contabilização dos precatórios. No mesmo ano, foi celebrado contrato entre o BCB e uma empresa de informática, que apresentou o produto chamado Sistema Integrado de Controle e Acompanhamento de Ações Judiciais, Dívida Ativa e Precatórios (BCJUR).

O BCJUR era um produto “de prateleira”, ou seja, pronto, com código-fonte da empresa. Assim, para melhor atender às necessidades da PGBC, o sistema começou a ser remodelado no início de 2003. O produto customizado foi disponibilizado em 2004 sem estar totalmente concluído, mas já viabilizando o acesso dos dados de aproximadamente 50 mil ações em andamento na época,

a partir de qualquer terminal na PGBC. A empresa contratada continuou a desenvolver o sistema com a sugestão de alguns usuários, tendo concluído todas as funcionalidades básicas naquele mesmo ano.

O sistema passou a ser utilizado para apuração da provisão para contingências judiciais de acordo com os seguintes critérios: o valor em discussão, a fase processual e o risco de perda. O risco de perda é calculado com base em decisões ocorridas no processo, na jurisprudência aplicável e em precedentes para casos similares. São contabilizadas provisões de 100% do valor em risco (incluindo uma estimativa de honorários de sucumbência) para todas as ações em que o risco de perda seja classificado como provável, ou seja, em que o risco de perda seja avaliado como maior do que 50%. As ações judiciais em que o risco de perda for considerado menor que provável e maior que remoto são consideradas como passivos contingentes, mas não são objeto de provisão.

Apesar de no primeiro semestre de 2005 terem sido realizados ajustes na conta de provisão a fim de se efetuar a devida adaptação às normas internacionais de contabilidade, a equipe de auditoria independente, após verificar as bases de dados existentes no referido sistema, bem como avaliar a aplicação dos critérios de constituição da provisão para contingências, ainda apontou algumas inconsistências no relatório de dezembro 2005, que, pela sua natureza, revelavam a necessidade de maior uniformização da aplicação dos conceitos de determinação do valor provável de desembolso e da perspectiva de desfecho das ações.

Desta feita, em 20 de setembro de 2006, iniciou-se o Projeto Revisão dos Registros e Controles Jurídicos no âmbito da Procuradoria-Geral do Banco Central (Projeto BCJUR), com os objetivos de:

- a) desenvolver competências e habilidades dos servidores da PGBC incumbidos de avaliar e reavaliar o passivo judicial da autarquia, uniformizando as rotinas de avaliação do risco das ações;
- b) desenvolver competências e habilidades dos servidores da unidade para a adequada inserção de registros no sistema BCJUR e correção das eventuais inconsistências, uniformizando as rotinas de registros jurídicos e dos controles financeiros;
- c) reavaliar o enquadramento de aproximadamente 30 mil processos judiciais como contingenciáveis ou não contingenciáveis, compatibilizando as informações dos dossiês com seus registros no sistema BCJUR; e

- d) rever os processos judiciais contingenciáveis, adequando a avaliação do risco às normas do *International Accounting Standard Board* (IASB), e rever os registros jurídicos no BCJUR, ajustando-os às informações constantes dos correspondentes dossiês.

Para cumprir os objetivos descritos na Declaração de Escopo do Plano do Projeto, a Procuradoria-Geral, em parceria com o Departamento de Contabilidade e Execução Financeira (Deafi), o Departamento de Supervisão de Bancos e de Conglomerados Bancários (Desup) e o então Departamento de Gestão de Pessoas e Organização (Depes), desenvolveu e executou o projeto em cinco etapas: Revisão de Manuais; Reuniões de Uniformização de Procedimentos; Análise das Ações Contingenciáveis com Risco de Perda Provável; Análise de todas as Ações Contingenciáveis do Banco Central do Brasil; e Avaliação dos Resultados do Projeto.

Durante a primeira etapa,² foram aprovadas versões iniciais do Manual de Avaliação das Ações Contingenciáveis e não Contingenciáveis e do Manual de Registro e Controle dos Processos Judiciais, que nortearam os trabalhos de avaliação e reavaliação do risco das ações judiciais e de revisão dos registros jurídico-financeiros existentes no sistema BCJUR. Os referidos manuais foram renomeados, respectivamente, de Manual de Avaliação do Risco das Ações Judiciais e Manual de Ações Judiciais.³

Na etapa seguinte, foram realizados encontros de trabalho na Procuradoria-Geral, em Brasília, e nas procuradorias-regionais no Rio de Janeiro e em São Paulo, no período de 16 de outubro a 10 de novembro de 2006, com o objetivo de divulgar os procedimentos fixados nos dois manuais referidos, sem prejuízo da verificação e análise dos assuntos relativos à estimativa de risco e à identificação do valor de interesse nas ações judiciais contingenciáveis, levando em conta a necessidade de revisão dos registros jurídico-financeiros no sistema BCJUR, para provisão do passivo judicial do BCB, em consonância com as normas editadas pelo IASB. Participaram das reuniões de trabalho, inicialmente, 142 servidores lotados nos componentes centrais e descentralizados da

2 A equipe de trabalho constituída para essa etapa era formada por oito servidores (da PGBC e de outras unidades do BCB).

3 Instituídos, respectivamente, pela Ordem de Serviço PGBC nº 4.374, de 2 de junho de 2008, e pela Portaria nº 37.240, de 20 de novembro de 2006.

Procuradoria-Geral. Entre outubro de 2006 e novembro de 2008, em virtude do ingresso de novos servidores na unidade, a PGBC realizou outros encontros de trabalho para dirimir as dúvidas sobre a padronização de procedimentos referentes tanto à avaliação e a reavaliação do risco das ações judiciais quanto aos registros jurídico-financeiros das ações no sistema BCJUR, havendo a participação de 245 servidores.

Após serem definidas as equipes de trabalho para execução da terceira e da quarta etapa nos componentes centrais e descentralizados da PGBC,⁴ foram revisadas, na terceira etapa, 2.398 ações judiciais que supostamente continham pedido de valores financeiros ao BCB, estimativa de risco de perda provável e relevância jurídica ou financeira, adequando-as às normas internacionais de contabilidade, de acordo com as recomendações constantes do Voto BCB nº 235, aprovado pela Diretoria Colegiada em 19 de junho de 2002. Após analisados, foram encerrados, na época, 148 processos judiciais. Dos 2.250 processos que permaneceram em curso, 54 eram não contingenciáveis e 2.196 continham, no objeto da ação, pedido de valores financeiros ao Banco Central, sendo que 1.699 tiveram valores provisionados, em função do risco de perda atribuída às demandas e da expectativa provável de sua ocorrência. Os demais 497 processos em que havia pedido de valores para solução do litígio não ofereciam risco de perda provável.⁵

Durante a quarta etapa, foram avaliadas e revisadas as ações judiciais consideradas contingenciáveis, com valores financeiros passíveis de provisão, bem como as ações não contingenciáveis, uma vez que era imprescindível verificar se a classificação realizada pela PGBC em 2003 estava em conformidade com as regras estabelecidas no novo Manual de Avaliação do Risco das Ações Judiciais, elaborado na primeira etapa. Assim, entre outubro de 2006 e dezembro de 2008, a PGBC avaliou e revisou 32.513 ações judiciais, sendo 5.259 durante o ano de 2008. **Em decorrência dessa atuação, foram encerrados 13.165 processos, correspondendo a 40,49% daqueles revisados nos dois anos e três meses de vigência do Projeto BCJUR.** Em 12.112 dos processos encerrados, o resultado foi favorável ao Banco Central, ao passo que em 933 foi desfavorável, e em 120 a autarquia foi excluída da lide ou houve extinção da ação sem

4 Participaram como subgerentes 23 servidores da PGBC de todas as praças.

5 O quantitativo de ações judiciais revisadas foi verificado no sistema BCJUR em 9 de dezembro de 2008.

juízo de mérito. O Anexo A traz um quadro dos processos revisados no âmbito do Projeto BCJUR entre 1º de outubro de 2006 e 31 de dezembro de 2008 no qual se demonstra o percentual dos processos encerrados. **Considerando-se um período maior, de 2004 a abril de 2011, o número de processos encerrados é 36.923, conforme quadro e gráfico constantes do Anexo B.**

Na quinta e derradeira etapa, foram constituídos grupos de trabalho⁶ para, no período de 2 de junho a 26 de setembro de 2008, rever e avaliar a consistência dos ajustes e registros lançados no BCJUR, nas ações judiciais contingenciáveis, considerando o disposto no Manual de Avaliação do Risco das Ações Judiciais e os quesitos constantes do Anexo C. Nessa avaliação de resultados, foram apuradas as médias gerais de 86,88% de acertos nos quesitos do processo judicial e de 85,55% de acertos nos quesitos do Sistema BCJUR, relacionados com os ajustes de registros processuais.

Após a verificação, processos foram encaminhados aos órgãos jurídicos da Procuradoria-Geral para correção das inconsistências apuradas e apontadas pelos grupos de trabalho. Todos os processos que ainda continham alguma inconsistência foram revistos, reavaliados e atualizados pelos componentes responsáveis pelo acompanhamento judicial, regularizando-se os dossiês e os seus registros no sistema BCJUR.

Por meio de análise e revisão, processo a processo, a PGBC pôde avaliar o risco e estimar o valor de interesse, para efeito de provisão nos termos das normas expedidas pelo IASB, de cada uma das ações judiciais contingenciáveis que são propostas contra o Banco Central e que podem causar impacto financeiro na hipótese de derrota perante o Poder Judiciário.

Como resultado dos esforços empreendidos no âmbito do Projeto BCJUR, a empresa de auditoria independente, no relatório de dezembro de 2007, deu-se por satisfeita com o processo de provisionamento executado pela PGBC e deixou de registrar ressalvas a respeito, o que permanece até hoje. O projeto encerrou-se em 31 de dezembro de 2008.

⁶ Foram quatro grupos de trabalho, compostos, os três primeiros, por sete servidores e o último por oito servidores.

3.2 Projeto BCJUR-II

No relatório de encerramento do Projeto BCJUR, foi registrada a existência de limitações estruturais de arquitetura, apontadas em laudo técnico apresentado pelo Deinf à PGBC, que impediriam o desenvolvimento evolutivo do atual sistema BCJUR, por meio do qual são acompanhadas as ações judiciais de interesse da autarquia.

Por essa razão, foi reconhecida a necessidade de desenvolver novo sistema, adotando as melhores práticas de programação, com o objetivo de construir sistema passível de desenvolvimento evolutivo, de modo a viabilizar a otimização de suas bases de dados, a integração com outros sistemas internos e externos ao Banco Central e, por via de consequência, a redução de custos e riscos da atividade jurídica.

Iniciou-se, assim, o Projeto BCJUR-II, ora em execução, que busca desenvolver o novo sistema, contribuindo, em última análise, para o aprimoramento da organização e da estrutura de governança corporativa do Banco Central pela transparência, eficiência e eficácia de seus instrumentos de controle financeiro interno e de registros jurídicos.

O novo BCJUR está sendo desenvolvido para funcionar não apenas como um sistema de registros jurídicos e controles financeiros relacionado exclusivamente à atuação judicial da PGBC, mas como uma plataforma para a execução do trabalho jurídico mesmo, abrangendo inclusive as atividades de consultoria legal. Do modo como concebido, o novo sistema, diferentemente do atual, extrairá boa parte de seus registros, automaticamente, do próprio trabalho dos procuradores do Banco Central, o que, além de aumentar significativamente a confiabilidade dos dados, reduzirá o custo de atividades burocráticas de mero registro, aperfeiçoando a gestão de informações jurídicas e os controles financeiros correspondentes.

O novo BCJUR permitirá a elaboração das manifestações jurídicas no próprio sistema, oferecendo aos Procuradores e aos seus supervisores o auxílio de funcionalidades relacionadas a distribuição do serviço, trabalho cooperativo e de revisão, registro de atividades, incluindo o tratamento de consultas informais dirigidas aos Procuradores e a concepção de estratégias processuais, controle de prazos, pesquisa de precedentes, registro de vinculações entre processos e manifestações etc. Permitirá também a emissão mais eficiente de relatórios

customizados, facilitando o acompanhamento das atividades da PGBC, para fins de gestão e de atendimento a demandas de órgãos de controle.

Além disso, o novo sistema, como referido, permitirá a integração com outros sistemas, tanto internos, como o Sistema de Processamento Eletrônico de Documentos do Banco Central (e-BC), o Sistema de Custos e Informações Gerenciais e o Sistema Contábil da autarquia, quanto externos, como sistemas de tribunais, de órgãos de controle e da Advocacia-Geral da União (AGU).

Outra nota distintiva do desenvolvimento do novo sistema é a adoção da metodologia Ágil, que envolve constante atuação conjunta das áreas de tecnologia da informação e de negócios, permitindo entregas mais proveitosas em períodos mais curtos.

A construção do novo BCJUR, tal como atualmente prevista, contempla os módulos Consultoria Legal; Feitos Judiciais, Provisão, Contabilidade e Atualização de Valores; Dívida Ativa; e Precatórios.

A execução do Projeto BCJUR-II, por seu turno, divide-se em seis etapas: Verificação/Mapeamento de Processos de Trabalho (inclusive com redesenho); Realização de *Benchmarking*; Concepção do Projeto de TI; Elaboração do Projeto de TI; Construção do Sistema de TI; e Transição/Migração.

O término do Projeto, iniciado em abril de 2010, está previsto para outubro de 2013.

3.3 Projeto Jornada Jurídica

O projeto de integração de conhecimentos entre a Procuradoria-Geral e as unidades do Banco Central (Projeto Jornada Jurídica) ocorreu em 2004 e 2005 e teve como objetivo estreitar relacionamentos e difundir conhecimentos jurídicos entre os servidores da PGBC e das demais unidades do BCB, bem como de outros órgãos públicos, proporcionando atualização do conhecimento e especialização dos servidores em diversos assuntos da área jurídica.

No contexto do projeto, foram implementadas jornadas de estudos jurídicos específicos no BCB por meio da realização de diversos eventos. Em 2004, foram realizados dezoito seminários nos quais foram abordados os seguintes temas: Os Juros no Novo Código Civil e a Taxa Selic; O Processo Administrativo

no Âmbito da Supervisão Bancária; Norma Regulatória e o Acesso ao Mercado Financeiro no Brasil; Liquidação Extrajudicial – Responsabilidade dos administradores e controladores de instituições financeiras; O Combate à Lavagem de Dinheiro no Brasil e no Exterior; Prescrição na Instância Administrativa; O Sigilo Bancário após a Lei Complementar nº 105, de 2001; O Banco Central e o Sistema Financeiro Internacional; Aposentadoria e Previdência Complementar à Luz da Emenda Constitucional nº 41; O Regime Jurídico de Capital Estrangeiro e de Câmbio no Brasil; A Interpretação dos Princípios Básicos da Constituição; A Executoriedade das Decisões Judiciais e o Bacen Jud; Improbidade Administrativa; Recursos nos Tribunais Superiores; Licitação e Contrato Administrativo; Revisão do Processo Administrativo no âmbito do BC; A Contribuição da Perícia Contábil para o Processo Decisório Judicial e Extrajudicial; e A Defesa do Estado em Juízo.

Em 2005, oito seminários trataram dos temas seguintes: A Recuperação da Empresa na Nova Lei de Falências; O Direito Sancionador no Âmbito do Sistema Financeiro Nacional; Dos Crimes no Âmbito do Sistema Financeiro; A Reforma do Judiciário; O Sistema de Pagamentos Brasileiro – A contraparte central; Moeda Virtual como Meio de Pagamento; Contratos Bancários na Visão dos Tribunais; e O Sistema Financeiro Nacional e a Constituição.

As jornadas tiveram a presença média de 180 participantes por evento em 2004 e 120 participantes em 2005, entre Procuradores, Analistas e Técnicos do BCB, representantes da Advocacia Pública Federal e servidores de outros órgãos e entidades da Administração Pública. Como palestrantes, além de servidores da PGBC e de várias outras unidades do BCB, tomaram parte dos seminários Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho, membros de Tribunais Regionais Federais, juristas e professores de Direito, evidenciando o prestígio da iniciativa da PGBC nos meios jurídico, financeiro e acadêmico.

Destaque-se o resultado obtido a partir da média das avaliações realizadas em cada evento do projeto, de 88,7% de satisfação dos participantes, percentual superior ao resultado previsto no plano do projeto (70%), o que demonstra seu sucesso.

O Projeto Jornada Jurídica, encerrado em 12 de dezembro de 2005, alcançou, portanto, os benefícios esperados, uma vez que promoveu a atualização do

conhecimento jurídico e sua integração com o conhecimento técnico no âmbito do Banco Central, que constituem fatores de vital importância para o desempenho das atribuições da autarquia como entidade reguladora do Sistema Financeiro Nacional, bem como contribuiu para o estreitamento da relação entre os departamentos do BCB e deste com órgãos jurídicos externos.

3.4 Projeto Recuperação de Créditos

O Projeto Recuperação de Créditos (PRC) surgiu da necessidade de racionalizar a estrutura de cobrança de créditos inscritos em dívida ativa, mediante o aprimoramento da gestão da dívida ativa pela PGBC, que atuava apenas quando provocada pelo Poder Judiciário.

Esse projeto está relacionado à atribuição legal da PGBC de “apurar a liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às atividades do Banco Central, bem como proceder à inscrição na dívida ativa destes créditos para efeito de cobrança administrativa e judicial” (art. 4º da Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998).

O Projeto Recuperação de Créditos iniciou-se em 2006 e tem como objetivo recuperar os créditos do Banco Central que se encontrem em processo de execução fiscal ou em depósitos judiciais realizados em razão do ajuizamento de ações rescisórias e da impugnação de valores de precatórios, por meio do exame de todas as ações de execução fiscal ajuizadas e dos processos nos quais haja depósitos judiciais, bem como da posterior adoção em cada um deles das providências administrativas e processuais cabíveis.

Posteriormente, o escopo do projeto foi ampliado pelo Voto BCB nº 121, aprovado pela Diretoria Colegiada em 9 de abril de 2008, para incluir atividades voltadas à regularização dos bens sequestrados em ações penais decorrentes do furto ocorrido no Departamento do Meio Circulante (Mecir) em Fortaleza, viabilizando sua alienação.

Para atingir seus objetivos, são executadas, no âmbito do Projeto, diversas ações, como se segue.

- a) Visitas ao Poder Judiciário: foram visitadas, na primeira fase do projeto, 316 comarcas sede de execuções fiscais de responsabilidade do Banco

Central. Todas as execuções fiscais (total de 2.987, na data-base de 14/8/2006) da autarquia foram examinadas, consolidando-se os dados decorrentes desse exame para fins gerenciais. Visitaram-se igualmente todos os Presidentes de Tribunais Regionais Federais e Diretores de Foros Federais.

- b) Confecção do Relatório das Execuções Fiscais do Banco Central: o Relatório foi traduzido em quadros e tabelas que permitiram obter uma visão panorâmica sobre a situação das execuções fiscais em andamento no início do projeto.
- c) Contato com outras procuradorias arrecadadoras: foram feitas visitas aos Coordenadores-Gerais e Procuradores-Chefes de outras procuradorias arrecadadoras com reconhecida experiência na recuperação de créditos, no Distrito Federal e em outras localidades.
- d) Relatório dos Procedimentos para o Aprimoramento da Recuperação de Créditos do Banco Central: propôs-se a adoção de Manual de Procedimentos para as Execuções Fiscais.⁷ O Manual estabeleceu diretrizes iniciais, discriminou as diligências a serem adotadas nas execuções fiscais, apresentou minutas de expedientes comuns e, a par dos normativos de regência, destacou rotinas aplicáveis ao pagamento e ao parcelamento da dívida ativa.
- e) Identificação de bens passíveis de penhora e localização de devedores: a PGBC contratou empresa especializada para garantir atuação próspera na busca de bens.
- f) Avaliação de resultados: os resultados do projeto são alvo de avaliação geral bimestral e anual para análise do andamento das atividades e do grau de alcance dos correlatos indicadores.
- g) Edição da Portaria nº 48.651, 30 de dezembro de 2008: o normativo define, para os efeitos do art. 14 da Lei nº 11.371, de 28 de novembro de 2006, os débitos considerados de pequeno valor ou de comprovada inexecutabilidade, oriundos de multas administrativas de competência do BCB.
- h) Edição da Portaria nº 52.547, de 17 de agosto de 2009: o normativo

⁷ Foi instituído pela Ordem de Serviço PGBC nº 4.320, de 1º de outubro de 2007.

dispõe sobre as diligências necessárias à verificação da inexecutabilidade de débitos provenientes de multas administrativas do BCB.

- i) Estabelecimento de metas e indicadores.

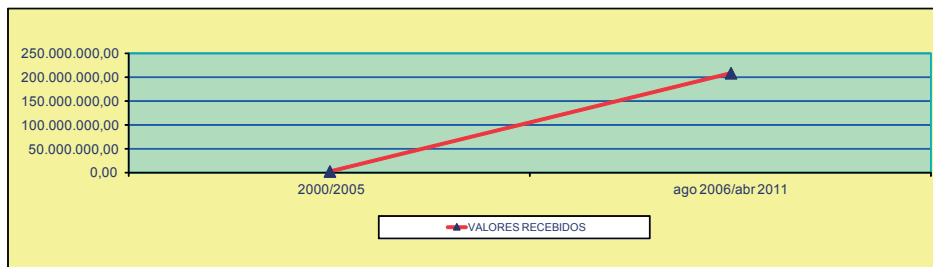
As metas desenvolvidas no Projeto Recuperação de Créditos foram as seguintes.

- a) Diligências para a realização de citação no prazo de 180 dias, em todas as execuções fiscais, com prioridade às execuções que completaram cinco anos ou com mais tempo de ajuizamento, justificada por escrito a impossibilidade de se concretizar a citação no prazo previamente estabelecido.
- b) Impulso dos processos parados por mais de seis meses, salvo motivo expressamente justificado, com a promoção de diligências consideradas obrigatórias indicadas no Manual de Procedimento, priorizando os processos com maior probabilidade de retorno financeiro.
- c) Exames de processos ajuizados havia mais de dez anos, de devedores citados ou não, com a apresentação de relatório à coordenação especializada, contendo análise conclusiva acerca da incidência de prescrição intercorrente e os considerados inexecutáveis.
- d) Baixa dos processos considerados de pequeno valor – menos de R\$10 mil.
- e) Visitas às comarcas, seções e subseções judiciárias federais nas quais havia processos com garantia, firmando contato com os juízes.
- f) Saneamento dos processos para verificação de execuções fiscais prescritas, execuções fiscais sem localização de bens e execuções fiscais envolvendo devedores falidos, insolventes e liquidados extrajudicialmente, sem a existência de bens suficientes à satisfação da dívida.
- g) Impulso aos processos com garantia, em exame presencial, e qualificação dos bens penhorados com a utilização do critério percentual de garantia do crédito, mediante confrontação dos valores de todos os bens e direitos passíveis de constrição judicial integrantes do patrimônio do devedor com o valor consolidado de seu débito em execução.

Como resultado das ações implementadas, foram recuperados R\$207.867.671,54 entre agosto de 2006 e abril de 2011. Se confrontados com os valores recebidos entre 2000 e 2005 (período anterior à implantação do projeto),

que atingiram o total de R\$2.001.429,05, verifica-se o incremento na recuperação dos créditos, conforme ilustra o Gráfico 1.

Gráfico 1 – Projeto Recuperação de Créditos – Evolução dos valores recebidos



Não obstante o êxito do Projeto, a partir das análises já realizadas, observa-se que a maioria dos créditos é de difícil recuperação, que grande parte dos bens encontrados possui valor irrisório e que um grande número de processos com garantia suficiente para satisfazer o crédito estão impugnados por embargos à execução ou exceção de pré-executividade. Saliente-se que, nas mais de 3 mil execuções fiscais do BCB, em apenas 311 foram encontrados bens dos devedores.

Além de viabilizar a recuperação de milhões de reais em créditos, o Projeto Recuperação de Créditos promoveu uma mudança cultural na atuação da PGBC, a partir do reconhecimento da importância da gestão da dívida ativa e de uma atuação proativa pelos Procuradores e Especialistas que lidam com o assunto. Ademais, a partir da implementação do PRC, orientações quanto a procedimentos passaram a constar em manuais, e houve a criação da Coordenação-Geral de Processos da Dívida Ativa e Execução Fiscal (Codiv), garantindo, assim, o aperfeiçoamento da comunicação entre as representações da PGBC e, conseqüentemente, tratamento uniforme e mais eficiente na condução das execuções fiscais. O encerramento do projeto está previsto para novembro de 2011.

3.5 Projeto Gestão Legal

Diante da ampliação das competências da Procuradoria-Geral do Banco Central consolidada pela alteração do Regimento Interno do Banco Central (Portaria BCB nº 43.003, de 31 de janeiro 2008), que conferiu ao

Procurador-Geral novas atribuições, especialmente na área de gestão do pessoal da unidade, e do aumento da demanda por seus serviços, evidenciado pelo crescimento do número de suas manifestações jurídicas nos últimos anos, com a evolução de 36.749 registros em 2000 para 51.720 em 2007, tornou-se indispensável o desenvolvimento de um processo de gestão estrategicamente planejada no âmbito da PGBC.

Nesse contexto, iniciou-se, em 2009, o Projeto Gestão Estratégica de Serviços Jurídicos Corporativos – Ações prospectiva e executiva (Projeto Gestão Legal), cujo objetivo é desenvolver o processo de gestão estratégica dos serviços jurídicos corporativos para aumentar a eficiência dos serviços prestados pelo corpo funcional da PGBC, fortalecendo ações preventivas e orientadoras da área jurídica em relação às demais unidades do BCB. O projeto está alinhado ao Objetivo Estratégico nº 7 do Planejamento da autarquia para o ciclo 2010-2014: “aprimorar a governança, a estrutura e a gestão da Instituição”.

Para atingir o objetivo de incremento da eficiência dos serviços, o Projeto Gestão Legal prevê a realização de diversas ações relacionadas a gestão de pessoas, entre as quais o desenvolvimento e a capacitação do corpo funcional, sistema eletrônico, comunicação, administração financeira, revisão de processos de trabalho e redação de manuais, conforme ilustra a Figura 5.

Figura 5 – Previsão de ações relacionadas a gestão de pessoas – Projeto de Gestão Legal



Dessa forma, fazem parte do escopo do Projeto Gestão Legal as ações seguintes.

- a) Prospecção dos processos de trabalho da PGBC.⁸
- b) Aprimoramento da comunicação intradepartamental.
- c) Criação de agenda e realização de eventos entre os componentes da PGBC e as áreas clientes (Diretores e departamentos).
- d) Aprimoramento da relação e comunicação com as áreas clientes e com órgãos externos.
- e) Realização do I e do II Encontro Nacional da PGBC.
- f) Organização de Seminário Nacional ou Internacional sobre Gestão Jurídica.
- g) Definição das estratégias de gestão.
- h) Definição da metodologia de revisão do planejamento estratégico da PGBC.
- i) Construção de um plano de educação continuada.
- j) Capacitação por meio da realização de treinamentos internos sobre Técnicas de Reunião, Gestão por Competências e MBTI e Processos de Trabalho e Sistemas Eletrônicos, além da participação de servidores em congressos e encontros sobre temas ligados ao projeto.
- k) Preparação dos processos de gestão da PGBC para implantação do processo eletrônico.
- l) Normatização dos procedimentos e rotinas da PGBC.

Ressalte-se que não faz parte do escopo a identificação de *benchmarking*, pois tal atividade mostrou-se inviável pela constatação de que na Advocacia Pública Nacional não existe sistema de gestão estratégica desenvolvido que possa ser utilizado como parâmetro. Além disso, as práticas desenvolvidas pela advocacia privada na temática da gestão estratégica são voltadas a objetivos totalmente diversos das finalidades buscadas pela Advocacia Pública. Ademais, detectou-se que as práticas da advocacia internacional não servem de parâmetro, haja vista a organização dos sistemas jurídicos internacionais ser bem diferente da brasileira.

8 O mapeamento de processos de trabalho da PGBC não faz parte do escopo, porém ações nesse sentido serão desenvolvidas em parceria com as unidades responsáveis pelos projetos referentes à modernização da gestão no Banco Central.

Não obstante, o Projeto Gestão Legal teve o plano de trabalho aprovado, oficialmente, em março de 2010. Porém, desde setembro de 2009, a equipe do projeto realizou ações visando à prospecção das atividades prioritárias que deveriam ser tratadas.

Inicialmente, houve aplicação de um questionário-diagnóstico com quarenta perguntas,⁹ cujos resultados são essenciais para orientar a definição das prioridades e das mudanças necessárias no âmbito da gestão da unidade.

Na área de pessoal, desde abril de 2010, a equipe do projeto vem desenvolvendo atividades para a implementação da Gestão por Competências na Procuradoria-Geral. O trabalho começou com a revisão da nomenclatura dos postos de trabalho e mapeamento das respectivas competências, o que resultou num total de 75 postos revisados e 47 competências identificadas. O mapeamento das competências trouxe a oportunidade de melhor conhecimento da força de trabalho da unidade, bem como permitiu alocação de pessoas de forma mais adequada em cada atividade. Ademais, a identificação dos requisitos para cada posto de trabalho na PGBC auxiliou na construção do plano de educação continuada da área jurídica.

A descrição das competências e a identificação dos níveis de entrega de cada uma delas passaram por uma validação pelos membros da PGBC em evento que contou com quinze turmas em todo o país para discussão do tema. A próxima etapa será a execução da atividade “contratação”, que é o momento em que cada gerente deve pontuar o que espera dos membros da sua equipe, para depois avaliá-los. O processo exige um período de pelo menos dois meses de observação antes das avaliações, que estão previstas para ocorrer a partir de 15 de agosto de 2011 e cujos resultados subsidiarão a elaboração da Proposta Anual de Capacitação (PAC) para 2012.

Além disso, foi estabelecido um plano de comunicação, com a capacitação de todos os servidores em técnicas de reunião, e realizados encontros presenciais frequentes e atualizados diariamente os meios de divulgação das notícias, o que aumentou a participação dos Procuradores e especialistas na atividade de gestão da PGBC. Concluídos os cursos de capacitação em técnicas de reunião, foi fixada uma agenda de reuniões para a melhoria da comunicação intradepartamental.

9 O questionário-diagnóstico foi respondido pela maior parte dos servidores lotados na PGBC: foram 252 respondentes, dos quais 134 eram Procuradores, e 118, Especialistas.

Os resultados e as pendências das reuniões são anotados em atas divulgadas em meio eletrônico acessível a todos.

Em novembro de 2010, o Projeto Gestão Legal viabilizou a realização do I Encontro Nacional da Procuradoria-Geral do Banco Central, em Curitiba, que reuniu 70% de todos os servidores da unidade (Procuradores, Analistas e Técnicos). O encontro representou oportunidade ímpar para o intercâmbio de conhecimentos e experiências, para o estreitamento das relações humanas e, principalmente, para a reflexão a respeito das perspectivas de aprimoramento da atuação da PGBC.

Em 2011, foi dado início a um ciclo de cursos em processo eletrônico para capacitar todo o corpo funcional da PGBC no uso do e-BC, sistema em implementação no BCB. O processo eletrônico está sendo posto em funcionamento de forma gradativa e a boa recepção do novo formato deve-se à realização desses cursos, cujo sucesso foi tal que outros departamentos estão usando o mesmo material de facilitação adotado.

Finalmente, estão em andamento as atividades voltadas ao aprimoramento da relação interdepartamental, com a realização de entrevistas aos membros do gabinete de cada departamento do Banco Central. Os resultados desses encontros são registrados em ata aprovada por todos os participantes e passam a constar da documentação oficial para revisão do planejamento estratégico da PGBC nos próximos anos.

Desde seu advento, o projeto Gestão Legal tem gerado bons frutos à gestão da Procuradoria-Geral. Ressalte-se que a simples criação de espaço para a equipe pensar e repensar as rotinas de trabalho tem produzido melhorias nos processos adotados e, conseqüentemente, resultados mais eficientes.

A previsão para o encerramento do Projeto é março de 2012, porém várias iniciativas no âmbito do Gestão Legal serão consolidadas como atividades da unidade.

4 Modificações na estrutura organizacional da PGBC

A Procuradoria-Geral do Banco Central divide-se em órgãos centrais e descentralizados, na forma estabelecida no organograma por funções e áreas de supervisão constante do Anexo D, totalizando 26 componentes.

Os órgãos centrais, localizados em Brasília, são: as coordenações-gerais; o Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Banco Central (Cejur); a Assessoria de Gestão Estratégica (Asseg); a Coordenação de Suporte à Gestão da Procuradoria-Geral (Cosug); a Coordenação de Suporte à Gestão da Carreira de Procurador (Cosuc); e a Gerência de Registros Jurídicos e Controles Financeiros (Gecon).

Os órgãos descentralizados, situados nas regionais do BCB em São Paulo, no Rio de Janeiro, em Belo Horizonte, em Porto Alegre, em Curitiba, no Recife, em Salvador, em Fortaleza e em Belém, bem como na sede, em Brasília, conforme o mapa do Anexo E, dividem-se em duas categorias: a) as procuradorias-regionais, em número de cinco, cada uma com sede nas mesmas cidades onde se situam os tribunais regionais federais – com atuação em primeira instância em seu estado-sede, e em outros eventualmente abrangidos em sua jurisdição, e em segunda instância na Justiça Federal em toda a região); e b) as procuradorias do Banco Central nos Estados, também em número de cinco (Minas Gerais, Paraná, Bahia, Ceará e Pará), que atuam em primeira instância no estado onde se situam e eventualmente em outro(s) estado(s) abrangido(s) em sua jurisdição, bem como nos respectivos tribunais regionais do Trabalho.

A atual estrutura organizacional da PGBC é fruto de modificações efetivadas no contexto da gestão estratégica da unidade, sempre voltada para a eficiência dos processos de trabalho. Nesse sentido, foram criadas as câmaras temáticas e o Centro de Estudos Jurídicos, bem como o cargo de Procurador-Geral Adjunto, cabendo a este a assistência ao Procurador-Geral na condução das atividades administrativas da Procuradoria-Geral, como a supervisão das ações relativas a inspeções e correções nos componentes da unidade e de atividades relacionadas a governança corporativa, processo eletrônico, projetos corporativos, planejamento e orçamento, administração financeira e contabilidade, entre outras, e sua substituição nos casos de afastamento ou impedimento.

Há ainda o componente da Chefia do Gabinete do Procurador-Geral (PGGAB), responsável pelo assessoramento jurídico direto e imediato ao Procurador-Geral, em especial nos assuntos ligados à área de consultoria monetária e internacional, excetuadas as questões relacionadas com as áreas de contencioso judicial ou administrativo. A Subchefia do Procurador-Geral (SGPRO) está vinculada à PGGAB e atua como órgão consultivo.

4.1 Câmaras temáticas

Por meio da Portaria nº 38.957, de 23 de março de 2007, foram implantadas, na estrutura da PGBC, as câmaras temáticas, o que conferiu maior especialização aos Procuradores em relação a suas áreas de atuação. Essa reorganização foi fruto de planejamento estratégico da PGBC. Atualmente, após modificações sucessivas promovidas por diversas portarias, a definição, as atribuições, a composição e o funcionamento das câmaras temáticas estão previstos nas portarias nº 59.979 e nº 59.983, ambas de 2 de setembro de 2010.

As câmaras temáticas são órgãos de natureza consultiva, incumbindo-lhes promover a análise de matérias relevantes com o objetivo de fixar orientação, uniformizar interpretação, aprimorar teses de defesa e fornecer subsídios para a tomada de decisões por parte dos Subprocuradores-Gerais em suas respectivas áreas de atuação. Além disso, cabe também às câmaras propor a adoção de programas e projetos voltados para suas respectivas áreas de atuação a fim de viabilizar alternativas de solução para as demandas de natureza consultiva ou contenciosa.

Tais órgãos têm como titular um Subprocurador-Geral e compõem-se de uma ou mais coordenações. Os Subprocuradores-Gerais titulares, além de concentrarem atribuições administrativas sobre os componentes da câmara, que lhe são subordinados, sobrepõem-se hierarquicamente a estes do ponto de vista técnico em todas as matérias que lhe são afetas, todas relacionadas a áreas-fim no âmbito da Procuradoria-Geral.

As atribuições de cada câmara estão detalhadas no Quadro 1.

Quadro 1 – Atribuições definidas na Portaria nº 59.979, de 2 de setembro de 2010¹⁰

Câmara Temática	Coordenação(ões)-geral(is)	Atribuições
Câmara de Consultoria Bancária e Regulação Geral (CC1PG)	Coordenação-Geral de Processos de Consultoria Bancária e de Normas (Coban)	Consultoria em matéria atinente à elaboração de normas regulamentares pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e pelo BCB versando sobre regulação do sistema financeiro, com exceção daquelas que envolvam política monetária e internacional, cuja análise compete à Chefia de Gabinete do Procurador-Geral (PGGAB).
Câmara de Contencioso Judicial e Execução Fiscal (CC2PG)	Coordenação-Geral de Processos da Dívida Ativa e Execução Fiscal (Codiv)	Inscrição dos créditos da autarquia dívida ativa, a fim de possibilitar sua cobrança judicial por meio do ajuizamento das cabíveis execuções fiscais, e atuação em ações judiciais correlatas.
	Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes (COJUD)	Atuação contenciosa da PGBC nos tribunais superiores e no Supremo Tribunal Federal; Atuação contenciosa nas ações relevantes em curso em Brasília e revisão dos feitos relevantes em curso no resto do país.
Câmara de Consultoria Administrativa e Assuntos Penais (CC3PG)	Coordenação-Geral de Processos de Consultoria Administrativa (COADM)	Consultoria em matéria administrativa, abrangendo pessoal, procedimentos administrativos disciplinares e licitações e contratos.
	Coordenação-Geral de Processos de Consultoria e Representação Penal (Copen)	Consultoria e representação penal; Atendimento a demandas relacionadas com o Ministério Público, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras e os órgãos de investigação policial; Análise de propostas de comunicação de crime ou indício de sua prática ao Ministério Público e o acompanhamento de seus resultados; Intervenção, como assistente de acusação, em ações penais de interesse do BCB.
Câmara de Contencioso Administrativo e Consultoria de Regimes Especiais (CC4PG)	Coordenação-Geral de Processos de Contencioso Administrativo e Consultoria de Regimes Especiais (Copad)	Consultoria em processos administrativos decorrentes da atuação fiscalizatória da autarquia, bem como atua em processos de intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras.

¹⁰ Após a submissão deste artigo para publicação, ocorreu nova reestruturação e organização das áreas de atuação na Procuradoria-Geral, de maneira que a Portaria nº 59.979, de 2010 foi revogada pela Portaria nº 66.931, de 31 de agosto de 2011.

4.2 Criação do Centro de Estudos Jurídicos

Com o intuito de melhor gerir as demandas de treinamentos e atividades de capacitação, assim como a organização da Biblioteca da Procuradoria-Geral do Banco Central (Biblioteca da PGBC), foi criado, por meio da Portaria nº 40.549, de 15 de agosto de 2007, o Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Banco Central (Cejur).

Atualmente, a missão básica do Cejur é a identificação das necessidades de capacitação dos Procuradores e especialistas lotados na PGBC, a implementação das ações destinadas a suprir tais carências e a difusão do conhecimento jurídico resultante das ações. Também fica a cargo desse órgão a gestão dos membros da carreira de Procurador do Banco Central e a gestão da comunicação na PGBC.

São algumas das atribuições do Cejur: *i*) identificar e descrever, observados a metodologia, os critérios e os procedimentos definidos pelo Depog, as competências profissionais requeridas para o exercício das atribuições afetas à Procuradoria-Geral; *ii*) identificar necessidades extracurriculares de capacitação na área jurídica; *iii*) colaborar com a Universidade Banco Central do Brasil (UniBacen) na formulação de currículos e na implementação de eventos educacionais relacionados com o saber jurídico para outras áreas do BCB ou para clientes externos; promover e apoiar, no âmbito do BCB, pesquisa jurídica, bem como sua divulgação, inclusive por meio de publicações institucionais; *iv*) colaborar com o Depes na identificação de conteúdos jurídicos para os concursos públicos do BCB; *v*) promover, em conjunto com a UniBacen, ações de intercâmbio e cooperação com outras entidades, tendo como objetivo o desenvolvimento e a consolidação de conhecimentos jurídicos; *vi*) supervisionar e coordenar as atividades relacionadas com a atuação do Agente de Desenvolvimento e Treinamento (ADT) e dos Subagentes de Desenvolvimento e Treinamento designados pelo Procurador-Geral; *vii*) coordenar as atividades da Biblioteca da PGBC.

O Cejur é responsável, ainda, pela supervisão das atividades relacionadas com a Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central (Revista da PGBC), que, em seu primeiro número, publicado em dezembro de 2007, já ofereceu instigantes e informativos estudos e pareceres jurídicos sobre temas de grande relevância para a administração da política monetária e para o exercício da supervisão bancária.

Quanto à sua divulgação, o Cejur distribuiu 955 exemplares físicos da última edição e disponibilizou exemplares digitais de todas as publicações no sítio do BCB na internet.¹¹

5 Considerações finais

Diversas ferramentas estão sendo concebidas e utilizadas para dar suporte ao processo de gestão estratégica no Banco Central do Brasil e em sua Procuradoria-Geral.

Entre os resultados das ações desenvolvidas no âmbito dos projetos detalhados ao longo deste artigo, destacam-se: *i*) acompanhamento das ações judiciais e da gestão dos respectivos registros jurídico-financeiros de forma mais eficiente, com o uso de sistema específico para controle de tais registros, cuja nova versão está em desenvolvimento; *ii*) revisão dos registros jurídico-financeiros e capacitação dos servidores para evitar inconsistências em tais registros; *iii*) encerramento de milhares de processos;¹² *iv*) adequação da avaliação do risco às normas do IASB e estabelecimento de procedimento de provisionamento com base em critérios confiáveis, conforme reconhecido por empresa de auditoria independente; *v*) elaboração de manuais sobre procedimentos diversos; *vi*) atualização do conhecimento jurídico e sua integração com o conhecimento técnico no âmbito do BCB; *vii*) estreitamento do relacionamento dos departamentos do BCB; *viii*) recuperação de milhões de reais em créditos por meio da racionalização da estrutura de cobrança de créditos inscritos em dívida ativa; *ix*) estabelecimento de plano de comunicação; *x*) capacitação dos servidores em processo eletrônico e técnicas de reunião; *xi*) criação da Revista da PGBC; e *xii*) realização do I Encontro Nacional da Procuradoria-Geral do Banco Central.

Houve ainda a reestruturação da PGBC com vistas à melhoria dos trabalhos, dela resultando a criação das Câmaras Temáticas, do Centro de Estudos Jurídicos e do cargo de Procurador-Geral Adjunto, ao qual compete a gestão das atividades administrativas.

11 Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?REVISTAPGBC>>. Acesso em: 28 abr. 2011.

12 Redução de 41.940 processos em curso em janeiro de 2004 para 12.578 processos em curso em abril de 2011, incluindo execuções fiscais.

Portanto, a Procuradoria-Geral do Banco Central, nos últimos dez anos, por meio da inserção da gestão estratégica em suas atividades, identificada por um melhor planejamento, pela metodologia de projetos e pela reestruturação organizacional da unidade, obteve ganhos de eficiência em seus processos de trabalhos. Assim, as ações realizadas no âmbito da PGBC segundo princípios de gestão estratégica apresentam-se como uma atuação vanguardista no segmento da Advocacia Pública.

Espera-se cada vez mais qualificar e estimular o corpo funcional da PGBC, melhorar a relação da unidade com as áreas-clientes, ajustando o atendimento dos serviços jurídicos com a expectativa dos diversos departamentos do BCB, e, finalmente, garantir, com mais qualidade e eficiência, a segurança jurídica no cumprimento da missão institucional da autarquia: “Assegurar a estabilidade do poder de compra da moeda e um sistema financeiro sólido e eficiente.”

Referências¹³

BRASIL. Banco Central. **Portaria nº 29.971**, de 4 de março de 2005, e suas alterações (Portarias nº 31.175, de 2005, nº 35.613, de 2006, e nº 43.003, de 2008). Divulga o Regimento Interno do Banco Central do Brasil.

_____. Banco Central. Procuradoria-Geral. **Ordem de Serviço PGBC nº 4.320**, de 1º de outubro de 2007. Dispõe sobre [...] e institui o Manual de Procedimentos para as Execuções Fiscais do Banco Central do Brasil.

_____. **Ordem de Serviço PGBC nº 4.374**, de 2 de junho de 2008. Dispõe sobre [...] e institui o Manual de Avaliação do Risco das Ações Judiciais.

_____. **Portaria nº 35.823**, de 8 de agosto de 2006. Dispõe sobre o Projeto Estratégico PGBCB00040005E – Recuperação de Créditos do Banco Central inscritos em dívida ativa ou em depósitos judiciais – Precatórios e Ações Rescisórias (Recuperação de Créditos).

13 As portarias elencadas podem ser acessadas no sítio do BCB na internet: <<https://www3.bcb.gov.br/normativo/prepararPesquisa.do?method=prepararPesquisa>>.

_____. **Portaria nº 37.240**, de 20 de novembro de 2006. Dispõe sobre a estrutura básica de execução do projeto estratégico denominado SISTEMA BCJUR [...].

_____. **Portaria nº 38.957**, de 23 de março de 2007. Implanta Câmaras Temáticas no âmbito da Procuradoria-Geral [...].

_____. **Portaria nº 40.549**, de 15 de agosto de 2007. Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral.

_____. **Portaria nº 48.651**, de 30 de dezembro de 2008. Define débitos provenientes de multas administrativas considerados de pequeno valor ou de comprovada inexecuibilidade e dá outras providências.

_____. **Portaria nº 52.547**, de 17 de agosto de 2009. Dispõe sobre as diligências necessárias à verificação da inexecuibilidade de débitos provenientes de multas administrativas aplicadas pelo Banco Central do Brasil.

_____. **Portaria nº 53.872**, de 6 de novembro de 2009. Dispõe sobre o Projeto Estratégico PGBCB00130008E – Gestão Estratégica de Serviços Jurídicos Corporativos – Ações Prospectiva e Executiva (Gestão Legal).

_____. **Portaria nº 55.065**, de 6 de janeiro de 2010. Dispõe sobre o Projeto Estratégico PGBCB00120008E – Sistema Integrado de Gestão de Registros Jurídicos e Controles Financeiros (BCJUR-II).

_____. **Portaria nº 59.979**, de 2 de setembro de 2010. Dispõe sobre a definição das áreas de atuação do Procurador-Geral Adjunto e dos Subprocuradores-Gerais, a organização da Chefia do Gabinete do Procurador-Geral e das câmaras temáticas, bem como sobre a vinculação administrativa e a supervisão técnica dos órgãos da Procuradoria-Geral.

_____. **Portaria nº 59.983**, de 2 de setembro de 2010. Dispõe sobre o funcionamento das câmaras temáticas da Procuradoria-Geral.

_____. **Projeto Estratégico DEJUR00030004E** – Programa de integração de conhecimentos entre a Procuradoria-Geral e as Unidades do Banco Central (Jornada Jurídica), Pt 0401242611.

_____. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?REVISTAPGBC>>. Acesso em: 28 abr. 2011.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 4.595**, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L4595.htm>>. Acesso em: 2 maio 2011.

_____. **Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998**. Dispõe sobre o Plano de Carreira dos servidores do Banco Central do Brasil e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9650.htm>. Acesso em: 2 maio 2011.

_____. **Lei nº 11.371, de 28 de novembro de 2006**. Dispõe sobre operações de câmbio, sobre registro de capitais estrangeiros [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11371.htm>. Acesso em: 2 maio 2011.

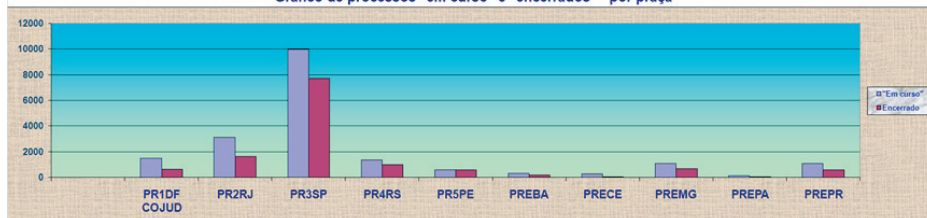
SELEM, Lara Cristina de Alencar. **Estratégia na Advocacia**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

Anexo A – Tabela e gráfico dos processos revisados no âmbito do Projeto BCJUR entre 1º/10/2006 e 31/12/2008

Nº	Praça de origem	ANO DE 2006			ANO DE 2007			ANO DE 2008			TOTAL			Percentual de Processos Encerrados
		Em curso	Encerrados	Total	Em curso	Encerrados	Total	Em curso	Encerrados	Total	Em curso	Encerrados	Geral	
1	PR1DF COJUD	100	30	130	732	299	1.031	651	317	968	1.483	646	2.129	30,34%
2	PR2RJ	593	63	656	2.236	1.475	3.711	270	105	375	3.099	1.643	4.742	34,85%
3	PR3SP	405	128	533	8.798	5.391	14.189	750	2.212	2.962	9.953	7.731	17.684	43,72%
4	PR4RS	239	67	306	978	898	1.876	154	25	179	1.371	990	2.361	41,93%
5	PR5PE	76	17	93	433	459	892	60	110	170	569	586	1.155	50,74%
6	PREBA	37	11	48	239	40	279	37	144	181	313	195	508	38,39%
7	PRECE	28	2	30	168	58	226	68	5	73	264	65	329	19,76%
8	PREMG	68	32	100	803	642	1.445	205	11	216	1.076	685	1.761	38,90%
9	PREPA	12	3	15	89	49	138	34	7	41	135	59	194	30,41%
10	PREPR	396	91	487	618	451	1.069	71	23	94	1.085	565	1.650	34,24%
Totais		1.954	444	2.398	15.094	9.762	24.856	2.300	2.959	5.259	19.348	13.165	32.513	40,49%

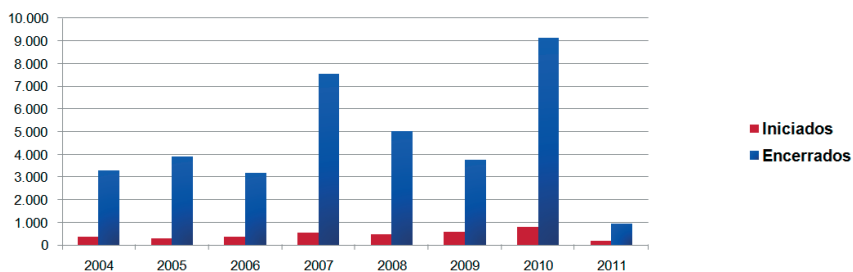
Fonte: PGBC - DECON/Assessoria - extrato do sistema BCJUR

Gráfico de processos "em curso" e "encerrados" - por praça



Anexo B – Tabela e gráfico relativos aos processos encerrados entre 2004 e abril de 2011

Processos iniciados e encerrados - 2004-2011										Abr/2011	
	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	Totais		
Iniciados	357	319	361	566	487	603	803	184	3.680		
Encerrados	3.313	3.932	3.206	7.554	5.033	3.765	9.163	957	36.923		
Decisão favorável	2.951	3.319	2.493	6.987	4.850	3.551	8.746	872	33.769	89%	91%
Decisão desfavorável	362	613	713	567	183	214	417	85	3.154	11%	9%



Anexo C – Quesitos para avaliação da consistência dos ajustes e registros lançados no BCJUR

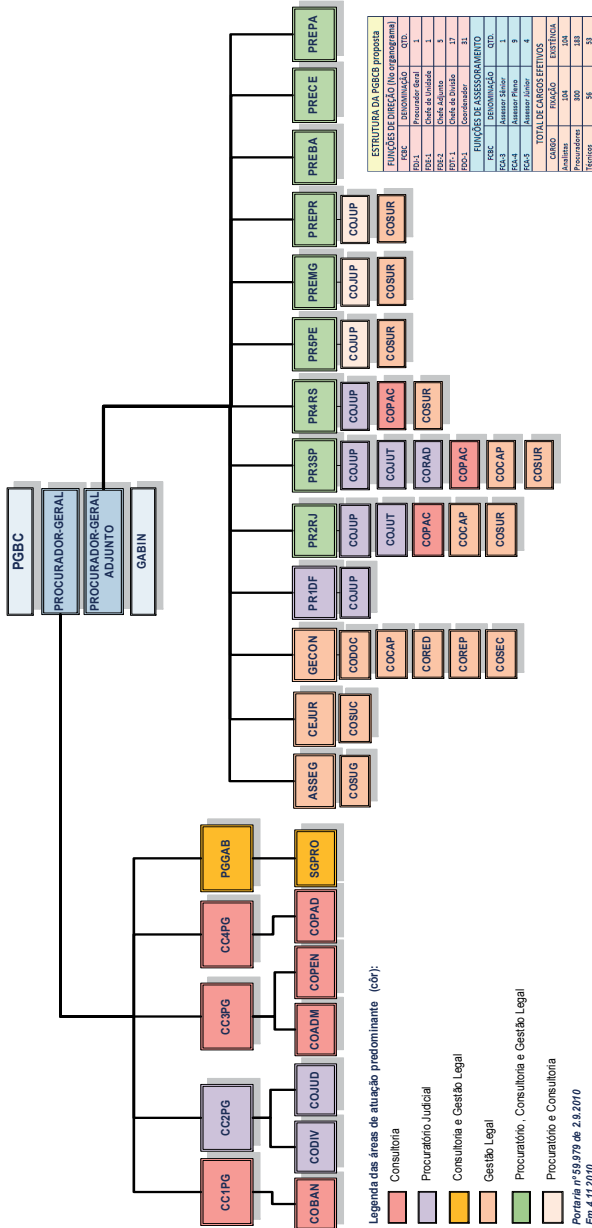
I - Quesitos do Processo Judicial – Avaliação pela Área Jurídica	
1. O dossiê encontra-se regularmente instruído com as principais peças dos autos judiciais, tais como inicial e documentos que a acompanham, mandado de citação, contestação; DECISÕES (sentença e acórdão); RECURSOS (apelação, contra-razões), planilha de cálculos etc.?	12. Se houve perícia, o dossiê foi enviado ao assistente indicado, tão logo fixada a data para início dos trabalhos periciais?
2. Formalmente as peças apresentadas em juízo (endereço do BC, destinatário, nº do processo, nome das partes, CPC art. 282 e incisos) atendem as formalidades legais?	13. O assistente técnico do BC fez a entrega da nota-técnica no prazo fixado pelo parágrafo único do art. 433 da CPC?
3. Antes de apresentar a contestação, o procurador ouviu a área técnica sobre a matéria de fato que envolve a demanda?	14. As instâncias ordinárias foram esgotadas antes da apresentação dos recursos extraordinários?
4. As principais peças judiciais, tais como petição inicial, contestação e memorial, estão assinadas pelo procurador e pelo respectivo chefe imediato?	15. Em caso de não cabimento de recursos extraordinários, a questão foi submetida ao chefe imediato?
5. As peças elaboradas por estagiário foram também assinadas por procurador (Estatuto da OAB, art. 3º, § 2º)?	16. Foi apresentado memorial nos tribunais por ocasião do julgamento (somente para ações relevantes)?
6. O formulário de análise das contingências judiciais está sendo juntado ao dossiê, devidamente preenchido e assinado pelo procurador?	17. Foi feita sustentação oral nos tribunais por ocasião do julgamento (somente para ações relevantes)?
7. Em caso de ação contingenciável o valor de interesse foi fixado corretamente no formulário?	18. Os agravos de instrumento estão regularmente instruídos (CPC art. 525, I e II)?
8. Nas ações relevantes, de acordo com o item 3.4 do manual, está assinada no formulário a existência de nota de risco, a alternativa "sim"?	19. Os agravos de instrumento para desrancar recursos estão instruídos corretamente (CPC art. 544, § 1º)?
9. A taxa de risco está compatível com a possibilidade de perda da ação para efeito de provisionamento?	20. Antes de dar conformidade ao valor executado, o procurador ouviu a Contadora (calculista)?
10. O formulário para imputação das informações acerca do risco da ação foi preenchido no momento da contestação?	21. Em caso de divergência de cálculos entre credor/devedor (BC) foram interpostos embargos à execução?
11. O formulário destinado às reavaliações do risco das ações está sendo preenchido nos momentos recomendados pelo manual?	22. Todos os prazos legais ou judicialmente fixados foram cumpridos?

II - Quesitos do Sistema BCJUR – Avaliação pela Área Administrativa

<p>1. Os mandados de citação ou intimação estão sendo lançados tempestivamente e adequadamente no BCJUR?</p>	<p>5. No andamento do sistema BCJUR, estão sendo lançadas as informações decorrentes dos mandados de citação, intimações, as publicações do Diário da Justiça, petições, pareceres, notas-jurídicas, expedientes e despachos elaborados pela procuradoria, além dos prazos?</p>
<p>2. Todos os campos, no BCJUR, estão preenchidos correta e tempestivamente, de forma padronizada?</p>	<p>6. Foram feitos todos os ajustes dos dados migrados da transação PCAD340 para o BCJUR no processo?</p>
<p>3. Os prazos estão sendo lançados correta e tempestivamente no andamento do BCJUR e no link PRAZO?</p>	<p>7. Os agravos de instrumento e embargos à execução migrados como documentos autônomos estão sendo excluídos do BCJUR após o ajuste?</p>
<p>4. Está sendo baixado o prazo judicial no BCJUR após o seu cumprimento, de forma padronizada?</p>	<p>8. Inexiste alguma "inconsistência de dados" a ser corrigida no BCJUR?</p>

Anexo D – Organograma por funções e áreas de supervisão da Procuradoria-Geral do Banco Central

Organograma – por funções e áreas de supervisão



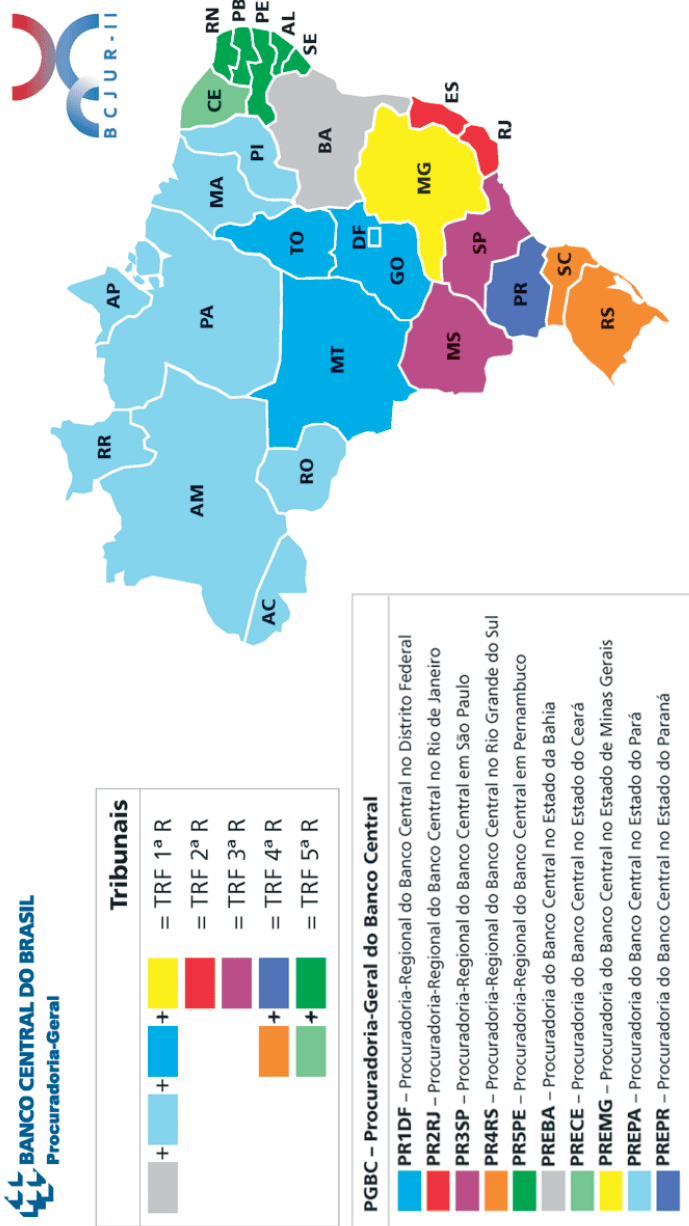
ESTRUTURA DA PRECE proposta	
ÁREAS DE SUPERVISÃO	
PRE	PROCURADOR-GERAL
PRE-1	Procurador-Genl
PRE-2	Coord. de Unidade
PRE-3	Coord. Administrativo
PRE-4	Coordenador
PRE-5	Coordenador
FUNÇÕES DE ACESSORAMENTO	
PRE-6	ENUNCIADA
PRE-7	Assessor
PRE-8	Assessor Júnior
PRE-9	Assessor Pleno
PRE-10	Assessor Sênior
TOTAL DE CARGOS EFETIVOS	
CARGO	ESTRUTURAL
Procurador-Genl	1
Procuradores	100
Técnicos	54
	155

Legenda das áreas de atuação predominante (abr):

- Consultoria
- Procuratório Judicial
- Consultoria e Gestão Legal
- Gestão Legal
- Procuratório, Consultoria e Gestão Legal
- Procuratório e Consultoria

Portaria nº 59.979 de 2.9.2010
Em 4.11.2010

Anexo E – Áreas de atuação da Procuradoria-Geral do Banco Central



A Obrigação de se Estabelecer uma Equipe Mínima de Funcionários em Editais para a Contratação de Serviços de Limpeza de Prédios Públicos

Lucival Lage Lobato Neto*

1 Introdução. 2 A produtividade mínima expressa no art. 44 da instrução normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para os serventes do serviço de limpeza. 3 Vedação do Tribunal de Contas da União para o estabelecimento da equipe mínima para o serviço de limpeza e higienização. 4 Restrições à margem de variação do quantitativo de funcionários para limpeza de prédios públicos. 5 Razões para o surgimento de preços inexequíveis nos serviços de limpeza e higienização: 5.1 A falta de informações mínimas e necessárias para se estabelecer a equipe mínima de funcionários; 5.2 A dificuldade para alguns licitantes determinarem o limite da proposta inexequível; 5.3 A intenção da licitante de descumprir total ou parcialmente as obrigações principais e/ou acessórias relacionadas ao contrato. 6 Fundamentos jurídicos para se estabelecer o quantitativo mínimo de funcionários exigidos nos editais de serviço de limpeza de prédios da Administração Pública: 6.1 O quantitativo mínimo de funcionários e o princípio da isonomia; 6.2 O quantitativo mínimo de funcionários e o princípio da publicidade; 6.3 O quantitativo mínimo de funcionários e o princípio da dignidade da pessoa humana; 6.4 O quantitativo mínimo de funcionários e o princípio da valorização do trabalho; 6.5 O quantitativo mínimo de funcionários e o princípio constitucional da economicidade; 6.6 O quantitativo mínimo de funcionários e os princípios da moralidade e da boa-fé objetiva; 6.7 Ponderação dos princípios envolvidos. 7 Considerações finais.

* Advogado, engenheiro mecânico, pós-graduado em Contabilidade pela Fundação Getulio Vargas (FGV), pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Candido Mendes (Ucam), pós-graduado em Direito Público pela Universidade Potiguar (UnP), área de concentração Direito Administrativo, e Analista do Banco Central do Brasil.

Resumo

Trata da comprovação da necessidade de se estabelecer, na grande maioria dos procedimentos licitatórios da Administração Pública para contratação de serviços de limpeza e higienização de prédios públicos, a definição da equipe mínima possível de trabalhadores (serventes) que executam esses serviços, que resulta na definição de limites máximos de produtividade para essa mão de obra.

Palavras-chave: Licitação. Contrato. Limpeza. Equipe. Edital.

Abstract

This work demonstrates the need to establish, in most of the bidding procedures of the Public Administration to engage the services of cleaning and sanitation of public buildings, setting the minimum possible team of employees (servants) who perform these services, which results in definition of maximum productivity for the workforce. As will be demonstrated, this requirement is a factual imposition, and, in the legal field, principled.

Keywords: *Bidding. Contract. Cleaning. Team. Bidding documents.*

1 Introdução

Nas contratações de serviços de limpeza de prédios públicos, são relativamente comuns as situações de inadimplência contratual. Uma das causas principais desse descumprimento é a alta competitividade do pregão na forma eletrônica, que ocasiona, muitas vezes, preços inexequíveis. Todavia, conforme será também demonstrado, são também causas para esses inadimplementos contratuais *i)* a falta de informações mínimas e necessárias constantes nos editais para os licitantes estimarem os custos envolvidos, mais especificamente quanto à equipe mínima necessária de funcionários; *ii)* a maior dificuldade para alguns licitantes determinarem preços inexequíveis; *iii)* a intenção do licitante de descumprir

total ou parcialmente as obrigações principais e/ou acessórias que decorram do contrato a ser firmado.

Além disso, existe uma restrição natural para alterar o quantitativo e o qualitativo da mão de obra a ser utilizada nos serviços em tela, consoante também será demonstrado, mesmo considerando-se acréscimos possíveis na quantidade e na qualidade das máquinas/equipamentos e insumos utilizados.

Assim, a evidenciação da equipe mínima necessária de funcionários em editais para realizar os serviços de limpeza e higienização de prédios públicos é um instrumento extremamente útil para evitar problemas de inadimplência contratual.

Essa imposição, contudo, não é apenas fática, é também jurídica. Por meio da ponderação dos princípios aplicáveis ao caso concreto, concluir-se-á que o quantitativo mínimo de funcionários deve ser expresso na grande maioria dos instrumentos licitatórios, com base em vários princípios constitucionais, entre eles o da isonomia, o da moralidade, o da publicidade, o da dignidade da pessoa humana e o da valorização do trabalho, em que pese o princípio da economicidade possa não ser adequadamente observado.

2 A produtividade mínima expressa no art. 44 da Instrução Normativa nº 2/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para os serventes do serviço de limpeza

Nos termos do art. 44 da Instrução Normativa (IN) nº 2 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), de 30 de abril de 2008, nas licitações para contratação de serviço de limpeza e higienização, existem limites mínimos de produtividade a serem observados para os serventes das empresas terceirizadas que realizam esse serviço específico nos prédios da Administração Pública direta e indireta federal do Poder Executivo. Esses limites mínimos de produtividade resultam na equipe máxima possível de funcionários. Consoante expressa o § 5º do mesmo artigo, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) pode alterar essas produtividades mínimas por meio de portaria.¹

¹ Na data da elaboração deste artigo, vigoravam os limites estabelecidos pela Portaria SLTI nº 19, de 10 de maio de 2011.

Além disso, os arts. 46 e 47 da IN MPOG n° 2 permitem aos órgãos e entidades da Administração Pública federal adaptarem a metodologia de referência prevista no anexo V dessa norma, desde que a alteração seja motivada e aprovada pela autoridade competente. Consequentemente, é possível a adoção de produtividades mínimas diferentes.

3 Vedação do Tribunal de Contas da União para o estabelecimento da equipe mínima para o serviço de limpeza e higienização

Relativamente à produtividade máxima para os funcionários que realizam os serviços em tela, o que significaria estabelecer a equipe mínima possível, não existe qualquer disposição normativa. Em que pese essa omissão regulamentar, alguns órgãos e entidades da Administração Pública vêm estabelecendo expressamente esse limite em seus editais. O Tribunal de Contas da União (TCU), contudo, já se manifestou de forma contrária a essa restrição em editais, conforme se pode ver no Acórdão n° 430/2004.² Segundo essa decisão, a fixação da equipe mínima restringe o universo de licitantes, de forma a inviabilizar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em afronta aos princípios da isonomia e da economicidade. Assim, eventuais inadimplências podem ser solucionadas com a imposição de sanções administrativas, nos moldes expressos no art. 87 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, e no art. 10 da Lei n° 10.520, de 17 de julho de 2002.

Na doutrina administrativa, uma das raras posições encontradas é de Ana Lúcia I. Wernecke (2011), para quem essa exigência está além do mínimo necessário e imprescindível para licitar. Consequentemente, essa definição obsta a obtenção de propostas economicamente mais vantajosas para a Administração Pública.

Em que pese os motivos supramencionados pelo TCU e por Ana Lúcia Werneck, não se pode concordar com eles, pois há razões de fato e de direito que dão guarida a essa definição expressa em edital, consoante será demonstrado a seguir.

2 TCU, Acórdão n° 430/2004, Plenário, Min. Relator Walton Alencar Rodrigues, DOU de 29 de abril de 2004.

4 Restrições à margem de variação do quantitativo de funcionários para limpeza de prédios públicos

Quanto à quantidade máxima de funcionários para realização dos serviços de limpeza de prédios públicos federais, oriunda dos índices de produtividade mínima dispostos nas portarias da SLTI, é importante esclarecer que, caso as demais variáveis permaneçam constantes (máquinas/equipamentos, produtos de limpeza), a maior redução possível deste quantitativo só pode ser ínfima. Tal fato se dá porque esses índices foram fixados com base na jornada de trabalho e de descanso normais, portanto a mão de obra não fica, em tese, ociosa. Assim, uma redução substancial da mão de obra utilizada no serviço de limpeza levaria esses funcionários à fadiga e/ou ao descumprimento da obrigação principal.

Na mesma esteira, os índices definidos pelos órgãos ou entidades licitantes, consoante permitem os arts. 46 e 47 da IN MPOG nº 2/2008, devem considerar os horários de trabalho e descanso normais. Consequentemente, não é possível reduzir consideravelmente o quantitativo da mão de obra oriundo da produtividade mínima, caso sejam mantidas constantes as demais variáveis.

Por outro lado, poder-se-ia alegar que o incremento da qualidade e/ou da quantidade das máquinas e equipamentos a serem utilizados reduziria consideravelmente o quantitativo da mão de obra a ser utilizada. Embora esse incremento possa reduzir o montante de funcionários utilizados, tal assertiva não pode prosperar, pelas razões a seguir dispostas.

Primeiramente, entre os serviços de limpeza e higienização a serem realizados, conforme se pode extrair do anexo V da IN MPOG nº 2/2008, a grande maioria utiliza preponderantemente a mão de obra como insumo, tais como a limpeza dos banheiros, dos móveis e utensílios, a retirada de lixo etc. Consequentemente, esses serviços manuais são gargalos impeditivos para a redução substancial do quantitativo de funcionários da empresa, que será responsável por eles e pelos demais da mesma espécie.

Além disso, a quantidade e a qualidade das máquinas e equipamentos têm influência limitada na redução dos gastos com a mão de obra dos serviços de limpeza que a utiliza, pois:

- a) há um fluxo de agregação de sujeira a ser limpa, consequentemente a qualidade das máquinas e equipamentos utilizados não dispensa a

- aplicação periódica da mão de obra, embora possa diminuir a frequência da utilização dela;
- b) o nível de limpeza a ser realizada nos prédios públicos deve ser compatível com o das limpezas realizadas em escritórios comuns. Logicamente, não seria razoável utilizar níveis de limpeza aplicáveis em áreas mais sensíveis, tais como hospitais e indústrias de instrumento de precisão;
 - c) máquinas e equipamentos mais complexos são mais caros, além de exigirem funcionários mais treinados e capazes, conseqüentemente uma mão de obra mais cara;
 - d) uma maior quantidade de máquinas e equipamentos pode exigir um maior número de operadores.

Por fim, em consonância com os princípios da eficiência³ e da economicidade,⁴ deve-se partir da premissa de que os órgãos e entidades devem definir, em seus editais para serviços de limpeza e higienização de prédios, um quantitativo mínimo de máquinas e equipamentos, com a tecnologia adequada, de forma que os contratos a serem firmados sejam fielmente cumpridos, com a qualidade desejada. O correto é que esses órgãos e entidades públicos utilizem um nível ótimo de tecnologia, de modo que qualquer acréscimo nesse nível represente, no máximo, uma pequena redução dos gastos gerais (o gasto com acréscimo de tecnologia mais moderna ou de quantitativo de máquinas deve ser inferior à redução dos custos com a mão de obra), devido, inclusive, às razões levantadas. A partir de um determinado ponto, qualquer aumento do nível de tecnologia ou da quantidade de máquinas/equipamentos representaria um aumento geral de gastos.

Quanto aos produtos de limpeza, do mesmo modo, embora sejam utilizados em todas as áreas a serem limpas e em todas as espécies de serviços de limpeza, um acréscimo quantitativo e/ou qualitativo desses insumos permite, apenas, uma ínfima redução na mão de obra a ser utilizada, pois:

- a) a maioria desses produtos é aplicada manualmente;

3 Segundo a doutrina de Di Pietro (2008, p. 82), pelo princípio em tela, a Administração Pública deve atuar visando à obtenção dos melhores resultados possíveis. Para isso, devem ser observados dois aspectos desse princípio: modo de atuação dos agentes públicos e modo de organização, estruturação e disciplinamento da Administração Pública.

4 Relativamente a esse princípio, José A. da Silva (2006, p. 750-751) esclarece que seu controle “[...] envolve questão de mérito, para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, uma adequada relação custo-benefício.”

- b) há um movimento contínuo de agregação de sujidades a serem limpas, consequentemente a melhoria da qualidade dos produtos de limpeza não evita a aplicação periódica da mão de obra, embora possa diminuir a frequência de sua utilização;
- c) alguns produtos de qualidade superior não seriam aplicáveis, tendo em vista que:
 - i) seriam economicamente inviáveis (custos proibitivos);
 - ii) não seria razoável utilizar níveis de limpeza aplicáveis a áreas mais sensíveis (como unidades de terapia intensiva);
- d) em consonância com os princípios da eficiência e da economicidade, nos editais para esses serviços, devem constar todas as informações necessárias e suficientes sobre a qualidade e quantidade mínimas dos materiais a serem utilizados nos serviços de limpeza e higienização dos prédios públicos, de forma que um acréscimo qualitativo e/ou quantitativo desses insumos represente, no máximo, uma redução ínfima dos gastos gerais.

Além disso, tendo em vista que os valores relativos às produtividades mínimas definidas pela SLTI são obtidos com base na experiência de vários órgãos e entidades da Administração Pública – portanto é um dado médio –, é possível reduzir o quantitativo de mão de obra com base na utilização de estruturas prediais e de móveis e utensílios mais favoráveis.

Assim, logicamente, a combinação de todas as variáveis já explanadas permite uma redução mais significativa da quantidade de funcionários. Contudo, pelas razões também já supramencionadas (por exemplo, a maioria dos serviços de limpeza utiliza, preponderantemente, mão de obra, a definição prévia dos equipamentos e insumos a serem utilizados no edital, na quantidade e qualidade mínimas necessárias), essa redução não pode ser tão extrema. Infelizmente, não existem dados estatísticos para determinar um percentual máximo de aumento da produtividade dos serventes, e, consequentemente, da redução de mão de obra, relativamente à quantidade máxima possível.

5 Razões para o surgimento de preços inexequíveis nos serviços de limpeza e higienização

Na práxis administrativa, é notório que o pregão, principalmente em sua forma eletrônica, foi um passo importante para a redução de gastos da Administração Pública, devido à maior competitividade nos certames dessa modalidade e, conseqüentemente, à maior economicidade de sua utilização.⁵ Todavia, também é notório que essa redução de preços é causa para o aumento do nível de inadimplência dos contratos administrativos de trato sucessivo ou de execução continuada, pois os preços finais acabam sendo, muitas vezes, inexequíveis.

Além da excessiva competitividade, os preços inexequíveis podem resultar de três situações passíveis de ocorrerem em certames licitatórios, de ocorrência isolada ou cumulativa: *i*) a falta de informações mínimas e necessárias constantes do edital para as licitantes estimarem os custos envolvidos; *ii*) a maior dificuldade para alguns licitantes determinarem preços inexequíveis; *iii*) e a intenção da licitante de descumprir total ou parcialmente as obrigações principais e/ou acessórias que decorram do contrato a ser firmado.

Essas situações serão analisadas, especificamente, para as contratações de serviços de limpeza e higienização de prédios públicos, nos termos a seguir.

5.1 A falta de informações mínimas e necessárias para se estabelecer a equipe mínima de funcionários

Desvela-se que as empresas que nunca prestaram serviços de limpeza especificamente nos prédios do órgão ou entidade licitante têm dificuldades para fixar o quantitativo mínimo de mão de obra a ser neles utilizados e, conseqüentemente, determinar o menor preço possível da proposta a ser feita, porque existem fatores que influenciam o montante de custos a ser empregado na

⁵ Nessa esteira, Jessé Torres e Marinês R. Dotti (2009, p. 347-348) dispõem o seguinte: “Reputa-se que a forma eletrônica possibilita a um número maior de interessados, do ramo do objeto da licitação, participarem do certame, mercê do acesso universal à rede mundial de computadores, já que permite aos sediados em qualquer ponto do país ofertar propostas, mesmo distantes do órgão promotor da competição. Certames com grande número de participantes tornam-se mais competitivos. Há mais interessados em disputar o contrato e, por consequência, economia para a Administração, com a obtenção de preços inferiores ao estimado no mercado.”

limpeza e na higienização dos prédios públicos que só podem ser mensurados se houver experiência anterior. São exemplos desses fatores a quantidade de sujeira do ambiente externo que contamina o interno, a dinâmica de funcionamento do prédio, o fluxo de visitantes, o grau de contaminação de sujeira do ar condicionado, a quantidade de sujeira realizada nas copas internas etc.

Além disso, existem situações que não são conhecidas até pelas empresas que já realizaram serviços anteriormente no órgão ou na entidade licitante que prejudicam a execução dos serviços em tela e, conseqüentemente, dificultam a mensuração da equipe mínima necessária para realizá-los, tais como as obras e serviços de reforma realizados nos prédios, a quantidade de cursos, palestras e outros eventos que ocasionem aglomerações etc.

Deve-se esclarecer que algumas informações constantes dos editais, tais como plantas e croquis, são úteis, mas não permitem calcular, com segurança, o quantitativo mínimo de funcionários a ser utilizado pela contratada, devido às variáveis imprevisíveis supramencionadas. Do mesmo modo e pelas mesmas razões, a vistoria nas instalações do órgão ou entidade licitante auxilia a estimativa do número em tela, mas não é um indicativo seguro.

Devido às restrições para reduzir o quantitativo da referida mão de obra, conforme já demonstrado, os licitantes que nunca os prestaram no órgão ou na entidade titular do certame, caso proponham ofertas cujos valores se baseiem numa equipe inferior à possível e se saírem vencedores, não possuirão meios para torná-la exequível.

Finalmente, é importante elucidar que essa dificuldade de mensuração da equipe mínima de funcionários pelos licitantes devido a fatores imprevisíveis se reduz à proporção que eles vão sendo suprimidos, podendo, portanto, não existir. Por exemplo, a dificuldade em tela é reduzida ou inexistente para os procedimentos licitatórios de órgãos públicos que são pequenos, com baixo trânsito de visitantes e com poucos servidores, os quais trabalham em horário fixo.

5.2 A dificuldade para alguns licitantes determinarem o limite da proposta inexequível

A prática administrativa demonstra que algumas licitantes, principalmente as empresas novas no mercado, não possuem, em seu quadro, pessoal qualificado para calcular a estimativa de custos adequadamente. Assim, a falta dessa capacidade técnica pode induzir um maior número de propostas inexequíveis.

Consequentemente, no caso de editais para contratação de serviços de limpeza e higienização, a falta de informações sobre a equipe mínima de funcionários aumenta sensivelmente a possibilidade de algumas empresas cotarem preços abaixo do possível, assim como a de inexequibilidade dessas propostas.

5.3 A intenção da licitante de descumprir total ou parcialmente as obrigações principais e/ou acessórias relacionadas ao contrato

O conhecimento pela licitante vencedora, prévio ou posterior ao certame, de que sua proposta é inexequível^{6,7} fatalmente resultará, no contrato decorrente, no seguinte:

- a) para apresentar um preço aparentemente exequível, os serviços seriam realizados por uma equipe menor do que a necessária. Por conseguinte, uma ou mais das seguintes consequências podem ser observadas:
 - i) eles não seriam realizados com a qualidade mínima desejada pelo órgão ou entidade licitante (inadimplência parcial);
 - ii) os serventes/auxiliares da contratada que realizariam o serviço ficariam sobrecarregados demasiadamente, de forma a levá-los à exaustão e, conseqüentemente, a problemas de saúde;

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

7 Também nesse diapasão, Joel de M. Neibuhr (*apud* MENDES, 2011, p. 780) esclarece que “Sem embargo, a aceitação de preços inexequíveis talvez seja o que de pior pode acontecer para a Administração em processo de licitação pública. Isso porque o preço inexequível leva, assaz das vezes, a Administração a receber bens e serviços de péssima qualidade, condizentes com os seus preços. Ou, o que também é nefasto, posteriormente o contratado percebe que o preço ofertado por ele é inexequível, já que ele acumula prejuízo e, em vista disso, procura rescindir o contrato, o que traz implicações gravosas para a Administração”.

- b) mesmo com preço inexequível, ao adotar uma equipe igual ou superior à mínima necessária, a contratada poderia isolada ou cumulativamente:
- i) aceitar absorver todo prejuízo decorrente do contrato, ou parte dele;⁸
 - ii) tornar-se inadimplente, total ou parcialmente, das obrigações acessórias (pagamento de tributos, vale-alimentação, fornecimento de uniformes);
 - iii) solicitar a rescisão contratual, propor reequilíbrio econômico-financeiro sem motivo, reduzir informalmente os funcionários, ocasionando a inadimplência parcial etc.

Relativamente à alínea “a”, caso o fiscal do contrato aponte a necessidade de aumentar o quantitativo de mão de obra no transcorrer do contrato e a contratada acate essa solicitação, muito provavelmente esta iria incorrer nas situações dispostas na alínea “b”, especificamente nos seus incisos “ii” e “iii”.

Registra-se, também, que a potencial ameaça de sanções administrativas e a efetivação delas também não resolvem os problemas oriundos da inadimplência contratual, pois a causa continua existindo, qual seja, o preço inexequível. Além disso, contratar o segundo colocado do certame para cumprir o restante do contrato, nos termos permitido no inciso XI do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, também não resolve o problema, porque as condições contratuais a serem utilizadas devem ser as mesmas do licitante vencedor, ou seja, o preço continua inexequível.

Para que um preço inexequível seja aceito durante o transcorrer de um contrato, duas situações devem ser consideradas. Primeiro, há uma dificuldade natural para o órgão ou entidade licitante da Administração Pública determinar o patamar mínimo de inexequibilidade, pois há uma assimetria de informações desses órgãos e entidades em relação aos custos dos particulares licitantes.⁹ Segundo, durante a realização do contrato, o então contratado deve contar com a atuação do fiscal desse termo pautada em dolo ou culpa.

8 Quanto à possibilidade do contratado arcar com o prejuízo, o TCU já dispôs, no Acórdão nº 697/2006, cujo Ministro Relator foi Ubiratan Aguiar, o seguinte: “10. No que se refere à inexequibilidade, entendo que a compreensão deve ser sempre no sentido de que a busca é pela satisfação do interesse público em condições que, além de vantajosas para a administração, contemplem preços que possam ser suportados pelo contratado sem o comprometimento da regular prestação contratada. Não é objetivo do Estado espolar o particular.”

9 Nesse sentido, Marçal Justen Filho (2010, p. 654) esclarece o seguinte: “[...] existe uma grande dificuldade prática na identificação do patamar mínimo de inexequibilidade. A Administração não dispõe de condições precisas e exatas sobre os custos do particular, o que torna a discussão sempre muito problemática.”

6 Fundamentos jurídicos para se estabelecer o quantitativo mínimo de funcionários exigidos nos editais de serviço de limpeza de prédios da Administração Pública

6.1 O quantitativo mínimo de funcionários e o princípio da isonomia

É possível alegar que o estabelecimento expresso da equipe mínima em edital para contratação de serviços de limpezas e higienização de prédios públicos fere o princípio constitucional da isonomia, porque restringe o número de licitantes. Contudo, esse posicionamento não merece prosperar, pois, pelo contrário, sem essa informação, os licitantes que nunca prestaram esses serviços se encontram em desvantagem em relação aos que já os realizaram, consoante já detalhado, em ferimento a esse princípio. Além disso, como consequência da alta competitividade dos pregões eletrônicos, aqueles licitantes podem forçar os preços finais desses serviços para baixo no procedimento licitatório, inclusive induzindo lances menores das empresas que já o prestaram.

Por outro lado, a discriminação em tela segue os três critérios necessários para estar em consonância com o princípio da isonomia, estabelecidos nas lições de Celso A. Bandeira de Mello (2006, p. 21-35), conforme a seguir:

- a) o fator de discriminação é adequado, pois ele não cria favorecimentos ou perseguições a determinados licitantes, sendo uma característica intrínseca ao objeto discriminado, e visa-se, com ele, obter uma proposta mais adequada à Administração Pública. Além do mais, qualquer empresa pode adequar o seu quadro de funcionários ao exigido no edital, para realizá-lo;
- b) existe uma correlação lógica e abstrata entre o fator escolhido como critério de discriminação e o grau de disparidade de tratamento jurídico potencialmente ocasionado, ou seja, uma empresa, para realizar os serviços de limpeza de prédios, na qualidade desejada, deve observar esse mínimo de funcionários definidos no edital;
- c) essa correlação lógica está em conformidade com os interesses expressa ou implicitamente positivados na Constituição Federal, pois, com ela, garante-se a obtenção de propostas mais adequadas ao objeto desejado

pela Administração Pública; e se encontra em consonância com outros princípios constitucionais, conforme será explicitado a seguir.

Finalmente, deve-se distinguir o fator discriminante então esposado de outro semelhante: a exigência de uma equipe mínima de funcionários na fase de habilitação, como qualificação técnica. Ao julgar o AMS 49137 RN 95.05.12429-5, o Tribunal Regional Federal de 5ª Região (TRF 5ª)¹⁰ entendeu que a fixação desse quantitativo mínimo de mão de obra para as licitantes era indevida, pois, no caso, haveria ferimento ao princípio constitucional da isonomia. Nesse caso concreto, entendemos que a decisão é correta, pois é um fator discriminante externo ao objeto a ser licitado, que não contribui para a realização do serviço em tela, portanto é dispensável. Consequentemente, essa discriminação afronta o princípio da isonomia e o inc. XXI do art. 37 da Carta Magna.

6.2 O quantitativo mínimo de funcionários e o princípio da publicidade

Nos termos do inc. I do art. 4º da Lei nº 8.666, de 1993, objeto a ser licitado deve ter uma descrição “sucinta e clara”. Registra-se que, em consonância com o princípio da publicidade, a definição lacônica do objeto não pode resultar na omissão de informações importantes à realização do certame,¹¹ pois a descrição do objeto deve ser “clara”, ou seja, ser precisa e suficiente para ocorrer uma competição saudável entre licitantes.¹²

Portanto, o estabelecimento do quantitativo mínimo de funcionários no edital para os serviços em epígrafe se encontra em consonância com o princípio da publicidade, pois foi dada maior transparência à atuação administrativa, permitindo, inclusive, um maior controle dos contratos

10 Relator: Desembargador Federal Ridalvo Costa, 3ª Turma, julgamento em 18/10/1995, DJ 10/11/1995, p. 77598.

11 Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar a Apelação Cível nº 312185900, cujo relator foi o desembargador Evaristo dos Santos, dispôs o seguinte: “[...] No caso, ‘sucinto’ não é sinônimo de ‘obsuro’. Se a descrição do objeto da licitação não for completa e perfeita, haverá nulidade, nos termos apontados.” (*apud* MENDES, 2011, p. 638)

12 Nesse diapasão, a Súmula nº 177 do TCU dispõe o seguinte: “A definição precisa e suficiente do objeto constitui regra indispensável de competição, até mesmo como pressuposto do postulado da igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais, das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das condições mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.”

administrativos pelos particulares.¹³ Nesse sentido, Raquel M. U. de Carvalho (2010, p. 185) esclarece o seguinte:

A publicidade torna possível o efetivo controle dos atos administrativos e assegura transparência necessária para se tentar contornar os riscos inerentes ao sigilo. Outrossim, o agente público exerce poder de titularidade alheia, devendo à sociedade prestar contas de forma pela qual cumpriu o referido múnus.

6.3 O quantitativo mínimo de funcionários e o princípio da dignidade da pessoa humana

Esse princípio é um fundamento da República Federativa do Brasil, consoante dispõe o inc. III do art. 1º da Constituição Federal (CF). Nas lições de Fernando G. Jayme (*apud* GOSDAL, 2007, p. 88), a dignidade da pessoa humana é “[...] um valor espiritual e moral, que é inerente à condição de ser humano, e se manifesta através da capacidade de autodeterminação consciente da própria vida. Constitui-se em um mínimo invulnerável juridicamente protegido que são os direitos de personalidade.”

Cláudio Luiz B. Godoy (2004, p. 123) esclarece que o princípio em tela pode ser compreendido com base em dois aspectos: o primeiro, de índole negativa, é o dever de não realizar atos que atentem contra a pessoa humana; o segundo, de índole positiva, é possibilitar que o ser humano desenvolva todas as suas potencialidades, de maneira ampla.

Para vários constitucionalistas de peso, entre eles Gilmar F. Mendes, Inocêncio M. Coelho e Paulo G. G. Branco (2008, p. 150), esse princípio é de hierarquia supraconstitucional, não admitindo juízo de ponderação de valores.¹⁴ Por outro

13 Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2009, p. 203) esclarecem que a exigência de transparência administrativa é: “[...] derivada do princípio da indisponibilidade do interesse público, diz respeito à exigência de que seja possibilitado, da forma mais ampla possível, o controle da Administração Pública pelos administrados.”

14 Complementam esses autores (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 150): “[...] a dignidade da pessoa humana, porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão-somente consigo mesma, naqueles casos limites em que dois ou mais indivíduos – ontologicamente dotados de igual dignidade – entrem em conflitos capazes de causar lesões mútuas a esse valor supremo.”

lado, para outros, tais como R. Alexy (*apud* MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 151), o referido princípio tem caráter relativo, admite a ponderação de valores.

No caso em questão, permitir que uma contratada utilize uma equipe de trabalhadores inferior à mínima necessária para realizar os serviços de limpeza e higienização pode forçar seus funcionários à sobrecarga de trabalho, que pode ocasionar, neles, problemas de saúde, em total dissonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Do mesmo modo, se uma empresa cujo objeto seja o serviço em tela não fornece equipamentos de proteção adequados a seus funcionários, com vistas a economizar recursos, ela também fere esse princípio.

Corroborando isso, Theresa C. Gosdal (2007, p. 134) esclarece que a proteção à dignidade do trabalhador deve “[...] dizer respeito tanto a aspectos ligados à esfera moral do trabalhador, como sua intimidade, ou a proteção contra agressões verbais, quanto a seu aspecto físico-corporal, como condições de saúde e segurança no trabalho.” Também complementa essa autora que

Não se pode perder de vista que o pacto laboral não afasta do empregado seus direitos fundamentais. Adaptação às necessidades e técnicas de gestão da empresa não pode significar renúncia pelo empregado de sua dignidade. Por isso, é importante que o ordenamento jurídico ofereça uma resposta eficaz àquele trabalhador que se sentiu ofendido e agredido em sua dignidade, estabelecendo sanções, mesmo que isso importe uma interferência na direção e condução da empresa. (GOSDAL, 2007, p. 151)

Note-se que, no caso em tela, o estabelecimento sério e consciente em editais do quantitativo mínimo de funcionários para realização dos serviços de limpeza é uma medida prévia e eficaz de proteção à dignidade dos trabalhadores.

6.4 O quantitativo mínimo de funcionários e o princípio da valorização do trabalho

O princípio da valorização do trabalho humano se encontra disposto no *caput* do art. 170 da CF. Como a própria denominação está a dizer, refere-se ao trabalho humano, aquele por meio do qual o homem garante a sua subsistência.

Com base nesse princípio e no fundamento constitucional do valor social do trabalho (inc. IV, art. 1º, CF), o trabalho humano passa a ser mais valorizado do que qualquer outro valor da economia de mercado. Além disso, o fundamento desse princípio se encontra no princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo observa Luiz R. Barroso (2011), a atual Constituição Federal procurou concretizar o princípio em tela ao dispor, em seu art. 7º, um rol de direitos dos trabalhadores. Contudo, esses direitos não excluem outros que estão ou que possam vir a ser expressos na legislação infraconstitucional.

Conforme já explanado, não predeterminar, em editais, os quantitativos mínimos de funcionários das empresas que irão realizar o serviço de limpeza nos prédios públicos provavelmente resultará em preços inexequíveis, cujas consequências podem ser o inadimplemento de obrigações trabalhistas, tais como deixar de pagar vale-transporte, vale-alimentação e férias, não fornecer uniformes, ou exigir a execução de serviços além da capacidade física dos funcionários – atitudes que afrontam o princípio da valorização do trabalho.

6.5 O quantitativo mínimo de funcionários e o princípio constitucional da economicidade

Para estarem em conformidade com o princípio da economicidade, os órgãos e entidades da Administração Pública devem, na aplicação dos recursos públicos, proceder da forma mais econômica possível, analisando a relação custo-benefício no caso concreto. Sobre esse controle, Lafayette Josué Petter (2007, p. 153) esclarece o seguinte:

[...] Caso o mesmo objetivo, visado pelo agente público, possa ser alcançado com o gasto público significativamente menor, restará desatendido o aspecto da economicidade. Do ponto de vista de controle, a economicidade destaca o aspecto material da execução orçamentária, em oposição ao aspecto formal, ligada à legalidade *stricto sensu*.

Todavia, sendo o preço inexequível, a economicidade será menor do que aparenta, pois serão observados aumentos de vários custos administrativos, mais especialmente os relacionados à fiscalização do contrato relacionado, à abertura

de processo sancionador e à nova contratação do mesmo objeto.¹⁵ Assim, no caso analisado em tela, pelos motivos expostos, a economicidade é menor que aparenta.

6.6 O quantitativo mínimo de funcionários e os princípios da moralidade e da boa-fé objetiva

Conforme esclarecem os manuais de administração de empresas sobre terceirização, a relação entre o ente que terceiriza e a empresa tomadora de serviço deve ser de parceria, o que significa dizer que deve existir compromisso e confiança entre as partes envolvidas. Para isso, as informações relacionadas ao contrato a ser firmado, necessárias ao seu perfeito cumprimento, devem estar amplamente divulgadas. Nesse sentido, Carlos Queiroz (2004, p. 98) complementa que

A parceria é a essência da terceirização. Aqui a atividade participativa deve ser sempre uma constante na relação entre o tomador e o prestador.

O conceito de parceria deve sempre prevalecer nas relações entre o tomador e o parceiro, uma vez que **ambos têm o mesmo interesse e preocupação na lealdade bilateral**, no negócio, no comprometimento como o objetivo final, que são a qualidade, a melhoria nos custos, a produtividade, a eficiência, a eficácia e, finalmente, a satisfação de todos. (grifei)

Note-se que a lealdade bilateral supramencionada é, nada mais nada menos, que a boa-fé objetiva, que deve constar de toda relação contratual administrativa, consoante se pode extrair da combinação do art. 422 do Código Civil e do art. 54 da Lei nº 8.666, de 1993. Na linha de raciocínio de Raquel M. Urbano de Carvalho (2009, p. 126), a boa-fé objetiva “[...] implica cooperação entre Estado e administrado a fim de que se cumpram os objetivos públicos com a satisfação de ambos [os] interesses, sem que se confundam tal premissa como mera exigência de comportamento ético.”

15 Nessa esteira, Marçal Justen Filho (2010, p. 654655) estabelece o seguinte: “Usualmente, a contratação avençada por valor insuficiente acarretará a elevação dos custos administrativos de gerenciamento do contrato. Caberá manter vigilância quanto à qualidade e perfeição do objeto executado e litígios contínuos com o particular, sempre interessado em obter uma solução que propicie a reestruturação da contratação. Logo, as vantagens obtidas pela Administração poderão ser meramente aparentes. No final, a administração obterá ou um objeto de qualidade inferior ou se deparará com problemas muito sérios no tocante à execução do contrato.”

A boa-fé objetiva deve ser observada antes, durante e depois de toda relação contratual. Para haver a boa-fé objetiva nessas relações, nos termos extraídos das lições de Cristiano C. de Farias e Nelson Rosenvald (2009, p. 59), são necessários

[...] a) uma relação jurídica que ligue duas pessoas, impondo-lhes especiais deveres mútuos de conduta; b) padrões de comportamento exigíveis do profissional competente, naquilo que se traduz como *bonus pater familias*; c) reunião de condições suficientes para ensejar na outra parte um estado de confiança no negócio celebrado.

No caso em tela, esse estado de confiança recíproco, portanto, só pode ser estabelecido com a divulgação, no edital, de todas as informações necessárias à perfeita cotação dos custos dos serviços a serem prestados, consoante o dever anexo de informar, que deve incluir o quantitativo mínimo de funcionários.

Relativamente ao princípio constitucional da moralidade, existe um aspecto objetivo desse princípio que exige um comportamento da Administração Pública pautado por uma conduta transparente e leal, considerada legítima pela sociedade (CARVALHO, 2009, p. 125). Além disso, segundo José G. Giacomuzzi (*apud* CARVALHO, 2009, p. 113), quanto a esse aspecto objetivo, tem-se que

A inação administrativa pode, examinado o caso concreto, gerar ao cidadão direito subjetivo público a prestações do Poder Público ou a indenizações. A proteção à confiança legítima dos administradores é o seu principal desdobramento, não havendo, em princípio, óbice para o aproveitamento dos institutos decorrentes da boa-fé objetiva desenvolvida no campo jurídico-privado aos domínios no direito público-administrativo.

Portanto, no caso em questão, o estabelecimento do quantitativo mínimo de funcionários em edital se encontra, também, em consonância com o princípio da moralidade.

6.7. Ponderação dos princípios envolvidos

Com base nos ensinamentos de R. Alexy (*apud* AMORIM, 2009, p. 219), no caso em concreto, os valores dos princípios envolvidos e em conflito devem ser

ponderados.¹⁶ Estão em confronto, de um lado, o princípio da economicidade, violado em nível inferior ao que inicialmente aparentava, e, do outro, os princípios constitucionais da isonomia, da publicidade, da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e o da moralidade. Desse confronto, logicamente, preponderam os valores dos últimos princípios, afastando-se, assim, o primeiro.

Corroborando o exposto, ao ponderar princípios constitucionais aplicáveis à terceirização no serviço público, Helder dos Santos Amorim (2009, p. 219) conclui que a Constituição Federal proíbe a imposição da eficiência econômica em detrimento da proteção social do trabalho. Também nesse sentido, ao delimitar o princípio da economicidade, Marçal Justen Filho (2010, p. 67) observa que

Nem sempre a Administração se depara com problemas apenas patrimoniais. O critério de seleção da melhor alternativa não é sempre a maior vantagem econômica. Deve-se examinar se a busca pela maior vantagem não colocará em risco outros valores, igualmente tutelados pelo Direito. Assim, por exemplo, se a solução economicamente mais vantajosa puser em risco a integridade de vidas humanas, o Estado deverá optar por outra alternativa. Estará obrigado a escolher via mais onerosa economicamente, mas adequada a preservar a integridade dos indivíduos.

7 Considerações finais

Ante o exposto, conclui-se que o estabelecimento da equipe mínima para realizar os serviços de limpeza e higienização dos prédios da Administração Pública, na grande maioria dos editais licitatórios, é uma imposição fática e principiológica, tendo em vista que os órgãos e entidades públicas licitantes possuem conhecimento suficiente para estimar esse número. Note-se que essa disposição expressa não afronta o inciso I do art. 20 da IN MPOG nº 2/2008, que veda a fixação do quantitativo de mão de obra a ser utilizada no serviço em tela, pois está sendo criada uma margem de variação de quantitativo de

¹⁶ Seguindo as lições de R. Alexy (*apud* BONAVIDES, 2008, p. 251), no confronto de princípios, deve-se analisar a dimensão de valores envolvidos, ou seja, quando algo é vedado por um grupo de princípios, mas permitido por outro grupo, um deles deve preponderar, afastando-se o outro grupo. Isso não significa que os princípios do grupo afastado são considerados nulos, apenas não são aplicados ao caso em questão.

funcionários que as empresas licitantes podem utilizar, entre um limite máximo e outro mínimo.

Deve-se também registrar que o estabelecimento da referida equipe em editais não implica direcionar os preços para um determinado montante, tendo em vista que as licitantes vão utilizar, provavelmente, o piso salarial da categoria e a equipe mínima. Tal fato se dá porque existem outras variáveis que criam uma margem de variação dos preços dos licitantes, tais como as máquinas e equipamentos, os produtos de limpeza a serem utilizados, as despesas administrativas e o lucro pretendido.

Finalmente, com base nas justificativas expressas neste artigo, observa-se que o estabelecimento, em normativos, das produtividades máximas para cada espécie de área, nos mesmos moldes positivados para a produtividade mínima, pelo MPOG/SLTI, seria extremamente útil aos procedimentos licitatórios, pois, assim, criar-se-ia um parâmetro objetivo de análise de exequibilidade.

Referências

AMORIM, Helder Santos. **Terceirização no Serviço Público**. Uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional. São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO, Luiz R. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador n. 14, jun./ago., 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARVALHO, Raquel M. U. de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DI PIETRO, Maria S. Z. **Direito Administrativo**. 21. ed.. São Paulo: Atlas, 2010.

FARIAS, Cristiano C. de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 3. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 59.

- GODOY, Cláudio Luiz B. **Princípio da Função Social do Contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 123.
- GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do Trabalhador**. Um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra. São Paulo: LTr, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO; Paulo G. Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. edição. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 8. ed. Curitiba: Zênite, 2011.
- MELLO, Celso A. Bandeira de. **Conteúdo do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2009.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- PETTER, Lafayette Josué. **Direito Financeiro**. 2. ed. São Paulo: Verbo Jurídico, 2007.
- SILVA, José A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- QUEIROZ, Carlos A. R. Soares de. **Manual de Terceirização**. 10. ed. São Paulo: STS, 2004.
- WERNECKE, Ana Lúcia I. **A indevida fixação de quantitativo mínimo de mão-de-obra em contratos de prestação de serviço**: o precedente do tribunal de Contas da União. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo=16&artigo=353&1=pt>>. Acesso em: 26 maio 2011.

Parecer PGBC-136/2011

Parecer que, em razão da Resolução nº 1.970, de 26 de fevereiro de 2011, do Conselho de Segurança das Nações Unidas, analisa a situação de banco brasileiro que tem entre seus acionistas o governo líbio.

Igor Arruda Aragão
Procurador

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira
Coordenadora-Geral

Ailton Cesar dos Santos
Subprocurador-Geral

Parecer PGBC-136/2011

Brasília, 17 de maio de 2011.

Ementa: Consultoria Bancária e de Normas. Câmara de Consultoria Administrativa e Assuntos Penais (CC3PG). Resolução nº 1.970, de 26 de fevereiro de 2011, do Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU). Decreto nº 7.460, de 14 de abril de 2011. Determinação, aos Estados Membros, de bloqueio de fundos, outros ativos financeiros e recursos econômicos de propriedade ou controlados por indivíduos indicados pelo CSNU. Participação acionária indireta do Central Bank of Libya no Banco ABC Brasil S.A. e na ABC Brasil DTVM S.A. Inclusão dessa participação no conceito de “outros ativos financeiros”, para efeitos da Resolução nº 1.970, de 2011, do CSNU. Possibilidade. Ausência de competência do Banco Central do Brasil para determinar o bloqueio desses bens. Precedentes da Procuradoria-Geral (Cota 2003/06058 (Dejur/PRPIN) e Parecer 2004/00014 (Dejur/PRPIN)). Comunicação ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), do Ministério da Justiça.

Senhora Coordenadora-Geral,

ASSUNTO

O presente processo trata de comunicação dirigida ao Departamento de Prevenção a Ilícitos Financeiros e de Atendimento de Demandas de Informações do Sistema Financeiro (Decic) pelo Banco ABC Brasil S.A. (fl. 1), de seguinte teor:

Em referência a Circular 3511 de 25 de abril de 2011, onde V.S.as solicitam as instituições financeiras a comunicação imediata de fundos, outros ativos financeiros ou recursos econômicos pertencentes ou controlados, direta ou indiretamente por indivíduos ou entidades listados nos itens de a) até k), vimos comunicar que em relação ao item k) Anexo II da Resolução

nº 1.970 de 26/2/2011, do CSNU, relativa a Jamihiriya Árabe da Líbia – cabe nos informar a esta Autoridade que:

1. Desde 27/02/2011 o Banco ABC Brasil adotou, por determinação de seu controlador *Arab Banking Corporation* – Bahrain, procedimentos para atendimento aos requisitos da Resolução 1970 do CSNU, adicionalmente complementados pela Resolução 1973 de 17/03/11, a qual incluiu dentre os nomes indicados, o Banco Central da Líbia.
2. Desta forma, considerando que a Resolução 1973 de 17/3/11 complementou os requisitos da Resolução 1970 de 26/2/11, citada na referida Circular 3.533/11, vimos comunicar a este departamento que o Banco ABC possui as seguintes operações com a entidade abaixo:
Cliente: Central Bank of Libya – Trípoli
Operações: 2 aplicações em Time Deposit (Depósito a prazo no exterior equivalente a um CDB) no valor total de R\$15.753.459,46.

2. A comunicação em epígrafe foi realizada em atenção às disposições da Circular nº 3.533 (fl. 2/4), de 25 de abril de 2011, a qual deu nova redação à Seção 2 do Capítulo 16 do Título 1 do Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI), que passou a dispor:

1. Deve ser imediatamente comunicada ao Banco Central do Brasil/Departamento de Prevenção a Ilícitos Financeiros e de Atendimento de Demandas de Informações do Sistema Financeiro (Decic) a existência de fundos outros ativos financeiros ou recursos econômicos pertencentes ou controlados, direta ou indiretamente:

[...]

k) por indivíduos e entidades listados no Anexo II da Resolução nº 1.970, de 26.02.2011, do CSNU, relativa à Jamahiriya Árabe da Líbia, bem como por indivíduos e entidades apontados pelo Comitê do Conselho de Segurança criado pelo § 24 daquela resolução. A lista consolidada dos indivíduos e entidades a que diz respeito a Resolução nº 1.970, de 2011, encontra-se disponível em <http://www.un.org/sc/committees/1970/> e o inteiro teor do Decreto nº 7.460, de 14 de abril de 2011, que tornou obrigatório o cumprimento da resolução do CSNU pode ser acessado em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7460.htm (NR).

3. A Resolução nº 1.970 (fls. 5/9v.), objeto da modificação realizada no RMCCI pela Circular nº 3.533, de 2011, foi editada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) em 26 de fevereiro de 2011. Esse ato estabelece regime de sanções à Jamahiriya Árabe da Líbia e prevê, entre outras providências, o congelamento de fundos de indivíduos indicados no seu Anexo II. A referida resolução foi incorporada ao ordenamento jurídico nacional por meio do Decreto nº 7.460,¹ de 14 de abril de 2011 (fls. 14/18). O art. 17 da referida resolução dispõe o seguinte:

17. Decide que todos os Estados Membros deverão congelar sem demora todos os fundos, outros ativos financeiros e recursos econômicos que estejam em seus territórios – e que sejam de propriedade ou controlados, direta ou indiretamente, pelos indivíduos ou entidades listados no Anexo II desta resolução, ou designados pelo Comitê estabelecido nos termos do parágrafo 24 abaixo, ou também por indivíduos ou entidades atuando em seu nome ou orientação, ou ainda por entidades de propriedade ou controladas por elas – e decide ademais que todos os Estados Membros deverão assegurar que se impeça a disponibilização de quaisquer fundos, ativos financeiros ou recursos econômicos por seus nacionais e por quaisquer indivíduos ou entidades em seus territórios para, ou em benefício de indivíduos ou entidades listados no Anexo II desta resolução, ou ainda indivíduos designados pelo Comitê. (fl. 15v.).

4. O mencionado Anexo II especifica os nomes de diversas pessoas físicas cujos bens devem ser bloqueados pelos Estados Membros. O referido documento, contudo, não relaciona o nome de nenhuma pessoa jurídica.

5. Em 17 de março de 2011, o CSNU editou a Resolução nº 1.973 (fls. 10/13v.), em complemento à Resolução nº 1970, de 2011, que determina, em seu art. 19, o bloqueio de bens de pessoas físicas e jurídicas listadas no seu Anexo II (fl. 13), entre elas o *Central Bank of Libya*, indicando como justificação para o congelamento o fato de a referida instituição estar “sob o controle de Muammar Qadhafi e sua família, e potencial fonte de financiamento para o seu regime.”

1 Dispõe sobre a execução no Território Nacional da Resolução nº 1970, de 26 de fevereiro de 2011, do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que estabelece regime de sanções à Jamahiriya Árabe da Líbia e prevê, entre outras providências, o embargo de armas e a remessa da situação do país ao Tribunal Penal Internacional, além de determinar proibição de viagens e congelamento de fundos de indivíduos especificamente designados.

6. O Decic pronunciou-se sobre o assunto por meio da Cota Decic/Conaf-2011/9 de fls. 19/20, oportunidade em que se limitou a informar que não conseguiu “identificar decreto internalizando a Resolução CNSU 1.973.” Em seguida, a referida Unidade encaminhou os autos a esta Procuradoria-Geral, “para a adoção das providências necessárias ao cumprimento das resoluções do CSNU.”

7. No âmbito desta Procuradoria-Geral, o processo foi distribuído inicialmente à Câmara de Consultoria Administrativa e Assuntos Penais (CC3PG), onde a Coordenação Geral de Processos de Consultoria e Representação Penal (Copen) elaborou a Nota Jurídica PGBC-3628/2011 (fls. 25/28).

8. Em sua manifestação, a Copen aborda a possibilidade de o Estado brasileiro dar cumprimento às disposições da Resolução nº 1.973, de 2011, do CSNU, diante do fato de esse ato não ter sido incorporado ao ordenamento jurídico nacional mediante a edição de decreto presidencial. A esse respeito, a referida Coordenação concluiu que não haveria obstáculo ao cumprimento da referida resolução, haja vista que:

[...] a Resolução nº 1.970, já incorporada ao direito nacional pelo Decreto nº 7.460, de 2011, é clara no sentido de que os Estados Membros deverão congelar todos os fundos, outros ativos financeiros e recursos econômicos que estejam em seus territórios – e que sejam de propriedade ou controlados, direta ou indiretamente, pelos indivíduos ou entidades listados no Anexo II desta resolução, ou designados pelo Comitê estabelecido nos termos do parágrafo 24, ou também por indivíduos ou entidades atuando em seu nome ou orientação, ou ainda por entidades de propriedade ou controladas por elas.

8. Embora ainda não internalizada, a Resolução nº 1973 revela que o “Banco Central da Líbia, [está] sob o controle de Muammar Qadhafi e sua família, e fonte de potencial financiamento do regime”, fato que não pode ser ignorado pelo Estado Brasileiro quando do cumprimento da Resolução nº 1.970, alcançando, portanto, toda entidade que esteja sob o controle direto ou indireto do Banco Central da Líbia.

9. Desse modo, preenchidas as duas condições: existência de bens no território nacional e que estes sejam de propriedade das pessoas mencionadas no Anexo II da Resolução nº 1970, ou por eles controlados, diretamente ou indiretamente, o bloqueio é possível de ser executado. (fls. 27/27v.).

9. Não obstante, a Copen pondera que, no caso em particular, não haveria providências a serem adotadas pelas autoridades nacionais, uma vez que os recursos financeiros cuja existência foi noticiada pelo Banco ABC Brasil S.A., segundo informações fornecidas pelo Desup, não se encontram em território nacional, “pois foram captados pela agência de Cayman” (fl. 27v.). Assim, estaria descumprida uma das condições estabelecidas pela Resolução nº 1.970, de 2011, do CSNU, para o bloqueio desses bens, qual seja, que estejam localizados no território nacional.

10. Em seguida, a referida Coordenação destaca que, ainda que estivessem presentes todos os pressupostos para o bloqueio financeiro estabelecidos na aludida Resolução, tal medida só poderia ser levada a efeito, no âmbito do País, mediante ordem judicial específica, “eis que não existe no direito brasileiro a figura do bloqueio administrativo de bens para tal finalidade, instrumento jurídico que ainda depende de edição de lei que o preveja expressamente.” A esse respeito, acresce que a autorização judicial para o cumprimento das determinações constantes das resoluções do CSNU deveria ser buscada pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), do Ministério da Justiça, a quem compete “exercer a função de autoridade central para tramitação de pedidos de cooperação jurídica internacional”, nos termos do Decreto nº 6.061,² de 15 de março de 2007. Só então, obtida a chancela do Poder Judiciário, “poderá o Banco Central adotar as medidas no âmbito de sua competência para dar efetividade aos comandos do CSNU.”

11. Ao final, a Copen destaca que, de acordo com o organograma à fl. 22, o Banco ABC Brasil S.A. e ABC Brasil DTVM S.A. possuem participação acionária indireta oriunda do *Central Bank of Lybia*. Diante disso sugere-se o encaminhamento dos autos a esta Câmara de Consultoria Bancária e Regulação Geral (CC1PG), para “análise acerca das medidas que podem ser adotadas por parte desta Autarquia.”

12. Em despacho lançado na nota jurídica em comentário, o Sr. Subprocurador-Geral titular da CC3PG aprova as considerações lançadas nessa manifestação e determina o encaminhamento dos autos a esta CC1PG, para que averigue se o controle indireto do Banco ABC Brasil S.A. e da ABC Brasil DTVM S.A.

2 Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério da Justiça, e dá outras providências – art. 11, inciso IV.

pelo *Central Bank of Lybia* caracteriza “ativos financeiros”, para os efeitos da Resolução nº 1.970, de 2011, do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

13. É o relato que se faz necessário. Doravante, passo à apreciação da questão posta pela CC3PG.

APRECIÇÃO

14. Preliminarmente, cumpre registrar que esta Procuradoria-Geral já se manifestou outras vezes sobre os limites da competência do Banco Central do Brasil para dar cumprimento às determinações veiculadas em Resoluções oriundas do CSNU, notadamente nos casos em que tais atos prescrevem aos Estados Membros o congelamento de fundos, ativos financeiros e recursos econômicos de propriedade de indivíduos e de entidades indicadas por aquele Conselho.

15. A Cota 2003/06058 (Dejur/PRPIN)³ teve por objeto consulta oriunda do então denominado Departamento de Combate a Ilícitos Cambiais e Financeiros (Decif), que encaminhou a essa Procuradoria-Geral ofício do Ministério das Relações Exteriores (MRE), por meio do qual se comunicava a adição de certos nomes à lista de pessoas ligadas à organização Al Qaeda, divulgada pelo CSNU por força da Resolução CSNU nº 1.267, de 15 de outubro de 1999, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 3.267, de 30 de novembro de 1999. A referida Resolução, entre outras medidas, recomenda aos Estados associados à ONU que procedam ao congelamento de bens e fundos pertencentes aos talibãs.

16. Na ocasião, o Decif questionava, entre outros pontos, sobre a existência de amparo legal para que aquela Unidade determinasse “o congelamento imediato dos ativos financeiros em nome das pessoas citadas pelo CSNU, com fundamento nos decretos presidenciais.” Na oportunidade, esta Procuradoria-Geral asseverou o seguinte:

9. Cumpre ressaltar que os decretos que determinam a execução das resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas no território nacional não identificam, salvo excepcionalmente, as pessoas cujos bens devem ser bloqueados. Por exemplo, o art. 2º do Decreto nº 3.267, de

3 De autoria de Cristiano de Oliveira Lopes Cozer, aprovada por Ailton Cesar dos Santos.

1999, determina o bloqueio dos fundos e demais recursos financeiros de propriedade talibã, mas não identifica as pessoas direta ou indiretamente associadas ao regime. O art. 4º do Decreto nº 3.755, de 2001, embora determine o bloqueio dos fundos e recursos financeiros de Osama bin Laden, alude igualmente a “pessoas e empresas a ele associados”. A seu turno, o Decreto nº 3.976, de 2001, apenas determina “às autoridades brasileiras (...), no âmbito das suas respectivas atribuições”, o cumprimento da Resolução CSNU nº 1.373, de 2001, cujo texto é encaminhado em anexo. Tal Resolução atém-se a determinar o congelamento de fundos e outros ativos financeiros de pessoas que perpetram, ou intentam perpetrar, atos terroristas, ou que participam da execução de tais atos.

10. Em todos os casos mencionados, à exceção da expressa alusão a Osama bin Laden, os preceitos veiculados por Decreto têm caráter geral e abstrato, de modo que devem ser concretizados, no curso de sua aplicação, pelos órgãos e autoridades públicas competentes. **Ora, o Banco Central do Brasil não conta com atribuições para determinar o bloqueio de bens de quem quer que seja, senão, ao que me recordo, em uma única e excepcional hipótese: no caso da decretação de liquidação extrajudicial de instituição financeira.**

11. **Por essa razão, deve o Banco Central do Brasil limitar-se a retransmitir, às instituições financeiras, o teor da comunicação efetuada pelo MRE, no interesse da cooperação entre os órgãos integrantes da administração pública e em vista da particular facilidade de comunicação proporcionada pelo Sisbacen.** O procedimento atualmente adotado pelo Decif e descrito no item 4 da manifestação de fl. 38 e 39, por conseguinte, assemelha-se correto. **Não descarto a possibilidade de que o próprio órgão competente para determinar o bloqueio encaminhe, ao Banco Central do Brasil, a ordem de bloqueio de bens de pessoas determinadas. Mesmo nesse caso, esta Autarquia limitar-se-ia a retransmitir a ordem de bloqueio, nos exatos termos em que foi emitida pelo órgão competente.**

12. Em conclusão, sugiro que as retransmissões, pelo Decif, das comunicações que trazem os nomes de pessoas cujos bens devem ser bloqueados reproduzam fielmente o teor com que foram recebidas por esta Autarquia, especificando que constituem meras retransmissões. (G.n.)

17. Consulta semelhante também foi encaminhada à apreciação desta Procuradoria-Geral pelo então chamado Departamento de Capitais Estrangeiros e Câmbio (Decec), que indagava sobre os termos do Decreto nº 4.775, de 9 de

julho de 2003, que “dispõe sobre a execução no Território Nacional da Resolução 1.483, de 22 de maio de 2003, do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que modifica o regime de sanções contra o Iraque.” O assunto foi examinado no Parecer 2004/00014 (Dejur/PRPIN).⁴

18. Conforme consignado nesse Parecer, o item 23 da aludida Resolução do CSNU determinou, aos Estados-Membros da ONU, que procedessem ao congelamento de fundos, ativos financeiros ou recursos econômicos de propriedade do antigo Governo do Iraque, ou dos entes de sua administração pública, ou que tenham sido retirados do Iraque ou adquiridos por Saddam Hussein, por altos funcionários do antigo regime iraquiano ou pelos membros mais próximos de suas famílias. Determinou o CSNU, ademais, a imediata transferência dos recursos congelados para o Fundo para o Desenvolvimento do Iraque.

19. Diante dessas disposições, o Decec questionou o seguinte:

- a) caso determinado banco suspeito ou tenha a certeza de que é mantenedor de recursos descritos no item 2, deve entrar em contato com qual(is) órgão/entidade governamental?
- b) Este Banco Central, caso detecte ou seja informado da existência de tais recursos, pode torná-los indisponíveis para seu titular, sem instauração de processo administrativo destinado a confirmar que os recursos são de fato objeto da Resolução?
- c) Uma vez confirmado que se trata realmente dos recursos objeto da Resolução, cabe ao Banco Central alterar sua titularidade e transferi-los imediatamente para o Fundo de Desenvolvimento para o Iraque, sem a adoção de qualquer ação no âmbito da Justiça Federal?

20. Sobre o assunto, esta Procuradoria-Geral, corroborando as razões esposadas na já mencionada Cota 2003/06058 (Dejur/PRPIN), considerou:

8. A Resolução do CSNU e o Decreto que determinou sua observância, no território nacional, nada dizem a respeito dos órgãos aos quais incumbiria dar cumprimento aos preceitos neles contidos. Cumpre localizar, por isso, os órgãos que, em conformidade com a lei brasileira, têm competência para atender às prescrições do CSNU.

4 De autoria de Cristiano de Oliveira Lopes Cozer, aprovado por Ailton Cesar dos Santos.

9. Segundo a Constituição da República (art. 21, I), compete à União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais. A seu turno, a Lei nº 10.683, de 28 de abril de 2003, que “dispõe sobre a organização da Presidência da República, dos Ministérios e dá outras providências”, dispõe no art. 27, XIX, que constituem áreas de competência do Ministério das Relações Exteriores a política internacional (alínea *a*) e os programas de cooperação internacional (alínea *d*). Adicionalmente, o parágrafo único do art. 1º do Decreto nº 4.759, de 21 de junho de 2003, que “aprova a estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão e das funções gratificadas do Ministério das Relações Exteriores e dá outras providências”, dispõe que “cabe ao Ministério auxiliar o Presidente da República na formulação da política exterior do Brasil, assegurar sua execução e manter relações com Estados estrangeiros, organismos e organizações internacionais.”

10. **Verifica-se, portanto, que incumbe ao Ministério das Relações Exteriores zelar pelo cumprimento dos preceitos oriundos do Conselho de Segurança das Nações Unidas, tão logo tenham sido internalizados por decreto editado pelo Presidente da República. Tal competência, naturalmente, não afasta as atribuições de outras entidades e órgãos federais, desde que contem com competência na área. Por essa razão, também o Coaf, que integra a estrutura do Ministério da Fazenda, deve ser comunicado de fatos que pareçam enquadrar-se nas situações arroladas pela Resolução do CSNU, dado que ele é encarregado, entre outras competências, de examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.**

11. **Por tais razões, julgo que a existência de fundos, ativos financeiros ou recursos econômicos de propriedade do antigo Governo do Iraque, ou dos entes de sua administração pública, ou que tenham sido retirados do Iraque ou adquiridos por Saddam Hussein, por altos funcionários do antigo regime iraquiano ou pelos membros mais próximos de suas famílias deve ser comunicada ao MRE e ao Coaf, como vem fazendo o Decif a respeito dos fundos de propriedade da Al Qaeda ou de seus integrantes.**

12. As duas outras questões postas pelo Decec [...] foram objeto da já referida Cota/2003/06058/Dejur/PRPIN: **esta Autarquia não tem atribuições para determinar o bloqueio de bens de quem quer que seja, com exceção da hipótese de decretação de liquidação extrajudicial.** Por essa razão, o Banco Central do Brasil deve limitar-se a comunicar, ao MRE e ao Coaf, a existência de ativos que pareçam enquadrar-se nas hipóteses

listadas na Resolução do CSNU, quando delas tiver conhecimento em decorrência do exercício de suas atribuições legais, para que tais entidades adotem as necessárias providências. Tais entidades naturalmente avaliarão, em suas respectivas esferas, quais medidas são compatíveis com o princípio constitucional do devido processo legal, para que possam proceder ao bloqueio dos bens e à sua transferência ao Fundo de Desenvolvimento do Iraque.

13. [...] Eventuais dúvidas apresentadas pelas instituições financeiras com respeito à aplicação do Decreto (por exemplo, dúvidas atinentes ao eventual enquadramento de determinados bens no rol de ativos que devem ser bloqueados) não podem ser dirimidas por esta Autarquia, que, como salientei, não tem competência para a matéria.

14. Em conclusão, o Banco Central do Brasil não tem competência para determinar o bloqueio de ativos em decorrência da aplicação do Decreto nº 4.775, de 9 de julho de 2003. Deve esta Autarquia limitar-se a comunicar, ao MRE e ao Coaf, a existência de eventuais fundos, ativos financeiros ou recursos econômicos mencionados no item 23 do Anexo ao Decreto, quando deles tiver conhecimento em virtude do exercício de suas atribuições legais.

21. Assim, de acordo com os precedentes anteriormente expostos, esta Autarquia não tem competência para determinar o bloqueio de bens de quem quer que seja, excetuada a hipótese de decretação de liquidação extrajudicial, notadamente de fundos, ativos financeiros ou recursos econômicos em decorrência da aplicação de Resoluções do CSNU. Por conseguinte, também não tem competência para dirimir “dúvidas atinentes ao eventual enquadramento de determinados bens no rol de ativos que devem ser bloqueados.” Desse modo, nos casos em que esta Autarquia for noticiada pelas instituições financeiras da existência de fundos, ativos financeiros ou recursos econômicos de propriedade ou controlados pelas pessoas e entidades indicadas pelo CSNU, deverá limitar-se a repassar essas informações às autoridades responsáveis por adotar as medidas cabíveis.

22. Disso resulta que a elucidação da questão posta pela CC3PG – enquadramento da participação societária do Central Bank of Libya no Banco ABC Brasil S.A. no conceito de “outros ativos financeiros”, para efeitos da Resolução nº 1.970, de 2011, do CSNU – se prestará para viabilizar eventual

comunicação às autoridades competentes da existência de bens passíveis de congelamento, nos termos da referida Resolução.

23. Tecidas essas considerações vestibulares, passo, doravante, a examinar a questão nuclear aventada pela CC3PG.

24. O gráfico de fl. 22 revela que o *Central Bank of Libya* detém indiretamente, isto é, por intermédio de interpostas pessoas jurídicas, quais sejam, a *Arab Bank Corporation* (BSC) e a *Marsau Uruguay Holdings Sociedad Anónima*, 57,28% do capital social do Banco ABC Brasil S.A. (Banco ABC), e, por meio dessa última instituição bancária, 99,9% do capital da ABC Brasil DTVM S.A. (ABC DTVM). Todavia, não há nos autos informações mais detalhadas sobre a forma de composição dessas participações societárias, isto é, se divididas em ações ordinárias e preferenciais ou se compostas apenas por uma dessas espécies de ações. Também não há notícias de que as sociedades indicadas no gráfico são sociedades anônimas de capital fechado ou aberto.

25. Outrossim, não se pode afirmar que o *Central Bank of Libya*, exclusivamente pelo percentual de participação societária que detém do Banco ABC e na ABC DTVM, seja controlador dessas instituições financeiras, pois, de acordo com os precedentes dessa Procuradoria-Geral, “o fenômeno do controle societário configura **mais uma situação de fato** do que de direito, a ser medida ao longo do tempo [...]”⁵ Com efeito, no Parecer 2004/00120 (Dejur/PREXT),⁶ examinou-se situação concreta em que ficou caracterizado como controlador sócio detentor de apenas 0,11% das ações de companhia, embora o outro sócio detivesse os demais 99,89% do capital votante. Na oportunidade, assentou-se que a caracterização do controle de uma sociedade anônima deve ser apurada no exame do caso concreto, mediante a verificação do preenchimento dos requisitos listados no art. 116⁷ e 243⁸ da Lei nº 6.404,⁹ 15 de dezembro de 1976.

5 Cf. despacho lançado pela Dra. Norma do Rego Monteiro Ferreira no Parecer 2000/00773 (Dejur/PRBAD), de autoria de Norma do Rego Monteiro Ferreira.

6 De autoria de Jáder Amaral Brillante, com despachos de Nelson Alves de Aguiar Junior, Ailton Cesar dos Santos e Francisco José de Siqueira

7 Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.”

8 Art. 243. Omissis [...] § 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

9 Dispõe sobre as sociedades por ações.

26. Não obstante, para solução da questão posta pela CC3PG, importa saber que as participações societárias do *Central Bank of Lybia* no capital do Banco ABC e da ABC DTVM são resultado da aquisição de ações dessas instituições. Desse modo, cabe verificar se tais ações podem ser enquadradas no conceito de “outros ativos financeiros”, nos termos do art. 17 da Resolução nº 1.970, de 2011, do CSNU.

27. A Resolução em apreço não define o que se deve entender por “outros ativos financeiros” (*other financial assets*), bem como por “fundos” (*funds*) e por “recursos econômicos” (*economic resources*). Tais expressões encerram um conceito jurídico indeterminado, isto é, de significado fluido, impreciso. Permitem, portanto, dentro de um determinado espectro de razoabilidade, diversas interpretações, que serão conferidas por aquele que for aplicá-las ao caso concreto.

28. A escolha do CSNU por utilizar conceitos indeterminados para identificar os bens que devem ser objeto de congelamento, do ponto de vista teleológico, faz todo sentido, pois a finalidade da sanção é indisponibilizar todos os bens possam servir de “potencial fonte de financiamento para o regime” de Muammar Qadhafi, com exceção daqueles descritos no art. 19¹⁰ da Resolução. Entendo, portanto, que a interpretação à expressão “outros recursos financeiros”, sem desbordar dos limites do razoável, deve ser a mais abrangente possível.

29. O art. 7º da Lei nº 6.404, de 1976, prescreve que o capital social poderá ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro. Por sua vez, o art. 11 do referido diploma estabelece que o estatuto fixará o número de ações em que se divide o capital

10 “19. Decide que as medidas impostas pelo parágrafo 17 acima não se aplicam a fundos, outros ativos financeiros ou recursos econômicos que os Estados Membros interessados determinem como: a) Necessários para despesas básicas, inclusive o pagamento de gêneros alimentícios, alugueis ou hipotecas, medicamentos e tratamento médico, impostos, prêmios de seguro e encargos por serviços públicos, ou exclusivamente para o pagamento de honorários profissionais razoáveis e o reembolso de despesas associadas à prestação de serviços jurídicos conforme as legislações nacionais, ou ainda de honorários e taxas de serviço conforme as legislações nacionais, para a conservação ou manutenção rotineira de ativos congelados, outros ativos financeiros e recursos econômicos, após notificação ao Comitê, pelo Estado pertinente, da intenção de autorizar, onde apropriado, o acesso a esses fundos, outros ativos financeiros ou recursos econômicos, e na ausência de decisão negativa pelo Comitê, no prazo de cinco dias úteis após aquela notificação; b) Necessários para despesas extraordinárias, desde que essa determinação tenha sido notificada ao Comitê por Estado ou Estados Membros pertinentes e tenha sido por ele aprovada; ou c) Objetos de gravames ou ditames judiciais, administrativos ou arbitrais, em cujo caso, os fundos, outros ativos financeiros e recursos econômicos podem ser utilizados para satisfazer aquela obrigação ou julgamento, desde que aqueles gravames ou ditames sejam anteriores à data da presente resolução, não beneficiem pessoa ou entidade designadas nos termos do parágrafo 17 acima, e tenham sido notificados pelo Estado ou Estados Membros pertinentes ao Comitê;”

social. Interpretando conjuntamente os referidos preceitos legais, infere-se que as ações de uma companhia consubstanciam uma fração da contribuição do acionista à formação do capital social, e que equivalem, em última instância, a dinheiro ou um bem suscetível de avaliação em dinheiro.

30. Rubens Requião classifica as ações como bens móveis, que conferem ao seu titular, concomitantemente, direitos patrimoniais (participação nos lucros e no resíduo patrimonial líquido que restar da liquidação da sociedade) e pessoais (direito de participar da sociedade, influenciando nas suas deliberações e fiscalizando seus negócios).¹¹

31. Fábio Ulhoa Coelho, por sua vez, classifica as ações como valores mobiliários, ressaltando a utilidade desses instrumentos para a captação de recursos para o financiamento da companhia:

Valores mobiliários são instrumentos de captação de recursos, para o financiamento da empresa, explorada pela sociedade anônima, que os emite, e representam, para que os subscreve ou adquire, uma alternativa de investimento. A lei lista os principais tipos de valores mobiliários, que são a ação, as partes beneficiárias, as debêntures, os bônus de subscrição, e os respectivos cupões e certificados de depósitos.¹²

A ação é o valor mobiliário representativo de uma parcela do capital social da sociedade anônima emissora que atribui ao seu titular a condição de sócio desta. Ao fracionar o capital social da anônima em valores mobiliários, a lei facilita a negociação de participação societária desse tipo de sociedade e ressalta a natureza de investimento do ato de ingresso no seu quadro de sócios. (G.n.).¹³

32. Sobre as ações, cabe ainda colacionar os seguintes comentários de Modesto Carvalhosa:

As ações são bens e, portanto, objetos de direito. E, como tais, pode ser objeto de diversos negócios jurídicos.

As ações podem ser objeto de venda e cessão, bem como de promessa de venda, opção de compra (art. 168) e cessão de subscrição. Podem ainda

11 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial* – 2º Volume. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 74 e 75.

12 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial* – Vol. 2. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 136.

13 *Idem*, p. 82.

ser objeto de penhor (art. 39), caução de títulos (arts. 1.431 e 1.432 do CC de 2002), bem como de usufruto, doação, fideicomiso (art. 40). Também podem ser objeto de alienação fiduciária em garantia (art. 40) [...]

Pela sua natureza de bens incorpóreos, as ações escriturais (art. 34) não são objeto de compra e venda, mas de cessão, nem se prestam à tradição. Não obstante, podem as escriturais ser objeto de penhor (arts. 1.451 a 1.460 do CC de 2002) e de alienação fiduciária. Evidentemente, podem ser objeto de doação, usufruto e fideicomiso.

A negociabilidade, com exceção da preferencial de classe especial (§ 7º, art. 17), é atributo essencial da ação. Sendo a sociedade eminentemente de capitais e não de pessoas, não importa na verdade, quem seja o sócio; o que importa é o capital, cujas parcelas (ações) podem ser livremente negociadas.¹⁴

33. Observa-se, portanto, que as ações, como valores representativos de parcela do capital social da companhia, são bens móveis, que possuem um valor correspondente a uma quantia em dinheiro e, na condição de valor mobiliário, possuem, na sua essência, negociabilidade no mercado financeiro. Além do mais, podem ser objeto de diversas espécies de negócios jurídicos capazes de gerar renda para seus subscritores. Fica claro que a negociação de ações é atividade cujo resultado financeiro pode perfeitamente servir ao propósito de financiar às atividades que o CNSU busca tolher.

34. Nada obstante, pode-se perquirir um pouco mais sobre o significado de “ativo financeiro”, a fim de eliminar a possibilidade de as ações não serem compreendidas nesse conceito.

35. De Plácido e Silva propõe a seguinte definição para ativo:

Quer em linguagem estritamente jurídica, quer em linguagem tecnicamente comercial, é sempre representativo da existência de um bem, de um valor, ou de um crédito, que pertence a determinada pessoa ou a certa entidade jurídica.

Está sempre colacionado em oposição ao passivo, **que representa ou mostra a existência de dívida ou obrigação, ou um ônus qualquer, que pesa sob a responsabilidade da pessoa ou da entidade.**

Na linguagem técnico-comercial, o ativo é o haver, é o que se tem, ou se

14 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas – Volume 1 – Artigos [do] 1º a [o] 74. 5. ed.* São Paulo: Saraiva, 2009, p. 142.

possui, indicando todo o acervo de bens de quaisquer espécies, que forma o conjunto patrimonial da pessoa.

Assim, ativo indica o patrimônio, ou seja, a totalidade de bens ou haveres, pertencentes à pessoa, desde que **avaliáveis ou apreciáveis em dinheiro**.

E, por este modo, se diz ativo, para significar **toda espécie de valor com que a pessoa pode contar para satisfazer suas obrigações ou seus compromissos (G.n.)**.¹⁵

36. Tendo em vista que a ação representa um direito patrimonial e pessoal do sócio contra a sociedade, quantificável em dinheiro, que pode ser utilizado pelo seu subscritor para satisfação de obrigações, não há receio em afirmar que esse instrumento de captação, no sentido empregado por De Plácido e Silva, pode ser considerado como um ativo.

37. De outro lado, nota-se que a Lei nº 6.404, de 1976, em seu art. 178, estabelece que as contas que comporão o balanço patrimonial da companhia, no que diz respeito ao ativo, serão dispostas nos seguintes grupos, em ordem decrescente liquidez dos elementos nelas registrados: i) ativo circulante; e ii) ativo não circulante, composto por ativo realizável a longo prazo, **investimentos**, imobilizado e intangível.

38. Em seguida, o art. 179 da referida lei estabelece que serão classificadas no grupo dos investimentos as **participações permanentes em outras sociedades** e os direitos de qualquer natureza, não classificáveis no ativo circulante, e que não se destinem à manutenção da atividade da companhia ou da empresa. Modesto Carvalhosa, comentando esse dispositivo da Lei das S/A, esclarece o que se deve compreender por **participações permanentes em outras sociedades**:

A participação permanente em outras sociedades é normalmente representada por ações ou quotas do capital de outras sociedades.

Não define a lei o que se deve entender por *participações permanentes*. Normalmente, os investimentos feitos em caráter permanente vinculam a sociedade investidora e a sociedade em que foi feito o investimento. **Por isso é comum identificar o investimento permanente com investimento feito em empresas coligadas ou controladas**, tal como fez o item XII do Capítulo II do Regulamento anexo à Circular nº 179, de 1972, do Banco Central do Brasil. (G.n.).¹⁶

15 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico* – Volume I – A – C. São Paulo: Forense, 1975, p. 179.

16 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas* – Volume 3 – Artigos [de] 138 a 205. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 590.

39. Para efeitos contábeis, portanto, as participações societárias em outras sociedades coligadas ou controladas devem ser consideradas como ativo da sociedade. A esse respeito, vale acrescentar que o Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (COSIF), criado com a Circular 1.273, em 29 de dezembro de 1987, classifica as ações e as participações permanentes em outras sociedades, inclusive subsidiárias no exterior, **no ativo**, no grupo Permanente – Investimentos (Capítulo 1 – Normas Básicas, Título 1 – Princípios Gerais, Seção 5 – Classificação de Contas).

40. A expressão “ativo financeiro”, por sua vez, possui significado mais restrito, parecendo, a meu sentir, estar mais relacionada àqueles ativos passíveis de negociação no mercado financeiro. Percebe-se que a expressão é utilizada de modo bastante abrangente e interpretada de modo distinto, conforme o campo do conhecimento em referência. Do ponto de vista das ciências econômicas, por exemplo, ativo financeiro pode ser entendido do seguinte modo:

Ativo caracterizado por direitos decorrentes de obrigações assumidas por agentes econômicos, **normalmente negociados no mercado financeiro**. Compreendem principalmente títulos públicos, certificados de depósitos bancários (CDBs), **debêntures** e outros.¹⁷ (G.n.).

41. Emilio Garofalo Filho, em obra intitulada Dicionário de Comércio Exterior e Câmbio, define ativo financeiro como:

Ativo financeiro: é todo e qualquer título representativo de parte patrimonial ou dívida: **ações**, títulos do Tesouro Nacional, do Banco Central, dinheiro, letras de câmbio, entre outros. No Brasil, em função de decisão inscrita na Constituição, o ouro pode ter tratamento de ativo financeiro pelo Banco Central.¹⁸ (G.n.).

42. Em consulta à diversos dicionários eletrônicos da língua inglesa disponíveis na rede mundial de computadores, encontrei diversas definições para o termo “*financial assets*”, que, em comum, tem o fato incluírem ações no seu significado (*shares*, *stocks* ou mesmo *securities*, termo que engloba todos os

17 SANDRONI, Paulo. *Dicionário de Economia do Século XXI*. Rio de Janeiro: Record, 2008, p. 50.

18 FILHO, Emílio Garofalo. *Dicionário de Comércio Exterior e Câmbio*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 18.

valores mobiliários). Malgrado essas fontes de pesquisas não sejam oficiais, vale, a título de ilustração, colacionar os seus resultados:

<http://www.businessdictionary.com/>

“Money at hand, or easily accessible, in the form of cash deposits, checks, loans, accounts receivable, and marketable securities (bonds, notes, shares).”

<http://www.investorwords.com/>

“A non-physical asset, such as a security, certificate, or bank balance. opposite of non-financial asset.”

<http://www.investopedia.com/>

“What Does Financial Asset Mean?”

An asset that derives value because of a contractual claim. Stocks, bonds, bank deposits, and the like are all examples of financial assets.”

43. Por último, logrei encontrar definição da própria Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o termo “*financial assets*”, que também engloba o termo “*share*” (ações), bem como “*equity*”, que expressa mais precisamente a ideia de participação societária. Tal definição consta do *United Nations System of National Accounts* (SNA ou Unsna) ou Sistema de Contas Nacionais das Nações Unidas. Trata-se de um conjunto padrão de recomendações, internacionalmente aceito, de como compilar medidas da atividade econômica. O SNA descreve um coerente, consistente e integrado conjunto de contas macroeconômicas dentro do conjunto de conceitos, definições, classificações e regras contábeis internacionalmente aceitos. O SNA é destinado ao uso por todos os países, tendo sido projetado para acomodar as necessidades dos países em diferentes estágios de desenvolvimento econômico.¹⁹ O item 11.8 do Capítulo 11 do SNV, versão de 2008, dispõe o seguinte:

19 Tradução livre do autor, a partir do original: “The System of National Accounts (SNA) is the internationally agreed standard set of recommendations on how to compile measures of economic activity. The SNA describes a coherent, consistent and integrated set of macroeconomic accounts in the context of a set of internationally agreed concepts, definitions, classifications and accounting rules. In addition, the SNA provides an overview of economic processes, recording how production is distributed among consumers, businesses, government and foreign nations. It shows how income originating in production, modified by taxes and transfers, flows to these groups and how they allocate these flows to consumption, saving and investment. Consequently, the national accounts are one of the building blocks of macroeconomic statistics forming a basis for economic analysis and policy formulation. The SNA is intended for use by all countries, having been designed to accommodate the needs of countries at different stages of economic development. It also provides an overarching framework for standards in other domains of economic statistics, facilitating the integration of these statistical systems to achieve consistency with the national accounts.” Informações extraídas do sítio da Organização das Nações Unidas na internet, no endereço: <<http://unstats.un.org/unsd/nationalaccount/sna.asp>>.

Os ativos financeiros são todos os créditos financeiros, ações ou outras participações em sociedades, mais barras de ouro detidas por autoridades monetárias como um ativo de reserva. Barras de ouro detidas pelas autoridades monetárias como ativo de reserva são tratadas como um ativo financeiro, embora os titulares não tenham um crédito contra outras unidades designadas. Ações são consideradas como ativos financeiros, embora o crédito financeiro que os seus titulares tenham sobre a corporação não seja uma quantia monetária fixa ou predeterminada. (G.n.).²⁰

44. Diante do exposto, depreende-se que as ações que materializam a participação societária do *Central Bank of Libya* no capital do Banco ABC e da ABC DATVM estão incluídas do conceito de “outros ativos financeiros”, mencionado no art. 17 da Resolução nº 1.970, de 2011, do CSNU.

45. Cumpre ainda verificar quais as medidas poderiam ser adotadas por esta Autarquia diante da notícia da existência de bens que podem ser enquadrados no conceito de “outros ativos financeiros”, para efeitos da Resolução nº 1.970, de 2011, do CSNU.

46. De antemão, cumpre endossar as razões esposadas na Cota 2003/06058 (DEJUR/PRPIN), no Parecer 2004/00014 (DEJUR/PRPIN) e na Nota Jurídica PGBC-3628/2011, no sentido de que esta Autarquia não tem competência para, *sponte sua*, bloquear bens de quem quer que seja, notadamente fundos, ativos financeiros ou recursos econômicos de indivíduos e entidades apontadas pelo CSNU, em decorrência da aplicação de suas Resoluções. Para tanto, seria necessária autorização judicial, a ser buscada atualmente, conforme identificou a CC3PG, pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), do Ministério da Justiça, a quem compete “exercer a função de autoridade central para tramitação de pedidos de cooperação jurídica internacional”, nos termos do Decreto nº 6.061, de 2007. Nesse momento, portanto, caberia a esta Autarquia apenas repassar as informações recebidas ao DRCI, autoridade responsável por conduzir as ações necessárias ao congelamento dos ativos em questão.

20 Tradução livre do autor, a partir do original: “Financial assets consist of all financial claims, shares or other equity in corporations plus gold bullion held by monetary authorities as a reserve asset. Gold bullion held by monetary authorities as a reserve asset is treated as a financial asset even though the holders do not have a claim on other designated units. Shares are treated as financial assets even though the financial claim their holders have on the corporation is not a fixed or predetermined monetary amount.”

47. Caso o Poder Judiciário, afinal, decida determinar a esta Autarquia o bloqueio de ações que representam a parcela de participação do *Central Bank of Libya* no capital do Banco ABC e da ABC DTVM, quais medidas poderiam ser tomadas no âmbito deste Banco Central? Desde já, é possível tecer algumas considerações a esse respeito.

48. Em primeiro lugar, vislumbra-se que o campo de atuação desta Autarquia seria bastante reduzido, tendo em vista que a emissão e a distribuição de valores mobiliários no mercado, a negociação e a intermediação no mercado de valores mobiliários, a organização, o funcionamento e o funcionamento das Bolsas de Valores, nos termos do art. 1º da Lei nº 6.385,²¹ de 7 de dezembro de 1976, competem à Comissão de Valores Mobiliários (CMV).²²

49. Assim, restaria a este Banco Central adotar medidas que, sem invadir o campo de atuação da CVM, obstassem a alienação das ações em comento. Seria o caso, por exemplo, de o Departamento de Organização do Sistema Financeiro (Deorf) não aprovar aquelas operações, submetidas ao crivo desta Autarquia em função do disposto na Resolução nº 3.040,²³ de 28 de novembro de 2002, que possam resultar na transferência de titularidade dessas ações, como, por exemplo, operações de reorganização societária ou de transferência de controle societário. Todavia, existe o receio de que, mesmo com adoção de uma tal medida, a finalidade buscada pela Resolução do CSNU, qual seja o congelamento dos ativos financeiros dos indivíduos e entidades nela indicadas, seja frustrada, conforme passo a demonstrar.

50. É sabido que as operações societárias em referência, *verbi gratia*, reorganização societária ou transferência de controle societário, dependem da chancela deste Banco Central para serem válidas no plano jurídico e, assim, produzir seus efeitos legais. No entanto, pode ocorrer de o negócio jurídico a elas subjacente ser realizado sob condição suspensiva²⁴ e de o pagamento dos

21 Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

22 A propósito, o art. 9º, § 1º, inciso I, da Lei nº 6.385, de 1976, prescreve o seguinte: “Art. 9º A Comissão de Valores Mobiliários, observado o disposto no § 2º do art. 15, poderá: [...] § 1º Com o fim de prevenir ou corrigir situações anormais do mercado, a Comissão poderá: I – Suspender a negociação de determinado valor mobiliário ou decretar o recesso de Bolsa de Valores.” (G.n.)

23 Dispõe sobre os requisitos e procedimentos para a constituição, a autorização para funcionamento, a transferência de controle societário e a reorganização societária, bem como para o cancelamento da autorização para funcionamento das instituições que especifica.

24 De acordo com o art. 125 do Código Civil: “Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, na se terá adquirido o direito, a que ele visa.”

valores envolvidos, no todo ou em parte, ser logo efetivado, isto é, antes de a operação ser aprovada por esta Autarquia. Nesse caso, ainda que o ato, afinal, não seja aprovado por este Banco Central, e, assim, do ponto de vista jurídico, seja considerado inválido e ineficaz, na prática, os recursos financeiros objeto do negócio já teriam sido transferidos de uma parte para outra, sendo incerta a disposição da parte que os recebeu de restituí-los àquela que os entregou.

51. No Parecer 2004/00014 (Dejur/PRPIN), mencionou-se a possibilidade de este Banco Central decretar o bloqueio de bens na hipótese de decretação de liquidação extrajudicial.²⁵ Não obstante, sobre essa questão específica, melhor dirá a Câmara de Contencioso Administrativo e Consultoria de Regimes Especiais (CC4PG), tendo em vista o disposto no art. 5º, inciso V, alínea b,²⁶ da Portaria 59.979,²⁷ de 2 de setembro de 2010.

52. Por último, cumpre registrar que, durante o exame do presente processo, chegou ao nosso conhecimento que o Departamento de Monitoramento do Sistema Financeiro e de Gestão da Informação (Desig) veiculou a seguinte notícia no Relatório de Acompanhamento de Liquidez – [de] 10/5/2011 a 11/5/2011:

Destaca-se a redução, muito acima do normal, do estoque de TPF do ABC-Brasil em R\$ 474 milhões, sendo R\$ 316 milhões não identificados.

53. Sobre essa situação, o Departamento de Supervisão de Bancos e Conglomerados Bancários (Desup) sinalizou que “não houve comprometimento da liquidez da instituição.” Entendo que tal registro também pode ser levado ao conhecimento da CC4PG para apreciação e manifestação.

25 Com efeito, o arts. 36 da Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, prescreve o seguinte: “Art. 36. Os administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou em falência, ficarão com todos os seus bens indisponíveis não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades.”

26 “Art. 5º As áreas de atuação dos Subprocuradores-Gerais, para efeito de supervisão técnica dos órgãos centrais e descentralizados da Procuradoria-Geral, ficam definidas de acordo com os seguintes conteúdos temáticos: [...] V – ao Subprocurador-Geral titular da CC4PG compete: [...] b) a supervisão da área de consultoria em matéria de regimes especiais;” (G.n.).

27 Dispõe sobre a definição das áreas de atuação do Procurador-Geral Adjunto e dos Subprocuradores-Gerais, a organização da Chefia do Gabinete do Procurador-Geral e das câmaras temáticas, bem como sobre a vinculação administrativa e a supervisão técnica dos órgãos da Procuradoria-Geral.

CONCLUSÃO

54. Diante do exposto, conclui-se que as ações que materializam a participação do *Central Bank of Libya* no capital social do Banco ABC Brasil S.A. e da ABC Brasil DTVM S.A. estão incluídas no conceito de “outros ativos financeiros”, mencionado no art. 17 da Resolução nº 1.970, de 2011, do CSNU. Conquanto esta Autarquia, segundo os precedentes desta Procuradoria-Geral, não tenha competência para determinar o bloqueio desses bens por iniciativa própria, deve comunicar a existência da referida participação acionária detida pelo *Central Bank of Libya* ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), do Ministério da Justiça, diante da competência desse órgão para conduzir as ações necessárias ao congelamento de fundos, outros ativos financeiros e recursos econômicos a que alude o art. 17 da Resolução nº 1.970, de 2011, do CSNU, conforme identificou a CC3PG na Nota Jurídica PGBC-3628/2011.

À consideração de Vossa Senhoria.

Igor Arruda Aragão
Procurador

De acordo.

Ao Sr. Subprocurador-Geral, titular da CC1PG, nos termos da Ordem de Serviço nº 4.445, de 9 de fevereiro de 2009.

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira
Coordenadora-Geral

(segue despacho)

De acordo com o bem elaborado parecer.

Encaminhem-se os autos à CC4PG, conforme proposto.

Ailton Cesar dos Santos

Subprocurador-Geral

Petição PGBC-3340/2011

Recurso de apelação interposto contra sentença que declarou prescritas as pretensões à restituição dos ex-consorciados quanto aos créditos não procurados após o encerramento do respectivo grupo consorcial.

Angela Sirangelo Belmonte de Abreu
Subprocuradora-Regional

Lademir Gomes da Rocha
Procurador Regional

Exmo. Sr. Juiz Federal da 6ª Vara Federal de Porto Alegre, Seção Judiciária do Rio Grande do Sul:

PROCESSO Nº 2008.71.00.000510-4
AUTOR: SINOSSERRA CONSÓRCIOS S/A
RÉU: BANCO CENTRAL DO BRASIL

BANCO CENTRAL DO BRASIL, autarquia federal criada pela Lei 4.595/64, com sede em Brasília/DF e Procuradoria Regional em Porto Alegre, RS, pelos procuradores que esta subscrevem por mandato *ex lege* (Lei Complementar nº 73/93, art. 17, I c/c Lei n º 9.650/98, art. 4º, I), vem à presença de Vossa Excelência, nos autos do processo em referência, interpor, com fundamento no art. 513 e seguintes do CPC,

RECURSO DE APELAÇÃO

em face da sentença que rejeitou as preliminares arguidas e julgou procedente a ação, nos termos do art. 269, inciso I, do CPC, nos termos das razões a seguir aduzidas.

Pede deferimento.

Porto Alegre, 2 de maio de 2011.

Angela Sirangelo Belmonte de Abreu
Subprocuradora-Regional

Lademir Gomes da Rocha
Procurador-Regional

RAZÕES DE APELAÇÃO

I – RELATO

1.1. A autora, empresa que administra consórcio, ajuizou a presente demanda contra o Banco Central, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, buscando ver reconhecido e declarado seu direito de considerar prescritas, “nos prazos estipulados pelo Código Civil Brasileiro, **as pretensões à restituição dos ex-consorciados quanto aos créditos não procurados após o encerramento do respectivo grupo consorcial**, para o fim de excluir tais valores de seu passivo contábil, integrando-os no ativo e, conseqüentemente, levando-os à tributação.” Busca, igualmente, ver reconhecido e declarado seu direito de cessar a contabilização em seu passivo, dos rendimentos mensais incidentes sobre os resíduos não procurados de ex-consorciados, cujos grupos tenham sido encerrados há mais de cinco anos. Requer, ainda, seja determinado ao réu que se abstenha de adotar qualquer medida de natureza punitiva relativamente à autora em face da adoção dos procedimentos acima requeridos.

1.2. Alega, em síntese, que eventual pretensão à restituição de valores não procurados, relativamente a grupos de consórcio encerrados há mais de cinco anos, estaria fulminada pela prescrição, a teor dos arts. 206, § 5º, I, c/c art. 2.028 do Código Civil Brasileiro, aplicável por força do parágrafo 1º do art. 22 da Circular Bacen 2.766, de 1997, razão pela qual não se justificaria a obrigação imposta à Administradora de remunerar mensalmente esses resíduos, contabilizando-os em seu passivo, nos termos do parágrafo 3º do art. 22 da Circular em comento.

1.3. A antecipação da tutela foi deferida, liberando a autora da obrigação de remunerar as contas relativas a ex-consorciados, cujos grupos tenham sido encerrados há mais de cinco anos. Contra essa decisão o Bacen interpôs agravo de instrumento, buscando a cassação da liminar, em face da ausência dos requisitos necessários à sua concessão, bem assim do perigo de irreversibilidade da decisão (Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.003052-0).¹

1 A decisão referida teve a seguinte ementa: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS. CONTABILIZAÇÃO APÓS O ENCERRAMENTO DOS GRUPOS DE CONSÓRCIO. AUSENTES VEROSSIMILHANÇA E *PERICULUM IN MORA*. Em juízo de sumária cognição não restou demonstrada a verossimilhança da alegação de que **foram regularmente comunicados** os consorciados e participantes

1.4. O agravo do Banco Central foi provido, em decisão que, sem adentrar na discussão sobre a prescrição do direito dos consorciados à restituição dos valores confiados à administradora, considerou não ser verossimilhante a alegação de que os grupos teriam sido encerrados de forma regular, ponderando que “apenas após terem sido regularmente comunicados os consorciados e participantes excluídos de saldos existentes, é que as disponibilidades financeiras remanescentes podem ser consideradas recursos não procurados” e que, “em juízo perfunctório, não há prova suficiente de que tal procedimento foi esgotado”, razão pela qual o ponto deveria ser examinado ao longo da fase de instrução.

1.5. Além disso, ponderou não estar “caracterizado o dano irreparável para a administradora em manter a contabilidade dos ativos confiados a sua guarda”, vislumbrando, ao contrário, “o risco de irreversibilidade das consequências advindas da execução do provimento antecipado”, na medida em que caso fosse afastada a “prescrição quanto ao direito dos consorciados e excluídos dos grupos de serem restituídos dos saldos remanescentes pela empresa”, poderia a Sinosserra “na qualidade de mutuária, não ser capaz de saldar os valores, situação que viria a prejudicar o polo mais fraco da relação, ou seja, os consorciados.”

1.6. Sobreveio, porém, sentença que afastou as preliminares arguidas pelo Banco Central em sua defesa e julgou procedente a ação movida pela administradora. Apesar do pedido de declaração de reconhecimento de prescrição envolver interesse dos consorciados – e de não estar o Banco Central investido de legitimidade extraordinária para, na qualidade de substituto processual, atuar em nome próprio na defesa dos direitos de uma universalidade indeterminada, porém determinável, de pessoas que, de boa-fé, confiaram seus recursos à administradora – a sentença afastou a arguição de nulidade por ausência de citação dos litisconsortes passivos necessários (ou seja, dos próprios consorciados, de cujos recursos a administradora é depositária e gestora pretende se apoderar). Fê-lo sob o frágil e contraditório argumento de que a administradora pretende liberar-se da condição de devedora dos recursos que

excluídos de saldos existentes em seu favor, bem como inexistente o risco de dano irreparável para a administradora em manter a contabilidade dos ativos confiados a sua guarda. Ao contrário, vislumbra-se a irreversibilidade das consequências advindas da execução do provimento antecipado, pois, caso venha a ser afastada a prescrição quanto ao direito dos consorciados e excluídos dos grupos de serem restituídos dos saldos remanescentes pela empresa, pode esta, então, não ser capaz de saldar os valores. Antecipação da tutela cassada.” (Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.003052-0/RS. 4ª Turma do TRF da 4ª Região. Relator Desembargador Federal VALDEMAR CAPELETTI. DE de 19/5/2008).

lhes foram confiados, sem especificar “quem seriam os titulares desses créditos, mas buscando assegurar o direito de cessar a remuneração contábil dos valores cuja eventual pretensão de restituição esteja extinta pela prescrição de todo e qualquer crédito oriundo do encerramento de grupos de consórcio que não teriam sido buscados num determinado espaço de tempo, descabendo e mesmo sendo impossível a identificação de um a um desses eventuais credores.”

1.7. De mesma forma, foi rejeitada a preliminar de inépcia da inicial, por ausência da juntada de documentos essenciais à propositura da ação lide, sob o argumento de que o reconhecimento do direito a cessar a remuneração dos créditos prescritos não exigiria a apresentação da prova documental de que os consorciados teriam sido regularmente comunicados acerca da disponibilidade de recursos por ocasião do encerramento da atividade dos grupos. Com isso, ignorou a decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.003052-0, que remetia à fase instrutória da ação a necessidade de realizar-se cognição exauriente acerca do regular encerramento dos grupos de consórcio.

1.8. No mérito, a sentença focou no pedido de desoneração da obrigação de efetuar a remuneração dos saldos existentes nos grupos de consórcio, deixando de analisar o pedido de reconhecimento da prescrição da pretensão à restituição dos recursos remanescentes nos grupos. Com efeito, a sentença pondera que: i) o Banco Central tem legitimidade para editar normas regulamentando a atividade de consórcios; ii) a Circular nº 2.766, de 1997, do Banco Central regula, em seu art. 21, o procedimento de encerramento dos grupos de consórcio; iii) “após o prazo de 120 dias da última assembleia de contemplação, considera-se encerrado o grupo, não sem antes serem comunicados os consorciados excluídos da existência de crédito a seu favor” (!?); iv) “uma vez cumprida a comunicação por parte da Administradora e decorridos os 120 dias, encerra-se o grupo”, momento em que a relação entre administradora e consorciados deixaria “de ser regulamentada pela legislação que rege os consórcios, bem como pelas Circulares do Bacen, passando a regulamentação das relações jurídicas remanescentes a ser gerida pela legislação civil ordinária consubstanciada no Código Civil”, com destaque para o inciso I do § 5º do art. 206 da codificação civil; v) com “a devida comunicação aos consorciados da existência de créditos em seu favor, nos termos da legislação pertinente, e o encerramento do grupo de consorciados, nasce o direito aos credores de reivindicarem seus créditos, durante o prazo de

5 anos, durante os quais o saldo de valores do grupo permanece no passivo da Administradora, remunerado na forma prevista nas respectivas Circulares”; vi) após o decurso desse prazo, “sem que haja reivindicação desses valores, cessa a obrigação da Administradora de remunerar contabilmente tais créditos, uma vez extinta eventual pretensão pela prescrição”; vii) por conta disso, a ação foi julgada procedente, para “determinar que cesse a remuneração contábil dos valores a cuja restituição esteja extinta a pretensão em razão do decurso do prazo prescricional de 5 anos, a contar do encerramento do respectivo grupo de consórcio, respeitados os requisitos da legislação pertinente”.

1.9. Diante disso, o Banco Central interpôs embargos de declaração, sustentando haver **“uma omissão e uma contradição na sentença, em questões umbilicalmente conexas”**.

1.10. No tocante à omissão, o Banco Central sustentou que: “A autora não se limitou a pedir sua desobrigação do dever de efetuar a remuneração dos valores – cuja comprovação da prescrição, diga-se de passagem, não foi demonstrada – mas postulou que lhe fosse reconhecido o direito “de considerar prescritas, nos prazos estipulados pelo Código Civil brasileiro, as pretensões à restituição dos ex-consorciados quanto aos créditos não procurados após o encerramento do respectivo grupo consorcial, para os fins de excluir tais valores de seu passivo contábil, integrando-os no ativo e, conseqüentemente, levando-os à tributação.”

1.11. Além disso – e conexo a essa omissão – verificou-se a ocorrência de contradição entre a fundamentação da sentença, no que toca à análise da questão da inépcia da inicial por ausência de documento essencial, e a fundamentação desta mesma sentença quando acolhe o direito à desoneração da obrigação de efetuar a remuneração contábil dos recursos dos grupos. O Banco Central argumentou que:

[...] ao rejeitar a prefacial de inépcia, a sentença afirmou que “a declaração do direito da autora de cessar a remuneração de créditos prescritos não exige documentos além do que aqueles já juntados aos autos”. Todavia, ao desonerar a Administradora da obrigação de remunerar os valores dos grupos de consórcio, a sentença invocou a Circular 2766/97. Ora, os artigos 21 e 22 deste normativo, transcritos na fundamentação da sentença, exigem, como pressuposto para o regular encerramento dos grupos, que a Administradora efetue as comunicações aos interessados acerca de saldos

remanescentes nas contas do grupo de consórcio. Somente a partir do encerramento regular do grupo é que passa a fluir o prazo de prescrição da pretensão à restituição dos valores remanescentes. Como é possível, então, declarar reconhecer o direito à desoneração da obrigação de remunerar os saldos existentes nas contas dos grupos, se não há prova documental de que os grupos foram regularmente encerrados, mediante a regular comunicação dos consorciados participantes e excluídos acerca da existência de recursos a eles pertencentes?

Não está em jogo o reconhecimento abstrato da incidência da prescrição sobre os recursos não procurados após o encerramento regular dos grupos. Isso os artigos 21 e 22 da Circular 2766/97 asseguram. Está em jogo, sim, é saber se esses consorciados foram regularmente comunicados da existência de mais de R\$30.000.00,00 de saldo remanescente nos grupos de consórcio administrados pela Sinosserra. Para isso, o normativo invocado para acolher o pedido da autora exige comunicação regular aos consorciados e, portanto, prova cabal de que tais comunicações foram realizadas.

Caracterizada, portanto, a contradição, na medida em que a afirmação de que a prova das comunicações é dispensável para a análise da questão da prescrição colide com as normas, transcritas na fundamentação da sentença, que exigem que a Administradora comunique os consorciados antes de proceder ao encerramento contábil dos grupos que ela administra.

1.12. Em virtude disso, o Banco Central pediu que os embargos fossem providos “para o fim de sanar: (a) a omissão relativa ao pedido da autora referente ao reconhecimento da prescrição da pretensão “à restituição dos ex-consorciados quanto aos créditos não procurados após o encerramento do respectivo grupo consorcial, para os fins de excluir tais valores de seu passivo contábil, integrando-os no ativo e, conseqüentemente, levando-os à tributação.”; (b) a contradição configurada na afirmação, feita no momento da rejeição da prefacial de inépcia, de que “a declaração do direito da autora de cessar a remuneração de créditos prescritos não exige documentos além do que aqueles já juntados aos autos”, em contraste com a invocação dos artigos 21 e 22 da Circular 2766/97, que exigem, como pressuposto para o regular encerramento dos grupos, que a Administradora efetue as comunicações aos interessados acerca de saldos remanescentes nas contas do grupo de consórcio”.

1.13. Os embargos foram conhecidos e parcialmente providos, em decisão que não reconheceu haver omissão, porquanto a questão da prescrição teria sido tratada na sentença. Todavia, acolheu a arguição de contradição, reconhecendo não haver fundamentação suficiente da questão relativa ao afastamento da preliminar de inépcia por ausência de documentos e o reconhecimento do pedido com base nos artigos 21 e 22 da Circular nº 2.766/97. Sobre isso, a sentença asseverou que:

[...] o indeferimento da preliminar de inépcia da inicial por ausência de documentos indispensáveis ao julgamento do feito deve ser mantido, uma vez que tal não obstaculiza a apreciação do pedido pelo Juízo, bem como a formação de seu convencimento.

Por outro lado, ao fazer menção aos artigos 21 e 22 da Circular nº 2.766, com as alterações dadas pela Circular nº 3.084, que tratar do encerramento dos grupos consorciais, momento em que dá início a contagem do prazo prescricional, estaria implícita a necessidade de comprovação do comunicado aos consorciados que não tenham utilizado o respectivo crédito.

Todavia, entendo que o prazo prescricional tem início após os 120 dias da assembleia de encerramento dos grupos, sendo que a comunicação aos consorciados que utilizaram seus créditos se trata de outro momento, que embora exigido pela referida circular trata-se de cumprimento de formalidade, uma vez que não se pode imaginar que o consorciado que não usufruiu de seus créditos os abandone. Além disso, seria inviável a juntada de cada uma das notificações feitas a cada um dos consorciados de cada grupo, tratando-se de providência a ser conferida por ocasião da liberação dos valores na via administrativa.

Portanto, após decorridos 120 dias da última assembleia de contemplação, considera-se encerrado o grupo, e a partir daí que tem início a contagem dos 5 anos do prazo prescricional, que autoriza que cesse a remuneração contábil dos valores não procurados pelos respectivos consorciados, desde que comprovada, na via administrativa, sua notificação.

Ante o exposto, acolho parcialmente os presentes embargos declaratórios para esclarecer que o prazo prescricional passa a correr no momento do encerramento do grupo, o que por sua vez se dá após 120 dias da última assembleia de contemplação, devendo o crédito não procurado pelo consorciado deixar de ser remunerado desde que configurada a prescrição, e demonstrada, na via administrativa, frente a impossibilidade de fazê-lo nos autos judiciais, da notificação do então titular do crédito.

1.14. O julgamento de procedência da ação evidencia a legitimidade e o interesse do Banco Central em apelar, a fim de levar a essa E. TRF da 4ª Região as razões e pedidos de reforma a seguir articulados.

II – CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ESTRUTURA DO SISTEMA DE CONSÓRCIO E SOBRE OS PROCEDIMENTOS E GARANTIAS A SEREM OBSERVADOS NO ENCERRAMENTO DOS GRUPOS

2.1. A lide configurada no presente processo versa sobre lealdade, proteção à confiança e boa-fé, cimentos morais do tráfego negocial, constantemente vilipendiados por condutas oportunistas de pessoas e instituições que se aproveitam da assimetria informacional inerente a relações contratuais de longo prazo para obter ganhos ilícitos e apropriar-se de recursos alheios.

2.2. O sistema de consórcio passou por mudanças legais e regulatórias recentes, na medida em que a antiga legislação consórcil foi sucedida pela recente Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, em vigor desde 5 de fevereiro de 2009, por força do disposto em seu art. 49.

2.3 Todavia, no que diz respeito especificamente à matéria em discussão no presente processo, não foram muitas as mudanças significativas, eis que a novel legislação reproduz muitas das normas inseridas no Regulamento anexo à Circular nº 2.766, de 1997, editada em conformidade com o hoje revogado art. 33 da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, c/c os também revogados artigos 7º e 8º da Lei nº 5.768, de 1971. Ademais, os valores supostamente “não procurados” que a administradora pretende apropriar referem-se a grupos que, em sua grande maioria, tiveram suas atividades encerradas ainda sob a égide do marco legal e regulatório anterior, de modo que é sobre as antigas normas – e não sobre as que estão atualmente em vigor – que devemos nos debruçar compreender hermeneuticamente os fatos controvertidos e aplicar as normas adequadas à justa composição da lide.

2.4. É, portanto, no âmbito da sistemática da hoje revogada Circular nº 2.766, de 1997 (incorporados, reitere-se, em grande medida, à Lei nº 11.795, de 2008), que iremos precisar as noções e conceitos jurídicos necessários à compreensão da lide – grupo de consórcios, disponibilidades financeiras

remanescentes, recursos não procurados, encerramento contábil do grupo – sem olvidar a necessidade de articulá-los com as finalidades econômicas e sociais do sistema jurídico de consórcios e com as cláusulas gerais do direito privado, protetoras da confiança e da boa-fé no tráfego negocial.

2.5. A administradora pretende apropriar-se dos recursos de que tratam os artigos 21 e 22 da Circular 2.766, de 3 de julho de 1997, com a redação que lhes atribuiu o art. 1º da Circular 3.084, de 31 de janeiro de 2002, ambas do Banco Central do Brasil. Trata-se de **recursos dos consorciados e dos participantes excluídos dos grupos de consórcio, depositados em contas em nome dos grupos consorciais e geridos pelas administradoras de consórcio**, sob a fiscalização do Banco Central do Brasil.

2.6. Os artigos 21 e 22 da Circular 2.766, de 1997, na redação dada pelo art. 1º da Circular 3.084, de 2002, regulavam o procedimento a ser observado no encerramento contábil dos grupos de consórcio e a transferência dos saldos eventualmente remanescentes para a contabilidade das administradoras.

2.7. Após terem sido contemplados todos os consorciados e disponibilizados todos os créditos, o art. 21 da Circular determinava que a Administradora comunicasse os consorciados e participantes excluídos sobre saldos eventualmente existentes, a fim de restituí-los a seus titulares. Deveriam ser restituídos, pela ordem: a) os créditos que pertencem aos consorciados, que não foram utilizados na aquisição de bens (inciso I do art. 21); b) os saldos relativos às quantias pagas pelos participantes excluídos por desistência declarada ou inadimplemento contratual (inciso II do art. 21), e c) os saldos remanescentes no fundo comum e no fundo de reserva, que pertencem aos consorciados (inciso III do art. 21)

2.8. Somente após terem sido regularmente comunicados os consorciados e participantes excluídos, é que “as disponibilidades financeiras remanescentes na data do encerramento contábil dos grupos”, poderiam ser considerados **“recursos não procurados”** (parágrafo único do art. 21).

2.9. O encerramento contábil dos grupos dava-se, na forma do *caput* do art. 22 da Circular, “no prazo máximo de 120 dias, contados da data da realização da última assembleia de contemplação do grupo de consórcio”; **exigindo-se, porém, o decurso de “no mínimo, trinta dias da comunicação de que trata o art. 21”**. Vale dizer, **sem a adequada comunicação aos consorciados,**

a ser escorreitadamente comprovada pela Administradora, o encerramento da contabilidade dos grupos era irregular.

2.10. Além de disciplinar o encerramento contábil dos grupos (atendendo a um pleito das administradoras, que alegavam que sua manutenção implicava em custos para as empresas), o art. 22 permitiu que os recursos não procurados pelos consorciados e pelos participantes excluídos (inciso I) e os valores pendentes de recebimento (inciso II) fossem transferidos para a Administradora e incorporados à sua contabilidade.

2.11. Cumpre frisar que o encerramento contábil dos grupos, permitido pela normatização anterior, atendia a um justo pleito das administradoras, que, sob a alegação de que a manutenção da contabilidade dos grupos já encerrados gerava um custo administrativo injustificável, postularam junto ao Banco Central uma solução simplificadora, qual seja, a transferência desses recursos, supostamente não procurados, à sua contabilidade.

2.12. Nesse sentido, os artigos 21 e 22 da hoje revogada Circular 2.766, de 3 de julho de 1997, com a redação que lhes atribuiu o art. 1º da Circular 3.084, de 31 de janeiro de 2002, passaram, então, a possibilitar não só o encerramento contábil dos grupos, como a transferência dos recursos remanescentes à contabilidade da Administradora, **desde que observados os procedimentos estabelecidos nas Circulares referidas**, antes e após essa transferência.

2.13. Todavia, é importante frisar, a transferência das disponibilidades financeiras remanescentes para a Administradora, não alterava as obrigações por ela assumidas em face dos consorciados e participantes excluídos. Ou seja, não se alterava o título que, por força da legislação e dos contratos de consórcio, assegurava a gestão desses recursos por parte da Administradora, sua fiel depositária.

2.14. Tanto é assim que, após o encerramento contábil do grupo e a transferência dos saldos de recursos para a Administradora, o normativo passou a exigir: a) a contabilização específica dos valores, com informações que permitam a identificação individualizada de seus titulares, b) a remuneração desses recursos na forma da regulamentação aplicável aos recursos de grupos de consórcio em andamento e c) o rateio proporcional dos recursos recuperados entre os consorciados.

2.15. A administradora de consórcios era e é gestora e depositária dos recursos não procurados, que pertencem aos quotistas, excluídos ou não, desistentes ou não. As regras jurídicas, desde – senão antes – a revogada a Portaria 190, de 27 de outubro de 1989, do Ministério da Fazenda, até a Circular 2.766, de 3 de julho de 1997, fazem-na guardiã dos haveres que lhe são confiados para a consecução dos objetivos do grupo, devendo empregá-los tão diligentemente como se estivesse a tratar de seus próprios negócios (*diligencia quam suis*).

2.16. Tanto é assim que o § 2º do art. 22 determina que os “valores transferidos para a administradora devem ser relacionados de forma individualizada, contendo, no mínimo, nome, número de inscrição no CPF ou no CNPJ, valor, números do grupo e da cota e o endereço do beneficiário”, ao passo que o § 3º estabelece que os “recursos não procurados e transferidos para a administradora devem ser remunerados na forma da regulamentação vigente aplicável aos recursos de grupos de consórcio em andamento.” Enfim, o § 7º prevê, com clareza, que **“Os recursos não procurados, independentemente de sua origem, devem ser contabilizados em conta específica.”**

2.17. A demandante apega-se ao § 1º do art. 22 da Circular 2.766, de 1997, para defender a tese de que, como os grupos têm sua contabilidade encerrada e os valores não procurados são transferidos para a contabilidade da Administradora, haveria mudança de natureza da relação jurídica que a vincula aos consorciados e aos participantes excluídos. Assim, a Administradora deixaria de ser depositária e gestora dos valores pertencentes aos consorciados e aos participantes excluídos e passaria a ser devedora numa relação de mútuo. Em virtude disso, segundo ela, uma vez decorrido o prazo prescricional, poderia excluir esses valores de seu passivo e incorporá-los a seu patrimônio, como receita auferida.

2.18. Ocorre que tal interpretação colide com os **preceitos dos artigos 7º e 11 da Lei nº 5.768/71, que define a natureza jurídica da relação de consórcio, figura contratual complexa que reúne elementos da gestão de negócios e do contrato de depósito, sem se confundir com essas figuras jurídico-negociais.**

2.19. Em verdade, com o encerramento dos grupos e encerramento da relação contratual estabelecida entre a Administradora, de um lado, e os consorciados e participantes excluídos, de outro, **remanescem, para a Administradora, obrigações pós-contratuais de depósito, guarda e gestão dos recursos confiados, inerentes à cláusula-geral da boa-fé objetiva.**

2.20. Não é demais olvidar, pela cláusula geral da boa-fé objetiva, inserta no art. 422 do Código Civil Brasileiro, “os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” Segundo Nelson Nery Júnior, em seu Código Civil Comentado, “As partes devem guardar a boa-fé, tanto na fase pré-contratual, das tratativas preliminares, como durante a execução do contrato e, **ainda, depois de executado o contrato (pós-eficácia das obrigações). Isso decorre da cláusula geral da boa-fé objetiva, adotada expressamente pelo CC 422.**” (obra citada, RT, 4ª ed., 2006, p. 415).

2.21. Conforme acima se expôs, parece evidente que a apresentação constitui-se em uma ação ajuizada pela Administradora de Consórcios com o intuito de incorporar ao seu patrimônio recursos que lhes foram confiados por um número indeterminado, porém determinável, de consorciados e participantes que, por desistência ou inadimplemento contratual, foram excluídos dos respectivos grupos, em flagrante violação aos deveres de guarda, comunicação e restituição inerentes à cláusula geral da boa-fé objetiva.

2.22. Traçado esse quadro geral, é possível, agora, reprisar as preliminares arguidas bem como as questões de mérito articuladas na defesa do Banco Central, inadequadamente rejeitadas pelo juiz de primeira instância. A sentença configurou uma série de erros procedimentais (*error in procedendo*) e substanciais (*error in iudicando*) a seguir delineados.

III – *ERROR IN PROCEDENDO*

III.1 – Nulidade da sentença condicional e *citra petita*

3.1. A sentença analisou a lide aquém dos limites em que ela foi proposta. Ademais, o provimento dado tem caráter condicional. Por conta disso, a sentença é nula, face o disposto no art. 460, parágrafo único, do CPC.

3.2. Com efeito, ao julgar a causa, afirmou textualmente que:

Da leitura dos dispositivos acima, depreende-se que após 120 dias da última assembleia de contemplação, considera-se encerrado o respectivo grupo de consórcio, **não sem antes serem comunicados os consorciados excluídos da existência de crédito em seu favor.** Portanto, cumprida a

comunicação por parte da Administradora e decorridos os 120 dias, encerra-se o grupo, a partir do que a relação jurídica em questão deixa de ser regulamentada pela legislação que rege os consórcios, bem como pelas Circulares do Bacen, passando a regulamentação das relações jurídicas remanescentes a ser gerida pela legislação civil ordinária consubstanciada no Código Civil.

[...]

Com a devida comunicação aos consorciados da existência de créditos em seu favor, nos termos da legislação pertinente, e o encerramento do grupo de consorciados, nasce o direito dos credores de reivindicarem seus créditos, durante o prazo de 5 anos, durante os quais o saldo de valores do grupo permanece no passivo da Administradora, remunerado na forma prevista nas respectivas Circulares. Após o decurso do desses 5 anos sem que haja a reivindicação desses valores, cessa a obrigação da Administradora de remunerar contabilmente tais créditos, uma vez que extinta eventual pretensão pela prescrição.

3.3. Ao analisar os embargos, acrescentou que:

[...] ao fazer menção aos artigos 21 e 22 da Circular nº 2.766, com as alterações dadas pela Circular nº 3.084, que tratar do encerramento dos grupos consorciais, momento em que dá início a contagem do prazo prescricional, estaria implícita a necessidade de comprovação do comunicado aos consorciados que não tenham utilizado o respectivo crédito.

Todavia, entendo que o prazo prescricional tem início após os 120 dias da assembleia de encerramento dos grupos, sendo que a comunicação aos consorciados que utilizaram seus créditos se trata de outro momento, que embora exigido pela referida circular trata-se de cumprimento de formalidade, uma vez que não se pode imaginar que o consorciado que não usufruiu de seus créditos os abandone. Além disso, seria inviável a juntada de cada uma das notificações feitas a cada um dos consorciados de cada grupo, tratando-se de providência a ser conferida por ocasião da liberação dos valores na via administrativa.

3.4. Por fim, julgou

[...] procedente a ação, extinguindo o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC, para determinar que cesse a remuneração contábil dos valores a cuja restituição esteja extinta a pretensão em razão do decurso do prazo prescricional de 5 anos, a contar do encerramento do respectivo grupo de consórcio, respeitados os requisitos da legislação pertinente.

3.5. Embora a questão da prescrição tenha sido analisada nas razões de decidir da sentença, não houve, conforme se pode verificar, decisão acerca do pedido de declaração da prescrição formulado pela administradora de consórcio.

3.6. O pedido de reconhecimento da prescrição da pretensão à restituição dos saldos remanescentes nos grupos de consórcio – recursos supostamente não procurados – é o cerne mesmo da controvérsia e seu acolhimento constitui pressuposto para o deferimento do outro pedido, que visa a desonerar a administradora de consórcios da obrigação de efetuar a contabilização, em seu passivo, dos rendimentos mensais incidentes sobre os resíduos supostamente não procurados pelos consorciados, cujos grupos tenham sido encerrados há mais de cinco anos.

3.7. Nem na sentença que julgou a causa, nem a que decidiu os embargos de declaração, analisaram o pedido de reconhecimento da prescrição, acolhendo-o ou rejeitando-o. Inusitadamente, a sentença remete para uma instância extraprocessual a análise administrativa da efetiva ocorrência da prescrição, ao deliberar: que (a) não se pode encerrar os grupos “sem antes serem comunicados os consorciados excluídos da existência de crédito em seu favor” e que é necessária a “comprovação do comunicado aos consorciados que não tenham utilizado o respectivo crédito”; que (b) o prazo de prescrição somente pode fluir a partir do encerramento regular dos grupos, na medida em que

com a devida comunicação aos consorciados da existência de créditos em seu favor, nos termos da legislação pertinente, e o encerramento do grupo de consorciados, nasce o direito dos credores de reivindicarem seus créditos, durante o prazo de 5 anos, durante os quais o saldo de valores do grupo permanece no passivo da Administradora, remunerado na forma prevista nas respectivas Circulares,

sendo que

após o decurso do desses 5 anos sem que haja a reivindicação desses valores, cessa a obrigação da Administradora de remunerar contabilmente tais créditos, uma vez que extinta eventual pretensão pela prescrição;

e que (c), embora “inviável a juntada de cada uma das notificações feitas a cada um dos consorciados de cada grupo” trata-se “de providência a ser conferida por ocasião da liberação dos valores na via administrativa”.

3.8. Restou, portanto, sem decisão questão cerne na lide, que é a da efetiva prescrição da pretensão à restituição dos recursos remanescentes nos grupos de consórcio, na medida em que a verificação efetiva da prescrição há que ser feita se tiverem sido “respeitados os requisitos da legislação pertinente”. Subsiste, portanto, a indagação: Estão ou não prescritas

as pretensões à restituição dos ex-consorciados quanto aos créditos não procurados após o encerramento do respectivo grupo consorcial, para os fins de excluir tais valores de seu passivo contábil, integrando-os no ativo e, conseqüentemente, levando-os à tributação?

3.9. Trata-se, pois, de decisão *citra petita*, e, como tal, é nula de pleno direito, na medida em que viola a regra do art. 460, *caput*, do CPC. Nesse sentido, precedentes do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – IPTU – SENTENÇA *CITRA PETITA* – ANULAÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM MANTIDA.

1. Considera-se *citra petita* a sentença que não aborda todos os pedidos feitos pelo autor.

2. Na hipótese dos autos, **havendo julgamento aquém do pedido, correto o encaminhamento dado pelo Tribunal de origem de anular a sentença para que outra seja proferida.**

3. Recurso especial improvido.

(REsp 686.961/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/04/2006, DJ 16/05/2006, p. 205)

PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA *CITRA PETITA*. ART. 460 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

– Se o autor pede a repetição de valores referentes à majoração de alíquota de energia elétrica, autorizada pela portaria 45/86 do DNAEE, porque os preços estavam congelados, e, sendo a tarifa ilegal, é, via de consequência, indevido o empréstimo compulsório, a favor da Eletrobrás, que incidiu sobre a tarifa majorada, esse é o conflito de interesse que o Juiz deve solucionar (Art. 459 do CPC).

– Se a sentença que julga devido o empréstimo compulsório sem se pronunciar sobre o cerne da controvérsia, que é o exame da legalidade ou não do aumento de tarifas de energia elétrica, durante o congelamento de preços, o julgamento é extra petita e nulo, por força do Art. 460 do CPC.

– Formulada cumulação de sucessivos pedidos em função da qual o acolhimento do pedido subsidiário depende do acolhimento do pedido principal, não é lícito ao juiz rejeitar o pleito consequente sem se pronunciar acerca da pretensão antecedente.

– Inatcado o vício pelo oferecimento dos Embargos de Declaração, nem suprido pela amplitude do efeito devolutivo (art. 515, § § 1º e 2º do CPC) sobressai a nulidade do julgado *citra petita*.

– Havendo julgamento *citra petita* na instância de origem, interdita-se ao STJ a análise das questões omitidas porquanto a Constituição Federal exige o julgamento da causa, na sua integralidade, para abrir a via especial. (Art. 105, *caput* da CF).

– Recurso especial improvido.

(REsp 390.282/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 7/3/2002, DJ 8/4/2002, p. 156)

3.10. Além disso, a sentença padece de outra nulidade insanável, pois o provimento dado tem caráter condicional. Se a prova essencial ao reconhecimento da prescrição deve ser feita “por ocasião da liberação dos valores na via administrativa”, mediante prova de que os grupos foram encerrados com respeito aos “requisitos da legislação pertinente”, forçoso concluir que somente estarão prescritas as pretensões de restituição daqueles que grupos em que os consorciados tiverem sido devidamente comunicados da existência de disponibilidades. Evidente, portanto, o caráter condicional do provimento dado e, por força disso, a nulidade da sentença por violação ao parágrafo único do art. 460 do CPC.

3.11. Nesse sentido, a jurisprudência firme do STJ:

PROCESSUAL – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – DISTRIBUIÇÃO DE ÔNUS (CPC – ART. 21) – DECISÃO CONDICIONAL – NULIDADE (CPC ART. 461)

I – DECISÃO QUE, DECLARANDO A SUCUMBENCIA DE AMBAS AS PARTES, NÃO DISTRIBUI ENTRE ELAS OS ENCARGOS DA DERROTA. TAL DECISÃO CONTRARIA O ART. 21 DO CPC.

II – A TEOR DO ART. 461, É DEFESO A DECISÃO JUDICIAL DECLARAR PROCEDENTES, SOMENTE, AS DEMANDAS DOS LITISCONSORTES QUE VIEREM ADIMPLIR DETERMINADA CONDIÇÃO, ANTES DO TRANSITO EM JULGADO. NOSSO DIREITO PROCESSUAL CIVIL NÃO ADMITE SENTENÇAS CONDICIONAIS.

(REsp 15.604/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/1993, DJ 31/5/1993, p. 10628)²

3.12. Pede-se, pois, a anulação da sentença condicional e *citra petita* (art. 460, *caput* e parágrafo único, do CPC), com a determinação de retorno do processo à primeira instância, a fim de que profira nova decisão, livre das nulidades apontadas.

III.2 – Nulidade da sentença de embargos por violação ao Artigo 535 do CPC e negativa de prestação jurisdicional

3.13. A sentença que julgou os embargos violou o art. 535 do CPC.

3.14. Na peça de embargos aclaratórios, após consistente fundamentação, a autarquia pediu que a omissão relativa ao pedido de reconhecimento da prescrição das

pretensões à restituição dos ex-consorciados quanto aos créditos não procurados após o encerramento do respectivo grupo consorcial, para os

² Da mesma cepa, veja[m]-se os seguintes precedentes do STJ: REsp 927.824/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 4/9/2007, DJ 24/9/2007, p. 264; REsp 605.848/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 5/4/2005, DJ 18/4/2005, p. 217.

fins de excluir tais valores de seu passivo contábil, integrando-os no ativo e, conseqüentemente, levando-os à tributação

fosse analisado. Os embargos foram rejeitados sob a alegação de que a questão da prescrição havia sido enfrentada na sentença. Todavia, dada a clareza do pedido, não bastava ao órgão julgador analisar o problema da prescrição em suas razões de decidir, sendo necessário mesmo analisar concretamente o pedido ou justificar a existência de óbice processual ao julgamento de mérito.

3.15. Ao contrário do que constou na sentença de embargos, a ausência de manifestação judicial acerca de questões essenciais para a solução da lide, oportunamente suscitadas pelo litigante e reiteradas em embargos aclaratórios, implica em negativa da prestação jurisdicional devida e em violação ao art. 535 do CPC, conforme se vê em bens precedentes do STJ, *verbis*:

Processo civil. Ação revisional de contrato bancário. Ampla discussão a respeito da alegada existência de cláusulas abusivas. Acórdão que deixa de se manifestar sobre todos os pontos arguidos nas razões de apelação. Alegação de violação ao art. 535 do CPC configurada.

– Há que se reconhecer a violação ao art. 535 do CPC quando o acórdão proferido em embargos de declaração é omissivo na análise de um ou alguns dos pontos suscitados pelo interessado.

– Na presente hipótese, restaram sem discussão as seguintes questões: (a) proibição da capitalização de juros; (b) impossibilidade de cumulação da comissão de permanência com encargos moratórios e correção monetária e (c) redução da multa moratória a 2%.

– Assim, deve o processo retornar ao Tribunal de origem, para que este supra as omissões apontadas.

Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 659126/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/8/2006, DJ 4/9/2006, p. 261)

3.16. Há, portanto, clara violação do art. 535 do CPC na decisão que julgou os embargos de declaração, de modo que se mostra forçoso o reconhecimento de sua nulidade por negativa da prestação jurisdicional devida e por violação ao art. 535 do CPC, com a consequência de se determinar o retorno do processo à instância de origem para que nova decisão seja proferida, apreciando os tópicos suscitados nos aclaratórios.

III.3 – Nulidade da sentença em virtude da ausência dos litisconsortes passivos necessários no polo passivo da demanda

3.17. A sentença rejeitou a preliminar de nulidade por ausência de citação dos litisconsortes passivos necessário, ou seja, dos titulares dos recursos supostamente não procurados cuja apropriação é pretendida pela empresa de consórcio.

3.18. Diferentemente do que ocorre no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, no qual o risco sistêmico é a principal justificativa (externalidade relevante) para a atuação reguladora e fiscalizadora da autarquia, a atuação do Banco Central no mercado de consórcios justifica-se pela necessidade de proteger parcela da poupança popular formada pelos recursos captados e aplicados pelas administradoras de consórcios. A existência de assimetrias informacionais entre as administradoras e os consorciados, que em geral ignoram completamente o funcionamento dessas empresas e dos grupos que elas administram, redundam em problemas de agência e possíveis conflitos de interesse entre os proprietários dos recursos amealhados (ou consorciados) e os gestores desses recursos (os administradores e seus sócios e gestores).

3.19. Apesar disso, a atuação do Banco Central como ente regulador, normatizador e fiscalizador do sistema de consórcios, não o legitima para (em nome próprio ou mesmo em nome dos consorciados) defender os interesses individuais e coletivos dos consorciados e ex-consorciados, haja vista não haver norma legal que lhe atribua a qualidade de substituto processual ou representante legal dessas pessoas física e/ou jurídicas.

3.20. É importante destacar isso, na medida em que os **recursos que a empresa de consórcio quer incorporar a seu patrimônio, pertencem aos consorciados e aos que, excluídos por uma ou outra razão dos grupos consorciais, deles participaram em algum momento.** São os consorciados e ex-consorciados, que contribuíram para a formação dos patrimônios dos grupos, as pessoas interessadas e legitimadas nas ações que versam sobre o destino desses recursos. O Banco Central, apesar de ser o ente regulador e fiscalizador dos consórcios, não responde perante os consorciados e ex-consorciados pelos recursos captados, nem assegura a solvibilidade dos grupos de consórcio e das empresas que os administram; tampouco pode substituí-los em ações nas quais as administradoras pretendem se apropriar de recursos que lhe foram confiados.

3.21. Oportuno consignar que o contrato de consórcio implica

uma reunião de pessoas físicas e/ou jurídicas, em grupo fechado, promovida pela administradora, com a finalidade de propiciar a seus integrantes a aquisição de bem, conjunto de bens ou serviço turístico por meio de autofinanciamento.

O consorciado é a pessoa física ou jurídica que integra o grupo como titular de cota numericamente identificada e a **administradora de consórcios é a prestadora de serviços com a função de gestora dos negócios do grupo, nos termos do contrato.** (cf. art. 1º, *caput*, e §§ 1º e 2º, do Regulamento Anexo à Circular 2.766, de 1997).

3.22. Portanto, em ação que pretende, enfim, liberar a Administradora da obrigação de remunerar os recursos captados e incorporá-los a seu patrimônio, ao argumento de que eventual pretensão dos ex-consorciados à restituição dos recursos não procurados estaria fulminada pela prescrição, impõe-se a citação das pessoas físicas e jurídicas a quem esses recursos pertencem para integrar o polo passivo da lide, pena de ofensa à garantia constitucional do devido processo legal.

3.23. Nesse sentido dispõe o art. 47 do Código de Processo Civil:

Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

3.24. Se o Banco Central do Brasil é parte legítima para integrar o polo passivo da lide, em função de medidas de ordem administrativa que adotou visando proteger os recursos dos consorciados e dos participantes excluídos, com maior razão o são as pessoas físicas e jurídicas junto às quais os recursos foram captados. A conexão entre o pedido dirigido à autarquia – desoneração da obrigação de contabilizar – com o pedido de declaração da prescrição – que deveria ter sido dirigido aos consorciados e ex-consorciados – caracteriza o litisconsórcio passivo necessário, pois uma coisa não pode se realizar sem a outra, ou melhor, o acolhimento do pedido dirigido ao Banco Central exige que se declarem prescritas as pretensões de restituição dos recursos que os consorciados e ex-consorciados confiaram à administradora.

3.25. Não se deve olvidar que o tema dos recursos não procurados por ex-consorciados configura, primeiramente, questão de ordem patrimonial envolvendo terceiros (administradoras de consórcio e ex-consorciados), o que retira competência para o Banco Central, à míngua de anuência expressa do credor ou de determinação judicial, estabelecer ou mesmo permitir, sob qualquer fundamento, a apropriação, ainda que parcial, de tais recursos por parte das administradoras de consórcio.

3.26. Sem olvidar as atribuições desta Autarquia em relação à atividade consorcial, é de se registrar que **competete ao Poder Judiciário, e não ao Banco Central, muito menos às Administradoras de Consórcios, declarar a eventual prescrição de “recursos não procurados por ex-consorciados.”**

3.27. **Mister salientar, todavia, que o instituto da prescrição está submetido a diversas causas suspensivas e interruptivas, cuja ocorrência deve ser avaliada cuidadosamente em cada caso concreto.** Tal situação, sem dúvida, traz enormes dificuldades (senão verdadeira impossibilidade) de ordem prática para a eventual tentativa de verificação da ocorrência ou não da alegada prescrição na hipótese dos autos, sobretudo porque a inicial encontra-se deficientemente instruída.

3.28. Portanto, a ausência dos consorciados no polo passivo da ação caracteriza vício grave, ausência de formação de litisconsórcio passivo necessário, instituto da lei processual civil que, no caso, instrumentaliza a garantia do inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal, segundo a qual “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

3.29. Não parece razoável que se permita o prosseguimento da ação que versa sobre patrimônio dos consorciados e ex-consorciados sem que eles sejam chamados a integrar a lide. O vício procedimental afeta, pois, as garantias constitucionais das pessoas que confiaram seus recursos à demandante na expectativa de que fossem usados na aquisição de bens, ou, então, de que lhes fossem restituídos.

3.30. Nesse sentido, precedente do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE COMERCIAL. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO COM A SOCIEDADE COMERCIAL. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA À COISA JULGADA.

I – Consoante dispõe o artigo 535 do CPC, destinam-se os Embargos de Declaração a expungir do julgado eventuais omissão, obscuridade ou contradição, não se caracterizando via própria ao rejugamento da causa.

II – Na ação para apuração de haveres de sócio, a legitimidade processual passiva é da sociedade empresarial e dos sócios remanescentes, em litisconsórcio passivo necessário.

III – A falta de citação do litisconsorte necessário inquina de nulidade, desde a origem, o processo originário, matéria a ser apreciada, inclusive, de ofício. Em casos que tais, “os atos nulos *pleno iure* jamais precluem, não se sujeitando à coisa julgada, porque invalidam a formação da relação processual, podendo ser reconhecidos e declarados em qualquer época ou via.” (REsp 147.769/SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 14/2/00) IV – Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 947.545/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 8/2/2011, DJe 22/2/2011)³

3.31. Em face desse grave vício formal, impõe-se a anulação da sentença por violação ao art. 47, parágrafo único, c/c art. 267, XI, e art. 329, todos do Código de Processo Civil.

3 Na mesma esteira, outros precedentes do STJ: “2. O litisconsórcio é necessário quando a eficácia da decisão depender da citação de todos os sujeitos, cujas relações jurídicas são atingidas pela sentença. A ausência de convocação transforma a decisão em inutiliter data, por isso que se o terceiro não for convocado para o processo, legitima-se à impugnação recursal, à luz do disposto no art. 499, § 1º, do CPC.” (EDcl no REsp 883.398/MT, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 15/12/2010). “Nos termos do art. 47 do CPC, ‘há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo’, sendo que ‘o juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.’ Esse dispositivo é aplicável, em sede de mandado de segurança, por força do disposto no art. 19 da Lei 1.533/51 (vigente à época da impetração). [...] 3. Tratando especificamente sobre repartição de receitas de ICMS, esta Turma, ao apreciar o REsp 1.063.123/AM (Rel. Min. Castro Meira, DJe de 21/11/2008), entendeu que ‘a necessidade de citação daqueles que venham a ser diretamente afetados pela ordem judicial não pode ser aferida pelo resultado final do julgamento, uma vez que decorre justamente da possibilidade de os litisconsortes influenciarem na formação do convencimento do julgador’, sendo que ‘decisão proferida sem a citação dos litisconsortes necessários é nula, nos termos do art. 47, parágrafo único do CPC, de modo que ‘é o caso de anular-se o processo, determinando seu reinício com a citação dos municípios interessados na qualidade de litisconsortes passivos necessários.’ 4. Impende ressaltar que a nulidade em questão, de natureza absoluta, é passível de ser declarada de ofício (RMS 5.118/GO, 1ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 19/6/1995; RMS 21.067/BA, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 2/8/2007). 5. Processo anulado, de ofício, com a consequente devolução dos autos ao Tribunal de origem, para que se promova a citação dos demais municípios do Estado de Minas, na qualidade de litisconsortes passivos necessários. Recurso ordinário prejudicado.” (RMS 21.530/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 2/12/2010, DJe 15/12/2010)

III.4 –Nulidade da sentença proferida ante a ausência dos documentos essenciais à causa e da inexistência de determinação de emenda à inicial inepta

3.32. A sentença rejeitou também a prefacial de inépcia da petição inicial por ausência da juntada de documentos essenciais ao ajuizamento da demanda. O artigo 283 do CPC estabelece que “a petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.”

3.33. O art. 3º da Circular 3.084, de 31/1/2002, determinou que as administradoras procedessem ao encerramento contábil de todos os grupos, independentemente da data de constituição, segundo as regras dos artigos 21 e 22 do Regulamento anexo à Circular 2.766/97 (na redação dada pela citada Circular 3.084). Esse comando atingiu todos os chamados “grupos antigos” (constituídos sob as regras da Receita Federal), virtualmente equiparando-os aos grupos modernos (constituídos sob as regras do Banco Central), no tocante à **obrigação de notificar os consorciados e desistentes a respeito da disponibilidade dos valores apurados no encerramento dos grupos e à obrigação de remunerar os recursos não procurados.**

3.34. Ora, se a administradora de consórcio pretende incorporar a seu patrimônio os recursos que lhe foram confiados, o mínimo que se exige é que prova cabalmente, por meio documental, quem são os proprietários dos recursos que ela quer para si, quais as datas que foram consideradas como termos iniciais dos prazos prescricionais e, sobretudo, qual a prova de que enviou as correspondências avisando os consorciados de que os recursos existiam e se encontravam à sua disposição (cumprimento do art. 21 do Regulamento anexo à Circular 2.766/97).

3.35. Convém não esquecer, que, não raro, são as próprias administradoras que não avisam os consorciados da existência desses recursos, preferindo retê-los. Não é por acaso que existem milhões de reais em “recursos não procurados” de administradoras de consórcios. Em muitos casos, tais recursos nunca foram procurados porque os consorciados nunca souberam de sua existência.

3.36. A importância dessa questão não passou despercebida pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento do Agravo de Instrumento 2008.04.00.003052-0/RS, que, ao cassar a tutela antecipada concedida à Sinosserra Consórcios Ltda., que percutientemente ponderou que:

Sem adentrar na controvertida questão atinente à alegada prescrição do direito às restituições, observo, de pronto, ausência de verossimilhança quanto à fase de encerramento contábil dos grupos. É de ver-se que apenas após terem sido regularmente comunicados os consorciados e participantes excluídos de saldos existentes, é que as disponibilidades financeiras remanescentes podem ser consideradas recursos não procurados. Nesse ponto, em juízo perfunctório, não há prova suficiente de que tal procedimento foi esgotado, razão pela qual entendo que o ponto deva ser examinado ao longo da instrução.

3.37. O caso, porém, é de aplicação do já mencionado art. 283 do CPC, e não de oportunizar dilação probatória, por se tratar de prova pré-constituída, essencial ao deferimento do pedido de declaração de prescrição. No caso, cabia ao órgão julgador de primeiro grau, que é a instância probatória, abrir prazo para que a empresa de consórcio apresentasse tais documentos, sob pena de indeferimento da inicial, na forma do art. 284 do CPC. Jamais, porém, pode-se admitir um reconhecimento em tese e condicional da prescrição, sem a prova documental essencial exigida para o início da fluência do prazo de prescrição prazo, ignorando a prudente ponderação do TRF da 4ª Região, que determinou o exame adequado do ponto “ao longo da instrução”.

3.38. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PETIÇÃO INICIAL SEM DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO. EMENDA. POSSIBILIDADE. ART. 284 DO CPC. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que desproveu agravo de instrumento.
2. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que: – “O simples fato da petição inicial não se fazer acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da ação de execução, não implica de pronto seu indeferimento. – Inviável o recurso especial quando o acórdão recorrido decidiu a questão em consonância com o entendimento pacificado do STJ” (AgRg no Ag nº 626571/SP, Relª Minª Nancy Andriighi, 3ª Turma, DJ de 28/11/2005); – “Pacífico é o entendimento sobre obrigatoriedade de o juiz conceder ao autor prazo para que emende a inicial e, somente se não suprida a falha, é que poderá o juiz decretar a extinção do processo. Ademais, ofende o art. 284 do CPC o acórdão que declara extinto o processo, por deficiência da petição inicial, sem intimar o autor, dando-lhe oportunidade para

suprir a falha” (REsp nº 617629/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, DJ de 18/4/2005)

3. Mais precedentes na linha de que não cabe a extinção do processo, sem julgamento do mérito, em razão de deficiência de instrução da inicial, se o autor não foi intimado para emendá-la, cabendo tal providência mesmo depois de aperfeiçoada a citação (REsp nº 114052/PB, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp nº 311462/SP, Rel. Min. Garcia Vieira; REsp nº 390815/SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; REsp nº 671986/RJ, Rel. Min. Luiz Fux; REsp nº 614233/SC, Rel. Min. Castro Meira; REsp nº 722.264/PR, Rel. Min. Francisco Falcão; e REsp nº 439710/RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

4. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no Ag 908.395/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/11/2007, DJ 10/12/2007, p. 322)

3.39. Portanto, a ausência, nos autos, dos documentos essenciais à causa, em especial da prova pré-constituída da regular comunicação aos consorciados sobre a existência de saldos disponíveis, impõe a anulação da sentença, a fim de que o processo retorne à instância probatória, de modo que a administradora de consórcios seja intimada a apresentar os referidos documentos, na forma do art. 284, parágrafo único, do CPC, sob pena de indeferimento da petição inicial (CPC, art. 267).

IV – *ERROR IN JUDICANDO*

IV.1 – Da inexistência do direito à decretação da prescrição da pretensão à restituição dos recursos depositados e administrados pela empresa de consórcio e à desoneração da obrigação prudencial de efetuar a remuneração contábil desses recursos

4.1. Em relação ao mérito da causa propriamente dito e em homenagem ao princípio da eventualidade, acaso sejam afastadas as preliminares arguidas, o que se admite apenas para argumentar, certas considerações devem ser feitas a respeito da pretensão posta em causa.

4.2. Conforme destacado, a controvérsia de fundo gira toda em torno da **titularidade dos recursos incorporados à contabilidade da Administradora**, por ocasião do encerramento dos grupos de consórcio. Mais que à sua contabilidade, a administradora pretende agora incorporar ao seu patrimônio os recursos que lhe foram confiados, alegando que a pretensão a sua restituição estaria fulminada pela prescrição. Como consequência disso, pretende também se desobrigar, frente ao Banco Central, da exigência prudencial de efetuar a remuneração contábil dos recursos captados junto aos consorciados, dizendo que agora esses recursos lhe pertencem.

4.3. Conforme sustentamos no item II, supra, o Banco Central admitiu o encerramento contábil dos grupos, sem prova da comunicação aos consorciados, como medida de redução de custos das administradoras. Mas o fez desde que observadas condições estritas, necessárias à salvaguarda dos interesses dos consorciados.

4.4. Assim, os artigos 21 e 22 da hoje revogada Circular 2.766, de 3 de julho de 1997, com a redação que lhes atribuiu o art. 1º da Circular 3.084, de 31 de janeiro de 2002, passaram, então, a possibilitar não só o encerramento contábil dos grupos, como a transferência dos recursos remanescentes à contabilidade da Administradora, **desde que observados os procedimentos estabelecidos nas Circulares referidas**, antes e após essa transferência.

4.5. Antes da alteração referida, o normativo exigia: a) contemplação de todos os consorciados e a disponibilização dos respectivos créditos, b) comunicação aos consorciados e participantes desistentes dos saldos existentes, c) pagamento das referidas restituições e d) decurso do prazo de trinta dias da comunicação aos consorciados e participantes da existência de saldos.

4.6. Após o encerramento contábil do grupo e a transferência dos saldos de recursos para a Administradora, o normativo passou a exigir: a) a contabilização específica dos valores, com informações que permitam a identificação individualizada de seus titulares, b) a remuneração desses recursos na forma da regulamentação aplicável aos recursos de grupos de consórcio em andamento e c) o rateio proporcional dos recursos recuperados entre os consorciados.

4.7. Não se dispensa assinalar que a administração dos recursos captados junto aos consorciados e participantes é remunerada por taxas de administração nada desprezíveis.

4.8. A propósito, com a edição da Circular 2.766, de 1997, foi facultado às administradoras efetuar cobrança de taxa sobre recursos não procurados, desde que observadas as condições estabelecidas naquele normativo, ou seja, **previsão contratual**, não sendo verdadeira a afirmação da parte autora de que a obrigação de remunerar os recursos não procurados é um serviço gratuito.

4.9. Mesmo em se tratando de grupos constituídos anteriormente à Circular 2.766, de 1997, a cobrança de taxa sobre recursos não procurados foi permitida, desde que, para tanto, houvesse decisão favorável da assembleia geral dos consorciados. É o que se depreende do cotejo do art. 3º da Circular 2.766, de 1997, com o art. 3º, caput e V, de seu Regulamento Anexo. Vejamos o teor desses dispositivos:

Art. 3º da Circular 2.766, de 3 de julho de 1997: As disposições do Regulamento anexo podem ser aplicadas aos grupos de consórcios já constituídos, **por decisão da assembleia geral.**

Art. 3º, caput e V, h, do Regulamento Anexo à Circular 2.766, de 3 de julho de 1997:

Art. 3º O contrato de adesão é o instrumento que, firmado pelo consorciado e pela administradora de consórcio, cria vínculo jurídico obrigacional entre as partes e pelo qual o consorciado formaliza seu ingresso em grupo de consórcio, estando nele expressas as condições da operação de consórcio, bem como os direitos e deveres das partes contratantes, sendo obrigatório dele constar:

(omissis)

V – as obrigações financeiras do consorciado, inclusive aquelas que vierem a ser estabelecidas em decorrência de:

(omissis)

h) cobrança de taxa sobre os montantes não procurados pelos consorciados ou excluídos, observado o disposto no art. 21. (destaques inexistentes nos originais)

4.10. Por outro lado, em caso de inexistência de previsão contratual ou de deliberação negativa da assembleia geral dos consorciados, em grupos constituídos anteriormente à Circular 2.766, de 1997, nada impedia a exigência, amigável ou pelas vias judiciais, de reembolso de despesas feitas pela administradora de consórcios no cumprimento de suas obrigações legais e regulamentares, desde que devidamente comprovadas.

4.11. A solução, pois, da controvérsia reside na adequada interpretação do parágrafo 1º do art. 22 do Regulamento Anexo à Circular 2.766/97, na redação dada pela Circular 3.084, de 31.01.2002, que estabelece que: “Para fins do disposto no caput, a administradora assume a condição de devedora dos beneficiários, cumprindo-lhe observar as disposições legais constantes do Código Civil Brasileiro que regulam a relação entre credor e devedor”.

4.12. Ao declarar que a Administradora passa à condição de devedora desses recursos e remeter para a relação devedor-credor tratada no Código Civil, o parágrafo 1º do art. 22 do Regulamento anexo à Circular 2.766/97 poderia sugerir, a um leitor mais apressado, que, em caso de prescrição, esses recursos passariam a pertencer à Administradora. **Mas o mesmo parágrafo adverte que essa regra só vale “para os fins do disposto no caput”, ou seja, para permitir a transferência dos recursos para a contabilidade da Administradora, possibilitando, assim, o encerramento da contabilidade dos grupos encerrados, sendo este o único objetivo dessa norma.**

4.13. O Banco Central do Brasil jamais se reputou competente para ditar a destinação dos recursos não procurados. A única finalidade da norma regulamentar em questão foi permitir o encerramento contábil de grupos, após o encerramento das operações típicas de consórcios. Nesse mesmo sentido, o parágrafo 3º do mesmo artigo manda remunerar esses recursos, sinalizando que a matéria não se regula inteiramente pela lei comum. Com efeito, a obrigação de remunerar os recursos não procurados não se encontra no Código Civil, mas no art. 10 da Lei 7.691/88, que não faz distinção entre recursos de grupos em andamento e recursos de grupos encerrados. Em outras palavras, ***ad argumentandum tantum*, mesmo vindo a prosperar a tese da prescrição defendida pela parte autora, ainda seria necessário discutir o direito da Administradora de se apropriar dos recursos.**

4.14. À evidência, não pode interpretar esses dispositivos de forma isolada, mas no contexto das normas de regência dos consórcios, observada a supremacia jurídico-positiva das normas de hierarquia superior relativamente às normas de inferior hierarquia.

4.15. A relação de direito material entre consorciados, inclusive excluídos, e administradoras tem seus parâmetros definidos pela lei, fonte da legitimidade de toda atuação administrativa. No que se refere aos grupos constituídos e encerrados

antes da entrada em vigor da Lei nº 11.795, de 2008, em 5 de fevereiro de 2009, esses parâmetros eram definidos nos artigos 7º e 11 da Lei nº 5.768/71, verbis:

Art. 3.º da Circular 2.766, de 3 de julho de 1997: As disposições do Regulamento anexo podem ser aplicadas aos grupos de consórcios já constituídos, **por decisão da assembleia geral.**

[...]

Art. 7º. Dependerão, igualmente, de prévia autorização do Ministério da Fazenda, na forma desta lei, e nos termos e condições gerais que forem fixados em regulamento, quando não sujeitas à de outra autoridade ou órgãos públicos federais:

I – as operações conhecidas como Consórcio, Fundo Mútuo e outras formas associativas assemelhadas, que objetivem a aquisição de bens de qualquer natureza; [...]

Art. 11. Os diretores, gerentes, sócios e prepostos com função de gestão na empresa que realizar operações referidas no artigo 7º:

I – serão considerados depositários, para todos os efeitos, das quantias que a empresa receber dos prestamistas na sua gestão, até o cumprimento da obrigação assumida;

II – responderão solidariamente pelas obrigações da empresa com o prestamista, contraídas na sua gestão.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se também aos administradores da operação mencionada no item I do artigo 7º.

4.16. Ou seja, a lei de regência à época dos fatos definia, no plexo de obrigações envolvidas na relação de direito material havida entre consorciados e administradora, que não só a empresa de consórcio, como seus gestores, assumiam a qualidade de depositários de valores, não de mutuários.

4.17. Então qual o sentido da remissão às “disposições legais constantes do Código Civil Brasileiro que regulam a relação entre credor e devedor” contida no § 1º do art. 22 do Regulamento Anexo à Circular 2.766/97, na redação dada pela Circular 3.084, de 31.01.2002?

4.18. A única interpretação adequada às disposições legais supracitadas, ao sistema contratual dos consórcios e aos deveres de boa-fé e probidade inerentes ao tráfico negocial (Código Civil, artigo 422), dentre as semanticamente possíveis, é a que assegura adequada proteção aos aderentes na relação contratual, ou seja, os consorciados, considerando a assimetria informacional que caracteriza essa

complexa relação. Essa interpretação há que proteger os consorciados contra a alteração unilateral das obrigações contratuais, em desfavor de seus interesses. No caso, ainda que seja semanticamente possível interpretar o § 1º do art. 22 do Regulamento Anexo à Circular 2.766/97 da forma como a demandante interpreta, essa não é, enfim, a interpretação dogmáticamente adequada ao sistema de valores e princípios que governam o tráfico negocial nos contratos de adesão.

4.19. A expressão “relação entre credor e devedor” não tinha, pois, o sentido técnico-jurídico de uma relação de empréstimo ou mútuo e **sim significado contábil de assentar que os recursos remanescentes passam a integrar o passivo da Administradora, não mais dos grupos**. A Administradora continuava a geri-los na condição de depositária, não havendo modificação na relação jurídica base que a legitimou como possuidora desses valores. Com efeito, a **mera transferência escritural dos recursos dos grupos para a Administradora** – medida autorizada para o fim de reduzir os custos operacionais decorrentes da manutenção dos grupos de consórcio – **não poderia mudar a natureza da relação jurídica que, nos termos dos artigos 7º e 11 da Lei nº 5.768/71, envolve obrigações assumidas pelos depositários em face dos depositantes**. Tal conclusão resta evidente com recurso argumentativo a um exemplo hipotético: o contrato de depósito entre instituições financeiras e os depositários de valores não poderia ser modificado por ato normativo infralegal.

4.20. Se assim é, qual o significado da referência que o § 1º do art. 22 do Regulamento Anexo à Circular 2.766/97, na redação da Circular 3.084, de 31/1/2002, faz ao Código Civil? Significa que a posição de depositária, que a ordem jurídica atribui à Administradora e que até então era determinada por força dos contratos de consórcio, não encontra mais fundamento nesses contratos, que se extinguiriam com o encerramento escritural dos grupos. A obrigação remanescente se insere, pois, no âmbito da responsabilidade pós-contratual. Mas a natureza da obrigação não muda, continua a ser fiel depositária e sua regulação se dá em conformidade com “as disposições legais constantes do Código Civil Brasileiro.”

4.21. A favor dessa interpretação milita, enfim, a sistemática do art. 22, cujos parágrafos preveem escrituração contábil em conta específica, que permita identificação individualizada por titular e que seja remunerada na forma da regulamentação vigente aplicável aos recursos dos grupos de consórcio. Ou seja, o grupo não mais existe, o contrato se extinguiu, mas seus efeitos

obrigacionais remanescem, compreendidos que estão na dogmática jurídica da responsabilidade pós-contratual.

4.22. Ao acolher o pedido de desoneração da obrigação de contabilizar os recursos, sob condição de ser demonstrada, na esfera administrativa, a efetiva prescrição do direito à restituição, a sentença deu guarida ao enriquecimento sem causa da depositária e gestora dos recursos dos consorciados, vedado pelo ordenamento jurídico (Código Civil 844, parágrafo único), e olvidou que a cláusula-geral de boa-fé (Código Civil, artigo 422) exige da administradora diligência, não só quanto à fiel guarda e conservação dos recursos que lhe foram confiados, como na restituição dos saldos remanescentes, que sabidamente não lhe pertencem. Aliás, ao não restituírem os recursos no tempo devido, as administradoras passaram a ser devedoras. Inclusive, de juros de mora, conforme pacífica jurisprudência do STJ, *e.g.*:

RECURSO ESPECIAL – CONSÓRCIO – DESISTÊNCIA – RETENÇÃO DOS VALORES PAGOS – IMPOSSIBILIDADE – RESTITUIÇÃO EM ATÉ 30 (TRINTA) DIAS CONTADOS DO TÉRMINO DO PLANO, MOMENTO A PARTIR DO QUAL INCIDEM OS JUROS DE MORA – PRECEDENTES – RECURSO PARCIALMENTE PROVIMENTO.

1. A restituição dos valores vertidos por consorciado ao grupo consorcial é medida que se impõe, sob pena de enriquecimento ilícito dos demais participantes e da própria instituição administradora.

2. O reembolso, entretanto, é devido em até 30 (trinta) dias após o encerramento do grupo, data esta que deve ser considerada como aquela prevista no contrato para a entrega do último bem.

3. Os juros de mora, na espécie, incidem, tão-somente, a partir de quando se esgota o prazo para a administradora proceder ao reembolso e, por qualquer motivo, não o faz, momento em que sua mora resta caracterizada.

4. Recurso parcialmente provido.

(REsp 1033193/DF, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/6/2008, DJe 1º/8/2008).⁴

4 No mesmo sentido, dentre outros, os seguintes precedentes: REsp 239537/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 8/2/2000, DJ 20/3/2000, p. 79; REsp 261.888/MG, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 3/5/2001, DJ 20/8/2001, p. 473.

4.23. É de se destacar, pois, nesses precedentes, os seguintes aspectos, refratários à tese da possibilidade de apropriação dos recursos dos consorciados pela administradora: a) a devolução “espontânea” dos valores é dever que se impõe à gestora e depositária dos recursos amealhados, sob pena de configurar enriquecimento sem causa; b) a administradora está em mora após trinta dias corridos do encerramento das atividades do grupo de consórcio.

4.24. Por outro lado, **ainda que se admita que a partir da transferência dos recursos não procurados por consorciados e por participantes excluídos teria início relação jurídica de outra natureza, que não a de depósito, estando por isso sujeita à prescrição quinquenal de que trata o art. 206, § 5º, I, do Novo Código Civil Brasileiro, caberia à demandante demonstrar de plano que adotou as providências exigidas no art. 21 da Circular, sem o que a transferência escritural de valores carece de legitimidade.**

4.25. Recorde-se que o art. 21 estabelece o dever de comunicação aos consorciados e excluídos, sem o que as disponibilidades financeiras remanescentes na data do encerramento contábil dos grupos não podem ser consideradas recursos não procurados (parágrafo único do art. 21 da Circular). A norma, como se disse antes, atende à garantia do devido processo legal prevista no art. 5º, LIV, da Constituição, aplicável, por força da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung der Grundrechte*), também aplicável às relações jurídicas entre sujeitos privados.

4.26. Pois bem, a demandante não fez esta prova, cuja pré-constituição é indispensável ao ajuizamento da ação e ao deferimento da medida da tutela antecipatória do mérito por ela postulada, mormente quando seus efeitos afetam a esfera jurídico-patrimonial de terceiros, que sequer foram chamados a integrar a lide, em que pese sua condição de litisconsortes passivos necessários.

4.27. Por isso, andou mal a sentença dos embargos ao afirmar que a comunicação é mero “cumprimento de formalidade, uma vez que não se pode imaginar que o consorciado que não usufruiu de seus créditos os abandone.” O contraponto a essa ingênua assertiva passa pela resposta às seguintes indagações: Quem, em sã consciência, abandona dinheiro? Quem, em perfeito juízo, não comparece para receber valor (dinheiro) que lhe há de ser restituído? A resposta é óbvia: ninguém. Não há um ser humano sequer na face da terra que, em perfeito juízo, abandone dinheiro, ou deixe de comparecer para receber dinheiro que lhe pertence.

4.28. Intuitivo, portanto, constatar que o volume expressivo de recursos não procurados em poder da Sinosserra (alguns milhões de reais) revela algo de estranho: ou os proprietários desses recursos simplesmente enlouqueceram, ou pode-se pressupor não tenha havido a devida comunicação aos interessados acerca da existência de dinheiro disponível para restituição? Pensamos que a resposta correta a essa pergunta evidencia que a norma que exige a comunicação aos proprietários sobre a existência de recursos de sua propriedade, disponíveis para devolução, não é mero “cumprimento de formalidade”, mas verdadeira garantia de devido processo legal, aplicável às relações jurídico-privadas, por força da eficácia horizontal deste inegável direito fundamental.

4.29. Adquire, aqui importante significado a remissão que § 1º do art. 22 do Regulamento Anexo à Circular 2.766/97, na redação dada pela Circular 3.084, de 31.01.2002, às “disposições legais constantes do Código Civil Brasileiro que regulam a relação entre credor e devedor”. Pois bem: o art. 199, inciso I, do Código Civil é claro ao estabelecer que “**não corre [...] a prescrição [...] pendendo condição suspensiva.**” Aplicando-se esse preceito ao caso concreto, forçoso concluir que, enquanto não houver comunicação formal aos participantes acerca de existência de saldos disponíveis para devolução, não fluir o prazo de eventual prescrição da pretensão à restituição.

4.30. No que tange especificamente à argumentação de que o Banco Central do Brasil obriga as administradoras a manter os recursos não procurados escriturados permanentemente, e a remunerá-los permanentemente (*ad eternum*, como diz), cumpre esclarecer que o Banco Central do Brasil não tem competência para prever qualquer outro destino a tais recursos, quando a lei revogada não apenas não previa, como parece proibir que se previsse, notadamente em textos como o do art. 10 da Lei 7.691/88 e o do art. 11 da Lei 5.768/71, *verbis*:

Art. 10. A partir de 1º de janeiro de 1989, os recursos coletados de consórcios pelas respectivas administradoras, a qualquer título, serão obrigatoriamente aplicados, desde a sua disponibilidade, na forma prevista no Decreto-Lei nº 1.290, de 3 de dezembro de 1973.

Art. 11. Os diretores, gerentes, sócios e prepostos com função de gestão na empresa que realizar operações referidas no artigo 7º:

I – serão considerados depositários, para todos os efeitos, das quantias que a empresa receber dos prestamistas na sua gestão, até o cumprimento da obrigação assumida;

II – responderão solidariamente pelas obrigações da empresa com o prestamista, contraídas na sua gestão.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se também aos administradores da operação mencionada no item I do artigo 7º.

4.31. A obrigação de remunerar os recursos não procurados, norma atacada pela Administradora, objeto da liminar, que é o parágrafo 3º do art. 22 do Regulamento anexo à Circular 2.766/97 (na redação dada pela Circular 3.084/2002), remete à “regulamentação vigente aplicável aos recursos de grupos de consórcio em andamento”. Ora, a regulamentação vigente à época dos fatos era a Circular 2.454/94 (alterada pela Circular 3.261/04), cuja base é a Resolução 2.092/04, que, por sua vez, fundamenta-se no art. 10 da Lei 7.691/88.

4.32. Tal encadeamento reveste-se de importância crucial para a defesa da norma atacada, na medida em que a situa na linha direta de descendência da lei especial, revelando, ademais, que o Banco Central jamais teve dúvida de que os recursos não procurados caem sob a proteção do art. 10 da Lei 7.691/88, dali só podendo ser retirados de uma maneira, que é sendo finalmente pagos aos respectivos beneficiários.

4.33. De outra banda, também não é verdadeira a afirmação da parte autora de que a cessação da remuneração contábil dos recursos não procurados nenhum prejuízo traria aos ex-consorciados na remota hipótese de virem a postular, com êxito, a devolução desses resíduos, logrando afastar o reconhecimento da prescrição. Segundo a demandante, nesse caso, aplicar-se-ia a Súmula 35 do STJ, cujo enunciado tem a seguinte redação: “Incide correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição, em virtude da retirada ou exclusão do participante de plano de consórcio.”

4.34. Da leitura de seu enunciado, resta claro que a **Súmula 35 do STF só trata do caso dos desistentes**. Ora, os recursos não procurados não são só recursos de desistentes. Na verdade, em regra, a maior parte dos beneficiários não é composta de desistentes, mas de consorciados que participaram normalmente dos grupos. Os valores a estes devidos não são devoluções de prestações pagas, mas rateios do saldo de caixa final do grupo de que participaram.

4.35. Também se equivocou a demandante ao concluir que “o direito não aumenta nem diminui pelo lançamento contábil”. É verdade, mas os termos aqui estão invertidos. Se existe o direito, deve existir, obrigatoriamente, o lançamento contábil, no valor exato do direito (nem maior, nem menor). Ninguém está dizendo que é o lançamento contábil que produz o direito. **O que se quer dizer é que os recursos não procurados só poderão ser baixados do passivo quando não existir mais a obrigação de devolvê-los.**

4.36. Em uma situação de dúvida razoável acerca da titularidade dos recursos não procurados, como a presente (tudo leva a crer que não houve abandono dos recursos e sim ausência de devida comunicação da disponibilidade para saque), justifica-se a prudência, que é princípio de conduta a ser adotado pelas instituições que atuam no Sistema Financeiro Nacional (SFN) e, por extensão, pelas administradoras de consórcio.

4.37. Não é por acaso, pois, que se aplica às administradoras de consórcio o Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (Cosif), criado com a edição da Circular 1.273, em 29 de dezembro de 1987, com o objetivo de unificar os diversos planos contábeis existentes à época e uniformizar os procedimentos de registro e elaboração de demonstrações financeiras, de modo a facilitar o acompanhamento, análise, avaliação do desempenho e controle das instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

4.38. Apesar de não integrarem o SFN, as administradoras de consórcio estão submetidas às mesmas normas contábeis do Cosif, que nada mais são do que a tradução para o âmbito do SFN dos Princípios Essenciais da Basileia, que foram desenvolvidos pelo Comitê de Supervisão Bancária da Basileia como referência básica para uma supervisão bancária eficaz.

4.39. Uma das bases do Acordo da Basileia é justamente o princípio da prudência gerencial de valores. Aceitar que uma empresa de porte considerável, como é o caso da demandante, deixe de remunerar uma dívida substancial, contraria a prudência de gerenciamento de passivos. Veja-se o que diz a resolução CFC 774/94:

Art. 10. O princípio da prudência determina a adoção do menor valor para os componentes do ativo e do maior para os do passivo, sempre que se apresentem alternativas igualmente válidas para a quantificação das mutações patrimoniais que alterem o patrimônio líquido.

4.40. Não se sabe o futuro. Pode ser que a empresa chegue ao ponto de não mais poder remunerar, no futuro, tal dívida, e então teríamos um problema que não precisaria ter sido criado; bastaria ter sido mantida a remuneração dos recursos não procurados.

4.41. Em suma, resta evidente que à recorrida, mera gestora dos negócios dos grupos de consorciados e depositária dos recursos captados junto aos consorciados, não poderia, sob a égide da legislação que regiam o funcionamento dos grupos ao tempo em que a ação foi ajuizada, apropriar-se, com base na prescrição, dos referidos valores, na medida em isso contraria o dever de probidade e a cláusula-geral da boa-fé (Código Civil, artigo 422).

4.42. Contudo, ainda que se admita a possibilidade de apropriação desses recursos, com base na prescrição, não há prova de que os consorciados tenham sido devidamente comunicados da existência de recursos disponíveis para restituição, constituindo-se isso não uma mera formalidade, mas fato essencial para o início da fluência do prazo de prescrição, que não se pode ter por consumada, sob pena de violação à garantia constitucional do devido processo.

4.43. Por outro lado, enquanto não for reconhecida concretamente a prescrição da pretensão à restituição valores, a administradora deve continuar a efetuar a devida contabilização dos recursos que lhe forma confiados, como medida reguladora de caráter prudencial necessária à salvaguarda da parcela da poupança popular captada pela administradora de consórcio.

V – PEDIDO

Face o exposto, o Banco Central do Brasil pede que o presente recurso de apelação seja conhecido e provido, de modo a reconhecer-se o *error in procedendo* na sentença, na medida em que:

- a) o provimento judicial vergastado (sentença extintiva e complementada pela sentença de embargos) é decisão *citra petita* e condicional, configurando, por isso, violação à regra processual do art. 460, *caput* e parágrafo único, do CPC, e, conseqüentemente, necessidade de que o feito retorne à primeira instância para que nova decisão seja proferida, observados os limites da lide e a necessidade de que o provimento jurisdicional não tenha caráter condicional;

- b) a sentença que apreciou os embargos não sanou a omissão relativa ao pedido de declaração de prescrição, configurando violação ao art. 535 do CPC e negativa de prestação jurisdicional, e, conseqüentemente, necessidade de que o feito retorne à primeira instância para que nova decisão sobre os embargos seja proferida, corrigindo as omissões apontadas;
- c) o provimento judicial vergastado (sentença extintiva e complementada pela sentença de embargos) foi proferido sem que houvesse a necessária formação do litisconsórcio passivo necessário, configurando violação ao art. 47, parágrafo único, c/c art. 267, XI, e art. 329, todos do CPC, e, conseqüentemente, necessidade de que o feito retorne à primeira instância para que nova decisão seja proferida, não sem antes determinar-se a citação dos litisconsortes passivos necessários, que são os proprietários dos recursos que a autora pretende se apropriar invocando o argumento da prescrição;
- d) o provimento judicial vergastado (sentença extintiva e complementada pela sentença de embargos) foi proferido sem a petição inicial tivesse sido instruída com os documentos indispensáveis ao ajuizamento da ação, configurando violação ao art. 283 do CPC e, conseqüentemente, necessidade de que seja reaberta a fase de instrução, mediante determinação de que a autora apresente esses documentos, na forma do art. 284 do CPC, sob pena de indeferimento da inicial (CPC, art. 267).

Noutra hipótese, o Banco Central do Brasil pede que o presente recurso de apelação seja conhecido e provido, de modo a reconhecer-se o *error in iudicando* na sentença, na medida em que:

- e) inexistia, sob a égide da legislação aplicável ao tempo em que os grupos encerraram suas atividades, norma permitindo que o gestor e depositários dos recursos amealhados junto à poupança popular pudesse incorporá-los a seu patrimônio, ainda que a pretexto de prescrição da pretensão à restituição dos valores confiados, sob pena de violação ao dever de probidade e à cláusula-geral da boa-fé e configuração de enriquecimento sem causa (Código Civil, artigos 422 e 844, parágrafo único);

- f) ainda que os recursos geridos pela depositária pudessem ser por ela apropriados por meio da prescrição, não se poderia falar em início da fluência do prazo prescricional, na medida em que não houve demonstração de que os participantes dos grupos de consórcio foram devidamente comunicados da existência de recursos disponíveis por ocasião do encerramento da atividade dos grupos dos quais eles participavam, em atendimento à cláusula constitucional do devido processo e à regra do art. 199, inciso I, do Código Civil, segundo a qual “**não corre [...] a prescrição [...] pendendo condição suspensiva**”;
- g) não há como desonerar a administradora do ônus do cumprimento da medida prudencial que determina a devida contabilização dos recursos dos participantes dos grupos cujas atividades foram encerradas, na medida em que não restou cabalmente demonstrada a prescrição da pretensão à restituição dos valores depositados junto à administradora e por ela geridos, sob pena de violação aos artigos art. 10 da Lei 7.691/88 e o do art. 11 da Lei 5.768/71 e às normas reguladoras aplicáveis à espécie.

Pede deferimento.

Porto Alegre, 2 de maio de 2011.

Angela Sirangelo Belmonte de Abreu
Subprocuradora-Regional

Lademir Gomes da Rocha
Procurador-Regional

Petição PGBC-5382/2011

Memorial em recurso especial interposto contra decisão da Justiça Estadual de Pernambuco que autorizou a execução de honorários advocatícios fora do concurso universal de credores da massa falida do Banco Banorte S/A.

Felipe de Vasconcelos Pedrosa

Procurador

Erasto Villa-Verde Filho

Coordenador-Geral

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA RELATORA MARIA ISABEL GALLOTTI, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

RECURSO ESPECIAL Nº 1.129.293/PE
RECORRENTE: BANCO BANORTE S/A – EM LIQUIDAÇÃO
EXTRAJUDICIAL

ASSISTENTE DO RECORRENTE: BANCO CENTRAL DO BRASIL
RECORRIDA: CARLA PONTES DE VASCONCELLOS

BANCO CENTRAL DO BRASIL, autarquia federal criada pela Lei nº 4.595, de 1964, com sede nesta capital da República e endereço indicado no rodapé, por seus procuradores abaixo assinados (Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, art. 17, I, c/c Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998, art. 4º, I), vem à presença de Vossa Excelência, nos autos do recurso especial em epígrafe, requerer a juntada do anexo memorial, que veicula razões para que se conheça e dê provimento ao recurso.

Nestes termos, pede deferimento.

Brasília, 29 de junho de 2011.

Felipe de Vasconcelos Pedrosa
Procurador

Erasto Villa-Verde Filho
Coordenador-Geral

Petição PGBC-5382/2011

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA TURMA

MEMORIAL
DO BANCO CENTRAL
(ASSISTENTE DO RECORRENTE)

RECURSO ESPECIAL Nº 1.129.293/PE
RECORRENTE: BANCO BANORTE S/A – EM LIQUIDAÇÃO
EXTRAJUDICIAL

ASSISTENTE DO RECORRENTE: BANCO CENTRAL DO BRASIL
RECORRIDA: CARLA PONTES DE VASCONCELLOS
RELATORA: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI

ASSUNTO: CONDENAÇÃO DO BANCO BANORTE – EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO DO DÉBITO EM CURSO. ADOÇÃO DE MEDIDAS EXPROPRIATÓRIAS, PELA JUSTIÇA ESTADUAL, EM OFENSA AO ART. 18, A, DA LEI Nº 6.024, DE 1964. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO REVOGADO DECRETO-LEI Nº 7.661, DE 1945, PARA O QUAL DÍVIDAS DA MASSA, CATEGORIA NA QUAL SE INCLUEM OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PLEITEADOS, SÓ PODEM SER PAGOS PELO LIQUIDANTE APÓS OS CRÉDITOS TRABALHISTAS E OS ENCARGOS DA MASSA.

ILUSTRE MINISTRA RELATORA,

O Banco Banorte S/A – Em liquidação Extrajudicial (Banorte) foi condenado a pagar à recorrida honorários advocatícios. A recorrida, no entanto, com o

intuito de burlar o procedimento legalmente previsto para a satisfação material de sua pretensão, em vez de habilitar seu crédito junto à massa, propôs execução judicial individual.

2. Em afronta ao art. 18, *a*, da Lei nº 6.024, de 1974,¹ e ao princípio da *par conditio creditorum*, a Justiça Estadual de Pernambuco autorizou a adoção de medidas executórias judiciais para a satisfação da credora. A instituição liquidanda, assim, interpôs apelo especial, com o objetivo de dar concreção à norma inscrita no citado dispositivo de lei federal.

3. O Banco Central, maior credor do Banorte e ente legalmente responsável por assegurar a isonomia no concurso universal estabelecido com a decretação de regime especial, pediu que se admitisse sua intervenção no feito e aderiu ao requerimento, formulado pelo recorrente, de concessão de medida cautelar para atribuir ao recurso especial eficácia suspensiva.

4. A Ministra Relatora deferiu, monocraticamente, o requerimento de concessão de medida cautelar.

5. É preciso, agora, pelas razões a seguir alinhavadas, que seja reconhecido o direito cuja verossimilhança se entendeu presente em sede de cognição sumária.

A DECISÃO RECORRIDA

6. O Tribunal *a quo* resumiu a questão que lhe foi colocada da seguinte forma, *ipsis litteris*: “a questão posta para exame refere-se à execução de honorários lastreada em título judicial, cujo recebimento vem sendo obstaculado pela instituição Agravada sob o argumento de que, **estando em liquidação extrajudicial, o feito executivo deve ser suspenso**, pois o crédito reclamado não recebe qualquer privilégio capaz de autorizar o seu pagamento” – destaca-se. Sobre o tema, o órgão recorrido decidiu o que segue: “A regra oposta à pretensão não possui o condão de impedir o recebimento do crédito perseguido, eis que o fato da Agravada se encontrar em liquidação extrajudicial não retira o

1 “Art. 18. A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos: a) suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, não podendo ser intentadas quaisquer outras, enquanto durar a liquidação.”

privilégio do bem jurídico perseguido. É inquestionável que os honorários advocatícios possuem caráter alimentar, merecendo assim, prioridade na ordem de pagamentos.”

7. Percebe-se, desde logo, que o objeto do recurso especial foi devidamente prequestionado. Embora não se tenha feito referência expressa ao art. 18, *a*, da Lei nº 6.024, de 1974, “o Superior Tribunal de Justiça acolhe o denominado prequestionamento implícito, ou seja, aquele no qual o órgão julgador efetivamente debate a tese recursal, sem, contudo, mencionar expressamente os dispositivos legais correspondentes” (trecho da ementa do AgRg no REsp 1142393/MS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 2/6/2011, DJe 13/6/2011).

8. Ademais, vê-se que o Tribunal recorrido confundiu as duas questões que enfrentou: a primeira, de caráter preliminar, sobre a possibilidade de prosseguirem execuções individuais contra a massa liquidanda; a segunda, sobre a ordem de prioridade dos créditos havidos contra a massa.

9. Embora o que se decida em relação a uma delas não deva afetar a conclusão quanto à outra, o órgão *a quo*, num impressionante salto hermenêutico, entendeu por bem excepcionar do concurso universal o crédito da recorrente, unicamente por considerá-lo “de caráter alimentar”. Dessa forma, outorgou ao crédito da recorrida, à margem da lei, privilégio que nem os créditos trabalhistas – os que, historicamente, têm merecido maior proteção do legislador – possuem.

10. **Além de contrariar frontalmente a lei, que não previu a mencionada exceção, o Tribunal recorrido desrespeitou o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao grau de preferência dos créditos oriundos da fixação de honorários advocatícios. Vejam-se as seguintes decisões, que não lhe conferem tratamento similar ao do crédito trabalhista:**

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 102 DA ANTIGA LEI DE FALÊNCIAS. ART. 24 DO ESTATUTO DA OAB. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. CARÁTER ALIMENTAR. PRIVILÉGIO GERAL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O crédito decorrente de honorários advocatícios sucumbenciais, a despeito de se assemelhar a verba alimentar, não se equipara aos créditos trabalhistas, para efeito de habilitação em processo falimentar, devendo figurar na classe de créditos com privilégio geral. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1077528/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 9/11/2010) – destaca-se.

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 102 DA ANTIGA LEI DE FALÊNCIAS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 282/STF. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. NATUREZA ALIMENTAR. PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS. LEVANTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PREFERÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ARTS. 186 E 187 DO CTN. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR.

1. A Corte *a quo* não proferiu juízo de valor sobre o art. 102 da antiga lei de falências, pelo que o recuso especial não merece conhecimento em relação a ele por ausência de prequestionamento.

Incide, *in casu*, o Enunciado nº 282 da Súmula do Supremo Tribunal Federal 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 470.407/DF (DJ 18/7/2007), ao interpretar os arts. 22 e 23 da Lei nº 8.906/94, asseverou que os honorários advocatícios incluídos na condenação pertencem ao advogado, consubstanciando prestação alimentícia. Nesse mesmo sentido, afiliou-se a jurisprudência do STJ, por ocasião do julgamento, pela Corte Especial, dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 706.331/PR, de relatoria do eminente Ministro Humberto Gomes de Barros (DJ 31/3/2008).

3. A despeito da natureza alimentar dos honorários, a Segunda Turma desta Corte concluiu em recente julgado (REsp nº 1.068.838/PR, DJe 4/2/2010), por maioria, que o crédito decorrente dos honorários advocatícios não se equipara aos créditos trabalhistas, razão por que não há como prevalecer sobre o crédito fiscal a que faz jus a Fazenda Pública.

4. Ressalva do entendimento do relator.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido apenas para reconhecer a natureza alimentar da verba honorária que, a despeito disso, não detém privilégio similar a verba trabalhista a fim de preferir ao crédito tributário. (REsp 874.309/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 6/5/2010, DJe 27/5/2010) – destaca-se.

11. Dessarte, não podem prosperar as razões do acórdão recorrido, seja porque contrariam a Lei Federal, seja porque não se curvam à atual jurisprudência desse Tribunal Superior.

NECESSÁRIA PRESERVAÇÃO DO CONCURSO UNIVERSAL

12. A recorrida vem insistindo que o seu crédito seria **extraconcursal** e que, por razão meramente semântica, ele poderia ser satisfeito em execução judicial individual, fora do procedimento administrativo especialmente criado para a verificação e pagamento de créditos contra instituições financeiras em liquidação extrajudicial. Verdadeira burla ao concurso de credores e à *vis atractiva* do juízo universal.

13. A Lei nº 6.024, de 1964, é taxativa. Com a decretação da liquidação, devem-se suspender as execuções iniciadas sobre o acervo da entidade liquidanda, “não podendo ser intentadas **quaisquer outras**, enquanto durar a liquidação” – destaca-se (art. 18, *a*). O dispositivo é análogo ao art. 6º da Lei nº 11.101, de 2005, a lei de falências vigente, que determina o seguinte: “a decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de **todas** as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário” – destaca-se. Também a legislação revogada dispunha de maneira semelhante: “art. 24. As ações ou execuções individuais dos credores, sobre direitos e interesses relativos à massa falida, inclusive as dos credores particulares de sócio solidário da sociedade falida, ficam suspensas, desde que seja declarada a falência até o seu encerramento.” (Decreto-Lei nº 7.661, de 1945).

14. A lei não contém palavras inúteis, acordam os juristas. Tanto a Lei nº 6.024, de 1964, como a Lei nº 11.101, de 2005, afastaram por completo a possibilidade de se ajuizar execuções individuais contra a massa. As únicas exceções, obviamente, são as previstas de forma expressa em lei, o mesmo instrumento normativo veiculador da regra proibitiva.

15. Tratando do juízo universal falimentar, Fábio Ulhôa Coelho e André Luiz Santa Cruz Ramos concordam quanto às poucas exceções à sua força atrativa: ações não reguladas pela lei de quebras de que seja autora ou litisconsorte ativa a massa falida, as que demandam quantia ilíquida (art. 6º, § 1º da Lei nº 11.101, de 2005), execuções fiscais (art. 187 do Código Tributário Nacional) e ações cuja competência jurisdicional seja ditada pela Constituição (como a Justiça do Trabalho e a Justiça Federal). **De qualquer forma, mesmo quando se admite, por se enquadrar numa dessas exceções, o prosseguimento de execução individual**

contra a massa (v.g. nas execuções fiscais ou trabalhistas), o produto arrecadado deve ser enviado para o juízo falimentar, “que o incorporará à massa e pagará os credores segundo a ordem de preferência determinada em lei.”²

16. A importância de se preservar o procedimento estabelecido pela Lei nº 6.024, de 1964, mantendo-se no rol de atribuições do liquidante – e do Banco Central, em grau de recurso – o pagamento dos créditos contra a massa, segundo a ordem de preferência determinada em lei, é de extrema importância para a efetivação do princípio da *par conditio creditorum*. A Ministra Relatora, ao conferir efeito suspensivo ao recurso especial, demonstrou sensibilidade neste ponto, ao dizer, *in verbis*:

mesmo se considerada correta esta tese [da recorrida], ficaria abalada toda a disciplina legal da liquidação extrajudicial – assim como a da falência – se tal crédito, embora tratado como extraconcursal, pudesse ser solvido em execução processada à margem do processo de liquidação, sem ser submetido ao liquidante (figura correspondente à do síndico), e, em caso de conflito, ao Banco Central do Brasil (correspondente ao juiz da falência). Isso porque, em tese, todo o patrimônio da Massa poderia ser comprometido, na Justiça Estadual, a título de dívida decorrente de fato gerador posterior à decretação da liquidação, esvaziando o instituto da liquidação extrajudicial por completo.

17. Ademais, ao **criar a categoria dos créditos extraconcursais** (os decorrentes de fatos posteriores à decretação da falência e ao processamento da recuperação judicial), o art. 84 da Lei nº 11.101, de 2005, embora tenha previsto sua precedência sobre aos créditos nascidos antes da decretação de quebra ou de recuperação judicial, subdividiu-os segundo sua origem e determinou que fossem pagos segundo uma ordem de preferência própria. **Ao contrário do que dá a entender o *nomen juris* adotado pelo legislador, portanto, crédito “extraconcursal” não fica de fora do concurso de credores.** Veja-se a literalidade do dispositivo mencionado:

2 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Curso de Direito Empresarial – O novo regime jurídico-empresarial brasileiro, 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 567.

“Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, **na ordem a seguir**, os relativos a:

I – remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares, e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência;

II – quantias fornecidas à massa pelos credores;

III – despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência;

IV – custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida;

V – **obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência**, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei. – destaca-se.

18. O crédito da recorrida seria, na ordem prevista no art. 84, o último dos extraconcursais a ser pago, já que não se enquadra nos incisos I, II, III ou IV.

19. **De qualquer forma, o crédito da recorrida nunca poderia ser classificado como extraconcursal.** A liquidação extrajudicial do Banorte foi decretada em 19 de dezembro de 1996.³ À época do fato, a lei de quebras vigente, aplicável subsidiariamente ao regime de liquidações extrajudiciais de instituições financeiras por força do art. 34 da Lei nº 6.024, de 1964,⁴ era o Decreto-Lei nº 7.661, de 1945. Essa circunstância não foi alterada com a entrada em vigor da Lei nº 11.101, de 2005, que dispôs, em seu art. 192, “esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.”

20. Assim, se é subsidiariamente aplicável ao caso o Decreto-Lei nº 7.661, de 1945, deve-se categorizar o crédito da recorrida segundo os preceitos desse diploma normativo. Veja-se o que dizem seus arts. 102 e 124:

3 Informação que pode ser extraída do site <http://www4.bcb.gov.br/lid/liquidacao/patual/posatualn2.asp> [acessado em 28 de junho de 2011 às 11:30].

4 “Aplicam-se a liquidação extrajudicial no que couberem e não colidirem com os preceitos desta Lei, as disposições da Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945), equiparando-se ao síndico, o liquidante, ao juiz da falência, o Banco Central do Brasil, sendo competente para conhecer da ação refocatória prevista no artigo 55 daquele Decreto-Lei, o juiz a quem caberia processar e julgar a falência da instituição liquidanda”.

Art. 102. Ressalvada a partir de 2 de janeiro de 1958, a preferência dos créditos dos empregados, por salários e indenizações trabalhistas, sobre cuja legitimidade não haja dúvida, ou quando houver, em conformidade com a decisão que for proferida na Justiça do Trabalho, e, depois deles a preferência dos credores por encargos ou dívidas da massa (art. 124), a classificação dos créditos, na falência, obedece à seguinte ordem: (Redação dada pela Lei nº 3.726, de 11/2/1960)

[...]

Art. 124. Os encargos e dívidas da massa são pagos com preferência sobre os créditos admitidos a falência, ressalvado o disposto nos artigos 102 e 125. (Redação dada pela Lei nº 3.726, de 11/2/1960)

§ 1º São encargos da massa:

I – as custas judiciais do processo da falência, dos seus incidentes das ações em que a massa for vencida;

II – as quantias fornecidas a massa pelo síndico ou pelos credores:

III – as despesas com a arrecadação, administração, realização de ativo e distribuição do seu produto, inclusive a comissão de síndico;

IV – as despesas com a moléstia e o enterro do falido, que morrer na indigência, no curso do processo;

V – os impostos e contribuições públicas a cargo da massa e exigíveis durante a falência;

VI – as indenizações por acidentes do trabalho que, no caso de continuação de negócio do falido, se tenha verificado nesse período.

§ 2º São dívidas da massa:

I – as custas pagas pelo credor que requereu a falência;

II – as obrigações resultantes de atos jurídicos válidos, praticados pelo síndico;

III – as obrigações provenientes de enriquecimento indevido da massa.

§ 3º Não bastando, os bens da massa para o pagamento de todos os seus credores, serão pagos os encargos antes das dívidas, fazendo-se rateio em cada classe, se necessário sem prejuízo porém dos créditos de natureza trabalhista. – destaca-se.

21. Algumas conclusões são inescapáveis, ante o texto da lei aplicável ao caso concreto: a) os créditos que a atual lei de falências denominou “extraconcursais” eram chamados, no regime anterior, encargos e dívidas da massa; b) sobre eles têm precedência os créditos trabalhistas; c) eles não são excluídos do quadro geral de credores; d) os encargos da massa têm preferência sobre as dívidas da

massa; e) o crédito oriundo da condenação da massa em honorários advocatícios só pode ser, por exclusão, dívida da massa (obrigação resultante de ato jurídico válido praticado pelo liquidante).

22. O próprio Superior Tribunal de Justiça confirmou a supremacia dos créditos trabalhistas sobre os encargos da massa e destes sobre as dívidas da massa, no regime do Decreto-Lei nº 7.661, de 1945. Veja-se a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PREFERÊNCIA CREDITÍCIA. CUSTAS E DESPESAS EM SENTIDO ESTRITO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A controvérsia cinge-se à análise da preferência do crédito tributário em relação a outros créditos, tendo em vista o entendimento do Tribunal de origem no sentido de que 'o crédito tributário não tem preferência às custas e despesas processuais devidas ao Poder Judiciário e seus auxiliares no processo de execução. Interpretação sistemática dos arts. 186 e 188 do CTN' (fl. 55).

2. Na hipótese dos autos, os fatos ocorreram sob a égide das redações originais dos arts. 186 e 188 do Código Tributário Nacional. Assim, nos termos destes dispositivos legais, **o crédito tributário possui preferência em relação aos demais créditos, exceto quanto àqueles decorrentes da legislação do trabalho, bem como dos encargos da massa falida – incluindo-se aí os créditos tributários vencidos e vincendos, exigíveis no decurso do processo de falência -, os quais deveriam ser pagos com preferência em relação a quaisquer outros créditos e às dívidas da massa. Precedentes.**

3. Da análise da natureza jurídica das despesas em sentido estrito e das custas, pode-se concluir que tais verbas não se enquadram no conceito de créditos trabalhistas. Todavia, enquadram-se nos encargos devidos pela massa falida, porquanto: (a) as despesas em sentido estrito devidas pela empresa fazem parte das obrigações assumidas pela massa falida no curso do processo; (b) as custas judiciais já possuem, por sua própria natureza tributária, o privilégio previsto na Seção II do Capítulo VI do Código Tributário Nacional. No entanto, no caso específico dos autos, o crédito relativo às custas judiciais está entre os encargos tributários da massa falida, de modo que tem uma preferência ainda maior em seu pagamento, conforme previsto no art. 188 do CTN. Dessa maneira, interpretando-se sistematicamente as redações anteriores dos arts. 186 e 188 do CTN,

verifica-se que as referidas custas e despesas possuem preferência em relação aos créditos tributários em geral, por se enquadrarem entre os encargos devidos pela massa falida.

4. As custas e emolumentos, quando devidas pela Fazenda Pública, gozam do privilégio estatal de não precisarem ser antecipadas, devendo ser pagas, ao final da demanda, pelo vencido, nos termos dos arts. 39, da Lei 6.830/80 e 27 do CPC. Por outro lado, as despesas em sentido estrito não gozam desse mesmo privilégio, sendo certo que, mesmo quando devidas pela Fazenda Pública, devem ser pagas no momento do requerimento da diligência ou de qualquer outro ato processual, na medida em que, neste caso, os atos são praticados por terceiros que não se podem sujeitar ao ônus de arcar com as despesas de sua prática em favor do ente estatal. Precedentes.

5. Recurso especial desprovido. – destaca-se.(REsp 898.214/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/8/2007, DJ 24/9/2007, p. 260)

23. Dessarte, o crédito da recorrida não deve ser satisfeito fora do concurso universal de credores pelas seguintes razões: (i) porque não é possível o processamento de execuções individuais contra a massa, após a decretação da liquidação (art. 18, *a*, da Lei nº 6.024, de 1964), fora das exceções expressamente previstas em lei; (ii) porque, ainda que fosse possível o curso da execução individual no caso, o pagamento de qualquer crédito deve ser feito pelo liquidante, de acordo com a ordem estabelecida em lei; e (iii) porque, ainda que créditos extraconcursais fugissem a essas regras (não fogem!), o crédito da recorrida nunca poderia ser classificado como extraconcursal, pois submetido à sistemática do Decreto-Lei nº 7.661, de 1945, que não previa tal categoria.

CONCLUSÃO

13. Ante o exposto, pede-se o conhecimento do recurso especial interposto pelo Banorte, tendo em vista que a matéria discutida encontra-se prequestionada (itens 6 e 7, *ut supra*), e o seu provimento para reformar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, no intuito de suspender os atos executórios promovidos pela recorrida contra a massa liquidanda.

Nestes termos, pede deferimento.

Brasília, 29 de junho de 2011.

Felipe de Vasconcelos Pedrosa
Procurador

Erasto Villa-Verde Filho
Coordenador-Geral

Petição PGBC-6994/2011

Memorial em que se defende a constitucionalidade da Resolução nº 3.954, de 24 de fevereiro de 2011, do Conselho Monetário Nacional (CMN), que consolida a disciplina sobre a contratação de correspondentes no país por instituições financeiras.

Felipe de Vasconcelos Pedrosa
Procurador

Erasto Villa-Verde Filho
Coordenador-Geral

Luiz Ribeiro de Andrade
Subprocurador-Geral

Isaac Sidney Menezes Ferreira
Procurador-Geral

Petição PGBC-6994/2011

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA,
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RELATOR DA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 236/DE,**

BANCO CENTRAL DO BRASIL, autarquia federal sediada no endereço indicado no rodapé, por seus procuradores abaixo assinados (art. 17, I, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, c/c art. 4º, I, da Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998), vem à presença de Vossa Excelência, respeitosamente, com esteio no que dispõe o art. 6º, § 2º, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, requerer seu ingresso no feito, na qualidade de *AMICUS CURIAE*, pedindo a juntada do presente

MEMORIAL,

com o fim de explicitar razões de fato e de direito que evidenciam a plena constitucionalidade da Resolução nº 3.954, de 24 de fevereiro de 2011, do Conselho Monetário Nacional (CMN), que consolida a disciplina sobre a contratação de correspondentes no País por instituições financeiras. O pedido de ingresso encontra justificativa no dever de o Banco Central “cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional” (art. 9º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964).

2. De início, importa salientar que há, no Brasil, algo em torno de 150.000 (cento e cinquenta mil) pontos de correspondentes, enquanto as agências bancárias, que constituem a segunda maior rede fornecedora de serviços financeiros, somam cerca de 20.000 (vinte mil) estabelecimentos. Em 247 (duzentos e quarenta e sete) municípios brasileiros, localizados principalmente nas regiões Norte e Nordeste, não há **nenhuma** dependência bancária, enquanto em somente 30 (trinta) não há correspondentes. Com a súbita paralisação dos serviços prestados pelos correspondentes, a população de mais de 200 (duzentos) municípios ficaria completamente desassistida.

3. A rede de correspondentes de instituições financeiras tornou-se o principal canal de prestação de serviços de pagamento de contas, de tributos e de transferência de recursos, tendo efetuado mais de dois bilhões de transações do gênero em 2010. Segundo a área técnica desta Autarquia, “tal volume é 44,5% maior do que as transações da espécie realizadas por meio de ATM [terminais eletrônicos] [...] e chega a ser 21,11% maior do que a quantidade de transações similares realizadas remotamente, via internet.”¹

4. **A indispensabilidade do instituto pode ainda ser medida pelo fato de que 68,5% dos valores distribuídos pelo programa Bolsa Família, do Governo Federal, foram pagos por meio de correspondentes.**

5. É contra esse instituto, imprescindível ao acesso de serviços financeiros básicos por parcela expressiva da população, de fundamental importância para a tarefa de arrecadação de tributos e para os programas governamentais de amparo social e redistribuição de renda, que se volta a presente ação, na qual se inclui pedido de concessão de medida liminar.

6. Em suma, alega o partido autor que a sua fonte normativa (a referida Resolução nº 3.954, de 2011) desrespeita o princípio da legalidade estrita (art. 5º, II, da Constituição) e, ademais, “irradia sua repercussão sobre duas matérias específicas que são expressamente reservadas à Lei”. A resolução, no entender do autor, violaria a regra constitucional que outorga à União a competência para legislar sobre direito do trabalho (art. 22, I, da Constituição) e a que reserva a leis complementares a estruturação do Sistema Financeiro Nacional (art. 192, da Constituição).

7. Entretanto, como se verá logo após breve relato histórico do instituto, não lhe assiste razão.

1 Nota Denor-2011/00483, de 21 de julho de 2011, com cópia anexa à presente manifestação.

CRIAÇÃO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO JURÍDICO

8. Na década de 1960, muito antes de se cunhar o termo “correspondente de instituição financeira”, o Conselho Monetário Nacional editou a Resolução nº 29, de 1º de julho de 1966, por meio da qual se estabelecia que, mediante prévia autorização do Banco Central, as Sociedades de Crédito Imobiliário poderiam celebrar convênios com estabelecimentos bancários para captação de depósito a prazo.

9. Desde então, vários atos normativos foram produzidos com o intuito de promover a oferta de serviços financeiros essenciais em locais que as instituições financeiras, por motivos de ordem econômica, não demonstravam interesse em abrir estabelecimento.

10. Assim, em 15 de outubro de 1973, o Banco Central do Brasil expediu a Circular nº 220, o primeiro normativo a empregar a expressão “correspondentes” com o sentido que mais tarde se consolidou na legislação bancária. Por meio da Circular, foi comunicado o seguinte:

O Conselho Monetário Nacional, em sessão realizada nesta data, tendo em vista o que dispõe o art. 4º, inciso VII, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, decidiu manter a faculdade de os estabelecimentos bancários atribuírem a pessoas jurídicas, sob contrato especial, o desempenho das funções de correspondentes, que se resumirão na cobrança de títulos e execução, ativa ou passiva, de ordens de pagamento em nome do contratante, vedadas outras operações, inclusive a concessão de empréstimos e a captação de depósitos - exceto quanto à permissão contida no item IV, da Resolução nº 244, de 16 de janeiro de 1973. Essa contratação independerá de autorização, devendo, entretanto, ser comunicada ao Banco Central do Brasil.²

11. Mais tarde, a Resolução nº 562, de 30 de agosto de 1979, do Conselho Monetário Nacional, permitiu que as Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento utilizassem empresas prestadoras de serviços no encaminhamento

2 A Resolução nº 244, de 16 de janeiro de 1973, mantida pela Circular nº 220, de 1973, como uma exceção, autorizava a captação de depósitos e a concessão de empréstimos por pessoas jurídicas contratadas desde que pertencessem ao sistema de distribuição de títulos ou valores mobiliários no mercado de capitais, de que trata o art. 5º da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965.

de pedidos de financiamento, para análise de crédito e cadastro, de cobrança amigável e de outros serviços de controle das operações de crédito.

12. Sobreveio, em 30 de junho de 1995, a Resolução nº 2.166, do Conselho Monetário Nacional, que pouco alterou a disciplina então vigente. Somente estendeu aos bancos múltiplos com carteira de crédito, financiamento e investimento, a possibilidade de contratarem correspondentes para a execução dos mesmos serviços enumerados na Resolução nº 562, de 1979.

13. A preocupação da Autoridade Monetária com a socialmente danosa redução da oferta de serviços financeiros básicos em determinadas localidades recrudescceu a partir de 1999, segundo Danilo Takasaki Carvalho,

tendo em vista o processo de reestruturação societária e administrativa por que vinham passando as instituições financeiras brasileiras, notadamente por ocasião do Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (Proer) e do Programa de Incentivo à Redução do Setor Público Estadual na Atividade Bancária (Proes), programas que levaram à significativa diminuição do número de instituições bancárias no país.³

14. Como resposta à grande contração da rede de agências e postos bancários, que deixaram carentes de assistência financeira praças cujas condições econômicas inviabilizavam a permanência de dependências bancárias, o Conselho Monetário Nacional editou a Resolução nº 2.640, de 25 de agosto de 1999, facultando aos bancos múltiplos com carteira comercial, aos bancos comerciais e à Caixa Econômica Federal a contratação de empresas para o desempenho das funções de correspondentes, com vistas à prestação dos serviços de recepção e encaminhamento de propostas de abertura de contas de depósitos à vista, a prazo e de poupança; de recebimentos e pagamentos relativos a essas contas, bem como de aplicações e resgates em fundos de investimento.

15. Referida Resolução nº 2.640, de 1999, no entanto, estabeleceu que os novos serviços somente poderiam ser prestados em município desassistido de dependência bancária, razão pela qual a instituição financeira contratante,

3 CARVALHO, Danilo Takasaki. O Contrato de Correspondente e a Regulação Bancária Brasileira. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, n. 2, v. 3, dez. 2009, p. 109.

na hipótese de instalação dessas dependências na localidade, deveria adotar providências para que a empresa contratada deixasse de prestá-los no prazo de 180 (cento e oitenta) dias. A justificativa para a vedação, segundo Danilo Takasaki Carvalho, expressa no Voto BCB nº 274, de 1999, seria “impedir que as instituições financeiras promovessem o fechamento de agências e de postos de atendimento, substituindo-os por correspondentes, com o propósito de reduzir custos de operação em determinadas localidades.”⁴

16. Essa condição imposta pelo CMN desestimulou potenciais correspondentes a realizar os investimentos necessários à implantação de estrutura básica para o exercício de tal atividade. Por tal razão, e de posse da estimativa de que existiam de 30 a 40 milhões de pessoas, residentes em municípios dotados de postos bancários, que permaneciam sem acesso a serviços bancários,⁵ foi editada a Resolução nº 2.707, de 30 de março de 2000, com a finalidade de flexibilizar as disposições da Resolução nº 2.640, de 1999.

17. No ano de 2003, o instituto foi em grande parte reformulado, de maneira a atingir com maior rapidez os objetivos governamentais de expansão do microcrédito, de realização de poupança e de oferta a pessoas de menor renda de meios mais cômodos de pagamento de suas contas.⁶

18. O Conselho Monetário Nacional, dessarte, editou a Resolução nº 3.110, de 31 de julho de 2003, por meio da qual foram dilatados “os âmbitos de incidência da regulamentação, possibilitando, de um lado (âmbito subjetivo), que mais categorias de instituições financeiras pudessem contratar correspondentes e que as entidades contratadas pudessem subdelegar a prestação dos serviços a terceiros, e, de outro (âmbito objetivo), que mais classes de operações ou serviços financeiros pudessem ser prestadas por correspondentes.”⁷

19. Seguiram-se outras mudanças com o intuito de fortalecer o mercado de correspondentes, ampliando-se o rol de instituições financeiras que podiam delegar serviços e reduzindo-se exigências burocráticas para a contratação de seus prestadores.⁸

4 *Idem. Ibidem*, p. 110.

5 A estimativa foi elaborada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) e foi anunciada no Voto CMN nº 038/2000.

6 Conferir o Voto BCB nº 176, de 2003.

7 CARVALHO, Danilo Takasaki. O Contrato de Correspondente e a Regulação Bancária Brasileira. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, n. 2, v. 3, dez. 2009, p. 111.

8 A Resolução nº 3.156, de 17 de dezembro de 2003, tornou possível a contratação de correspondentes por todas as

20. Eis que, no início deste ano de 2011, no processo que culminou com a edição de nova regulamentação para o instituto, a Diretoria Colegiada do Banco Central fez o seguinte balanço dos resultados até então obtidos:

Essa regulamentação possibilitou a disseminação da oferta de serviços financeiros, proporcionando uma efetiva inclusão financeira. **O atendimento por meio de correspondentes constitui o principal fator da redução, desde fins de 2002, da desassistência desses serviços em cerca de 1/3 dos municípios.** Atualmente existem mais de 150 mil pontos de atendimento, havendo apenas cerca de trinta municípios onde não se encontram presentes, embora nesses municípios existam outros canais de atendimento. Constata-se, portanto, que a totalidade dos municípios dispõe de algum canal de atendimento de serviços financeiros.

O modelo de correspondentes proporcionou, não apenas nas localidades remotas, mas também nos grandes centros urbanos, alternativas de atendimento adequadas à cultura e às expectativas de extensos seguimentos sociais, em geral menos favorecidos economicamente. Ressalte-se que **a efetiva inclusão financeira de grandes camadas da população**, ao democratizar a oferta e o uso desses serviços, **contribuiu para a elevação do nível de concorrência no mercado**, induzindo suas instituições a incorporar novas estratégias de atuação, em função do perfil dos novos clientes e da natureza dos serviços efetivamente demandados, aumentando, em decorrência, a eficiência do sistema financeiro.

Essas inovações têm sido objeto de reconhecimento e repercussão internacionais, o que é comprovado pelas visitas de delegações de diversos países que procuram se inteirar da regulamentação e das práticas adotadas para viabilizar o funcionamento do modelo. Além disso, este Banco Central, na função de *co-chair* do Grupo de Especialistas em Inclusão Financeira (Fieg), no âmbito do G20, organizou evento sobre inclusão financeira, no qual a inovação proporcionada pelos correspondentes foi amplamente discutida, passando a ser utilizada como **referência para a formulação de estratégias em nível global para inclusão financeira.**⁹ – Destacou-se.

21. Em virtude das alterações por que passou o Sistema Financeiro desde a última grande reforma do instituto, em 2003, e, em razão de “os serviços

instituições financeiras, e a Resolução nº 3.654, de 2008, deixou de exigir autorização específica do Banco Central para a maioria dos casos de contratação.

⁹ Trecho extraído do Voto BCB nº38, de 2011.

prestados por correspondentes à época da edição dessas normas, por serem incipientes, não [permitirem] prever todos os desdobramentos da medida e a nova dinâmica no relacionamento entre clientes e usuários do Sistema Financeiro Nacional (SFN), as instituições financeiras e seus contratados”,¹⁰ o Conselho Monetário Nacional aprovou a Resolução nº 3.954, de 24 de fevereiro de 2011, ora impugnada, implantando as seguintes mudanças, entre outras:

- i) redução de riscos operacionais, mediante explicitação da responsabilidade da instituição contratante pelo atendimento prestado pelo contratado, pela segurança e pela confiabilidade das transações;
- ii) revisão do rol de serviços passíveis de prestação pelos correspondentes, com a eliminação da “análise de crédito e cadastro”, que, a rigor, fazem parte do processo de decisão do contratante;
- iii) exigência do estabelecimento de medidas de caráter preventivo e corretivo na hipótese de verificação, a qualquer tempo, de fatos ou ocorrências que desabonem a entidade contratada ou seus administradores;
- iv) estabelecimento de vedação à contratação de entidades com objeto exclusivo de prestação de serviço de correspondentes, bem como de correspondentes sujeitos a controle societário da contratada ou em comum;
- v) permissão da contratação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) e de permissionários de serviços lotéricos para a realização de operações de câmbio manual até US\$3.000 (três mil dólares estadunidenses), ou equivalente em outras moedas;¹¹
- vi) proibição de cobrança de quaisquer valores de clientes da instituição contratante atendidos pelo correspondente, pela prestação de serviços previstos na resolução, ressalvados os constantes da tabela de tarifas adotada pela instituição contratante nos termos da regulamentação vigente.¹²

10 *Consideranda* também presentes no Voto BCB nº 38, de 2011.

11 Essa medida amplia significativamente a capilaridade da rede de atendimento ao público para operações de câmbio de pequeno valor, ampliando a concorrência e trazendo benefícios para localidades desassistidas, que têm dificuldades de acesso ao mercado regular de câmbio.

12 Essa cobrança proibida pela resolução em causa já vinha sendo objeto de contestação no âmbito do Ministério Público Federal, do Poder Judiciário e do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, do Ministério da Justiça.

22. Finalmente, foi editada, pelo Conselho Monetário Nacional, a Resolução nº 3.959, de 31 de março de 2011, que promoveu pequenas modificações na Resolução nº 3.954, de 2011, entre elas a flexibilização, para alguns casos, da vedação da contratação de entidades com objeto exclusivo de prestação de serviço de correspondentes, a fim de não acarretar prejuízos a serviços hoje prestados de maneira eficiente.

23. É de se observar, a propósito, que, em nenhum dos atos normativos ou decisórios do Conselho Monetário Nacional ou desta Autarquia, há indícios de se ter tomado o instituto de correspondentes como mero instrumento para a diminuição de custos operacionais de agências bancárias. Tanto é que, pedidos feitos por instituições financeiras, ao Banco Central, de autorização para contratar correspondente para a prestação de serviços não expressamente previstos na norma de regência,¹³ eram necessariamente indeferidos nos casos em que a contratação proporcionava redução de custos operacionais, porém não atendia à teleologia do instituto.¹⁴

24. De mais a mais, após todos os aperfeiçoamentos promovidos, os correspondentes de instituições financeiras tornaram-se vitais para a universalização de serviços financeiros básicos. A massificação desses serviços, por um lado, contribuiu para a inclusão, no mercado de consumo, de parcelas da população que antes não tinham acesso a crédito ou conta-corrente; sob outro ângulo, tem concretizado os interesses gerais de aumento da poupança interna e de ubiquidade dos meios eletrônicos de pagamento e movimentação financeira – mais céleres, eficazes e seguros. Cuida-se, pois, indiscutivelmente, de importante instrumento de inclusão social.

ESTRITA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

25. O partido autor alega que a Resolução nº 3.954, de 2011, do Conselho Monetário Nacional, viola o princípio da legalidade por, supostamente, inexistir “norma no ordenamento jurídico pátrio – seja de estatura constitucional ou

13 Hipótese que era expressamente permitida pelo art. 1º, X, da Resolução nº 3.110, de 2003.

14 A propósito, o Parecer 2003/00391 (Dejur/PRBAN), da lavra de Jáder Amaral Brillhante, com despachos de Norma do Rego Monteiro Ferreira e Ailton Cesar dos Santos, e o Parecer PGBC-45/2006, da lavra de Francisco Ponte de Almeida Júnior, com despachos de Nelson Alves de Aguiar Junior e Ailton César dos Santos.

mesmo infraconstitucional – que autorize o Conselho Monetário Nacional ou o Banco Central do Brasil a dispor sobre a matéria com a generalidade e a abstração verificada na espécie.” Por consequência, sustenta o autor, teria havido indevida exclusão do Poder Legislativo do processo que culminou com a edição do ato normativo.

26. O autor, todavia, olvida o que dispõem o art. 25, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias,¹⁵ e o art. 73 da Lei nº 9.069, de 29 de junho 1995,¹⁶ **comandos que, respectivamente, autorizam e prorrogam a delegação de competências privativas do Congresso para o Conselho Monetário Nacional.**

27. Tais dispositivos, com efeito, dilataram a vigência do art. 4º, VIII, da Lei nº 4.595, de 1964, consoante o qual “[c]ompete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: [...] [r]egular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a esta lei, bem como a aplicação das penalidades previstas” – destacou-se.

28. A Corte Suprema, bem assim, já reconheceu ter o Conselho Monetário Nacional dever-poder regulamentar, ou, na expressão que empregou, “capacidade normativa de conjuntura” no que tange à constituição, **ao funcionamento e à fiscalização das instituições financeiras (ADI nº 2.591).**¹⁷

29. O conceito de “capacidade normativa de conjuntura” é dado por Eros Roberto Grau, em sua obra “O direito posto e o direito pressuposto”:

15 “Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, **sujeito este prazo a prorrogação por lei**, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I – ação normativa; [...]” – destacou-se.

16 Diz o art. 73 da Lei nº 9.069, de 1995: “O art. 1º da Lei nº 8.392, de 30 de dezembro de 1991, passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 1º É prorrogado até a data da promulgação da lei complementar de que trata o art. 192 da Constituição Federal o prazo a que se refere o art. 1º das Leis nº 8.056, de 28 de junho de 1990, nº 8.127, de 20 de dezembro de 1990 e nº 8.201, de 29 de junho de 1991, exceto no que se refere ao disposto nos arts. 4º, inciso I, 6º e 7º, todos da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.’” O art. 1º da Lei nº 8.056, de 1990, a seu turno, dispunha que: “É prorrogada, até o dia 31 de dezembro de 1990, a vigência dos dispositivos legais que hajam atribuído ou delegado, ao Conselho Monetário Nacional e ao Conselho Nacional de Seguros Privados, competências assinaladas, pela Constituição, ao Congresso Nacional.”

17 Veja-se o seguinte trecho da ementa extraída do julgamento proferido na ADI nº 2.591: “[...] CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 4º, VIII, DA LEI N. 4.595/64. CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA MATÉRIA. 9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa – a chamada capacidade normativa de conjuntura – no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. 11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade.” (ADI 2591, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 7/6/2006, DJ 29/9/2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-02 PP-00142 RTJ VOL-00199-02 p. 00481) – destacou-se.

a instabilidade de determinadas situações e estados econômicos, sujeitos a permanentes flutuações – flutuações que definem o seu caráter conjuntural –, impõe sejam extremamente flexíveis e dinâmicos os instrumentos normativos de que deve lançar mão o Estado para dar correção a desvios ocorridos no desenrolar do processo econômico e no curso das políticas públicas que esteja a implementar. Aí, precisamente, o emergir da capacidade normativa de conjuntura, via da qual se pretende conferir resposta à exigência de produção imediata de textos normativos, que as flutuações da conjuntura econômica estão, a todo tempo, a impor. À potestade normativa através da qual essas normas são geradas, dentro de padrões de dinamismo e flexibilidade adequados à realidade, é que denomino capacidade normativa de conjuntura. Cuida-se – repita-se – de dever-poder, de órgãos e entidades da Administração, que envolve, entre outros aspectos, a definição de condições operacionais e negociais, em determinados setores dos mercados. Evidente que esse dever-poder há de ser ativado em coerência não apenas com as linhas fundamentais e objetivos determinados no nível constitucional, mas também com o que dispuser, a propósito do seu desempenho, a lei. Note-se, ademais, que no exercício da capacidade normativa de conjuntura restam, em tais condições, nesta atuação, vinculados pelo que dispuserem tanto as emanações dessa capacidade normativa quanto a própria lei. Esta, de resto, haverá de ser sempre o fundamento de tal vinculação, visto que aludida capacidade normativa somente estará unida de legalidade quando e se ativada nos quadrantes da lei. Assim, o atuar de tais agentes econômicos estará sempre submetido aos ditames conjunturais que motivam a edição de atos normativos produzidos no âmbito daquela mesma capacidade normativa. O exercício da capacidade normativa de conjuntura estaria, desde a visualização superficial dos arautos da “separação” de poderes, atribuído ao Poder Legislativo, não ao poder Executivo. A doutrina brasileira tradicional do direito administrativo, isolando-se da realidade, olímpicamente ignora que um conjunto de elementos de índole técnica, aliado a motivações de premência e celeridade na conformação do regime a que se subordina a atividade de intermediação financeira, tornam o procedimento legislativo, com seus prazos e debates prolongados, inadequado à ordenação de matérias essencialmente conjunturais. No que tange ao dinamismo do sistema financeiro, desconhece que o caráter instrumental da atuação de seus agentes, e dele próprio, desenha uma porção da realidade à qual não se pode mais amoldar o quanto as teorias jurídicas do século passado explicavam. Por isso não estão habilitados,

os seus adeptos, a compreender o particular regime de direito a que se submete o segmento da atividade econômica envolvido com intermediação financeira. Não é estranho, assim, que essa doutrina – no mundo irreal em que se afaga – não avance um milímetro além da afirmação, por exemplo, de que todas as resoluções do Conselho Monetário Nacional, editadas pelo Banco Central do Brasil, são inconstitucionais!¹⁸

30. Como se não bastasse a amplitude da capacidade normativa atribuída ao Conselho Monetário Nacional, a Lei Complementar nº 4.595, de 1964, ainda determina que ele terá por finalidade “formular a política da moeda e do crédito (...) objetivando o progresso econômico e social do País” (art. 2º) e que sua política terá por objetivo “[p]ropiciar o aperfeiçoamento das instituições e dos instrumentos financeiros, com vistas à maior eficiência do sistema de pagamentos e de mobilização de recursos” (art. 3º, V).

31. Ultrapassada, dessarte, a questão relativa à abrangência do dever-poder regulatório do Banco Central, cumpre infirmar outros dois argumentos do autor.

DESNECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR PARA REGULAR A MATÉRIA

32. Primeiro, o de que “as atribuições conferidas aos correspondentes bancários são as mesmas atribuições de uma instituição bancária” e que a “permissão para a execução de tais serviços bancários exigiria a edição de uma Lei Complementar, posto que [*rectius*: vez que] se trata aqui de normas jurídicas incidentes sobre o Sistema Financeiro Nacional”, consoante disporia o art. 192 da Constituição.

33. Não é essa, entretanto, a melhor intelecção extraída do mencionado art. 192. Ele diz que “o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram” – destacou-se.

18 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 232 e 233.

34. Segundo o Ministro Sydney Sanches, do Supremo Tribunal Federal, “Sistema Financeiro Nacional é o conjunto de empresas estatais e privadas, **com o fim de realizar operações financeiras**, regidas por normas editadas pelo governo, fiscalizada a aplicação pelos seus organismos monetários.”¹⁹

35. Importa, portanto, responder à seguinte indagação: os correspondentes realizam operações financeiras? Se a resposta fosse afirmativa, os correspondentes deveriam ter sua constituição, organização e vinculação em relação aos demais atores do sistema disciplinados por lei complementar.

36. Ocorre que a resposta é **não**. “Operações financeiras”, nos dizeres do art. 17 da Lei nº 4.595, de 1964, são, exclusivamente, “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.” Além dessas atividades-fim, privativas de instituições financeiras, há outros serviços prestados por elas que podem ser cometidos a entidades não financeiras. Alguns, por exemplo, de caráter acessório àquelas atividades finalísticas, ditos “de natureza estritamente operacional”, que **não envolvem nenhuma decisão** e podem, igualmente, ser executados por máquinas.

37. Como todos os “produtos e serviços” ofertados por correspondentes, de acordo com o art. 8º a Resolução nº 3.954, de 2011, **só demandam atividade de natureza estritamente operacional**, é fácil concluir que os correspondentes não realizam operações financeiras e, portanto, não são instituições financeiras.

38. Com efeito, os correspondentes (a) não abrem contas nem concedem empréstimos, mas, tão somente, encaminham propostas de abertura de conta e de operações de crédito à instituição financeira (art. 8º, I, V e VIII); (b) não coletam – ou captam – recursos financeiros, já que a conta em que são depositados os valores é mantida pela instituição financeira (art. 8º, II e III); (c) embora façam a movimentação de contas de depósitos (art. 8º, II e III) e pagamentos (art. 8º II, III, IV e VI), nada decidem a respeito, executando apenas operações que lhes são autorizadas pelo sistema da instituição financeira contratante, englobadas no contrato firmado entre a instituição financeira e o correntista ou entre ela e a instituição destinatária do pagamento; e (d) conquanto operem com câmbio e executem serviços de cobrança extrajudicial (art. 8º, IX e VII), essas atividades não estão abarcadas pelo art. 17 da

19 Citado por Cristiane Derani, autora da manifestação do BRASILCON – *amicus curiae* na ADI 2.591.

Lei nº 4.595, de 1964, e podem, por isso, a critério do Conselho Monetário Nacional, ser cometidas a instituições não financeiras.

39. Não sendo os correspondentes instituições financeiras, é inexigível que o disciplinamento do instituto se dê mediante lei complementar. Na verdade, considerando a mutabilidade do mercado, melhor será que a autoridade monetária continue a dispor sobre a matéria sempre que a dinâmica dos fatos reclame ajuste, como – demonstrou-se – tem ocorrido com frequência.

40. Há, ainda, outra razão para não se reservar a normatização do instituto à lei complementar. É que o **contrato de correspondentes de instituições financeiras tem natureza de mandato** (art. 653 e seguintes do Código Civil). O correspondente não realiza operação nenhuma em nome próprio, mas sempre à conta da instituição financeira contratante, conforme preceitua o art. 2º da Resolução nº 3.954, de 2011. Tanto que, segundo esse mesmo dispositivo, a instituição contratante “assume inteira responsabilidade pelo atendimento prestado aos clientes e usuários por meio do contratado, à qual cabe garantir a integridade, a confiabilidade, a segurança e o sigilo das transações realizadas por meio do contratado, bem como o cumprimento da legislação e da regulamentação relativa a essas atividades.”

41. Assim, mesmo que a Resolução nº 3.954, de 2011, autorizasse os correspondentes a executarem operações financeiras – o que, como se demonstrou, atualmente não acontece –, a autorização seria para as referidas operações poderem ser praticadas **sempre em nome da instituição financeira contratante**, cuja constituição, funcionamento e vínculo com os entes estatais fiscalizadores são disciplinados em lei complementar.

INEXISTÊNCIA DE NORMAS AFETAS AO DIREITO DO TRABALHO

42. O segundo argumento do autor, para reforçar sua alegação de ofensa ao princípio da legalidade, é o de que a Resolução nº 3.954, de 2011, disporia sobre direito do trabalho, matéria que deveria ser veiculada por lei federal, consoante interpretação que dá ao art. 22, I, da Constituição.²⁰

20 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”

43. É óbvio que, por força do princípio da legalidade, obrigações trabalhistas só podem ser criadas por lei e, segundo a divisão de competências estabelecida pela Constituição, por lei federal.

44. A Resolução nº 3.954, de 2011, destarte, em respeito à Carta da República, não cria, modifica ou extingue nenhuma obrigação de natureza trabalhista. O Conselho Monetário Nacional, vale dizer, não dispôs, em nenhum momento, sobre direito do trabalho, nem mesmo para regulamentá-lo, já que sua “capacidade normativa de conjuntura” deve dizer respeito somente à “constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas” à Lei nº 4.595, de 1964 (art. 4º, VIII).

45. Na única passagem em que menciona “empregados”, a Resolução nº 3.954, de 2011, estipula que “o contrato de correspondente deve estabelecer: I – exigência de que o contratado mantenha relação formalizada mediante vínculo empregatício ou vínculo contratual de outra espécie com as pessoas naturais integrantes de sua equipe, envolvidas no atendimento a clientes e usuários.” Embora se trate de exigência **protetiva** do trabalhador, claro está que **a norma não é de direito laboral, pois não conforma o vínculo jurídico entre o empregado e o empregador**. A norma prevê, isto sim, a obrigatoriedade de constar referida cláusula no contrato firmado entre a instituição financeira e o correspondente. Trata-se, em verdade, do salutar exercício do dirigismo contratual pelo Estado, conformando relações privadas a fim de atender aos fundamentos da ordem econômica (art. 170 da Constituição²¹).

46. Assim, por se ter evidenciado que a Resolução nº 3.954, de 2011, não dispõe sobre direito trabalhista, também cai por terra a alegação do autor quanto ao suposto desrespeito ao art. art. 22, I, da Lei Maior.

CONFORMIDADE MATERIAL COM A CONSTITUIÇÃO – O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DO SISTEMA FINANCEIRO

47. Além de não violar nenhuma norma constitucional, a Resolução nº 3.954, de 2011, dá concreção a princípios fundamentais da Lei Maior.

21 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na **valorização do trabalho humano** e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a **todos existência digna**, conforme os ditames da **justiça social**, observados os seguintes princípios: [...]” – destacou-se.

48. Os princípios que informam o Sistema Financeiro Nacional devem ser buscados não apenas no art 192 da Constituição,²² mas em todo o sistema constitucional, sobretudo entre os que integram a chamada constituição econômica. Segundo Erasto Villa-Verde Filho,

[s]ituados, como visto, no Capítulo IV do Título VII da Constituição da República, que trata ‘Da Ordem Econômica e Financeira’, os princípios e regras que regem o sistema financeiro nacional estão estreitamente ligados a esses princípios gerais da constituição econômica. Agrupando-os e sistematizando-os, convém, desde logo, destacar aqueles mais diretamente relacionados com a função social do sistema financeiro nacional – consistente em promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade –, quais sejam:

- a **dignidade da pessoa humana** (fundamento da República Federativa do Brasil e fim da ordem econômica – arts. 1º, III e 170, *caput*);
- os **valores sociais do trabalho e da livre iniciativa** (fundamentos da República Federativa do Brasil – art. 1º, IV), e **valorização do trabalho humano e livre iniciativa** (fundamentos da ordem econômica – art. 170, *caput*);
- a **construção de uma sociedade livre, justa e solidária** (objetivo fundamental da República Federativa do Brasil – art. 3º, I);
- a **garantia do desenvolvimento nacional** (objetivo fundamental da República Federativa do Brasil – art. 3º, II);
- a **erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais** (objetivo fundamental da República Federativa do Brasil – art. 3º, III), e a **redução das desigualdades regionais e sociais** (princípio da ordem econômica – art. 170, VII);
- a **sujeição da ordem econômica aos ditames da justiça social** (art. 170, *caput*);
- a **soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte** (princípios da ordem econômica – incisos I a IX do art. 170);
- a **cooperação internacional** (art. 4º, IX) e a **integração econômica**,

22 “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.” – destacou-se.

política, social e cultural dos povos (parágrafo único do art. 4º), princípios que regem a ordem econômica no tocante ao plano internacional”²³

49. A análise sistemática dessas normas-matriz impõe a conclusão de que também o Sistema Financeiro Nacional está adstrito ao atendimento da “função social da propriedade”. Leia-se o que diz a respeito o autor antes mencionado:

Assim, seja expressamente – enquanto princípio geral da ordem econômica aplicável às empresas e, portanto, às instituições financeiras –, seja implicitamente, o fato é que se pode falar, sem medo de cometer impropriedade, que a Constituição de 1988 estabeleceu “o princípio da função social do sistema financeiro nacional”.

Já o tem pronunciado a doutrina. BASTOS (1990, p. 359), citando SILVA, assim o afirma:

“Mas são importantes o sentido e os objetivos que a Constituição imputou ao sistema financeiro nacional, ao estabelecer que ele será estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, de sorte que as instituições financeiras privadas ficam assim também e de modo muito preciso vinculadas ao cumprimento de **função social** bem caracterizada” (ressaltou-se).²⁴

50. É sabido, ademais, que “[a]s próprias operações inerentes à atividade financeira atendem ao interesse coletivo, à medida que facilitam a circulação da riqueza e a intermediação dos recursos financeiros dos poupadores (superavitários) para os investidores (deficitários)”²⁵ A conjugação dessa função inerente à atividade financeira com os demais ditames constitucionais que lhe regem, mormente com a necessidade de **garantir o desenvolvimento nacional** (art. 3º, II, da Constituição), **erradicar a marginalização** (art. 3º, III, da Constituição), **reduzir as desigualdades sociais e regionais** (art. 3º, III, e art. 170, VII, da Constituição), **promover a justiça social** (art. 170, *caput*, da Constituição) e a **defesa do consumidor** (art. 170, V, da Constituição), impõem à autoridade monetária o dever institucional de, nas palavras de Marusa Vasconcelos Freire, fechar as “lacunas existentes na estrutura financeira, mediante o estímulo para

23 VILLA-VERDE FILHO, Erasto. A função social do Sistema Financeiro Nacional na Constituição de 1988. *Cadernos EBAPE*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 117, p. 1-95, jun. 2001, p. 10 e 11.

24 *Idem, Ibidem*, p. 27.

25 *Idem, Ibidem*, p. 25.

que surjam novas instituições ou para que se estendam os serviços financeiros **para um público mais amplo**” (destacou-se), a fim de que sejam encorajados “o estabelecimento e o crescimento de instituições que promovam melhor alocação dos recursos líquidos existentes, de modo a suplementar o fluxo de fundos para investimentos em setores ou regiões específicos.”²⁶

51. Não tem sido outro o papel desempenhado pelos correspondentes bancários, conforme se explicitou ao longo desta manifestação. Não custa lembrar, centenas de municípios brasileiros não dispõem de serviços financeiros básicos, não fosse a presença dos correspondentes; mesmo no seio de grandes metrópoles, a inclusão de parcelas mais carentes da população no Sistema Financeiro Nacional só foi possível pela capilaridade e pelo atendimento mais próximo e informal por eles prestado; a recente expansão do crédito direto ao consumidor, que contribuiu para a manutenção do consumo mesmo nos tempos de crise financeira internacional mais acentuada, deve-se, em grande parte, ao instituto. Mencionem-se, novamente, o relevante papel que os correspondentes têm desempenhado na arrecadação de tributos, na execução de programas de amparo social e redistribuição de renda e no aumento da poupança interna, indispensável para os crescentes investimentos na infraestrutura nacional.

52. Verifica-se, assim, que a inclusão financeira promovida pelos correspondentes bancários constitui instrumento de realização da função social do Sistema Financeiro Nacional e de outros relevantes princípios da constituição econômica com ela correlatos.

NECESSIDADE DE INDEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR PLEITEADA

53. Por todo o exposto, vê-se que as alegações do autor não possuem verossimilhança. Essa já seria razão bastante para se negar o pedido de concessão de medida liminar formulado. O outro requisito indispensável para o deferimento, contudo, também não se afigura presente. Longe de apontar o perigo **concreto** de

26 FREIRE, Marusa Vasconcelos. *Sistema Financeiro – estrutura, organização e desenvolvimento – elementos para uma visão crítica na sua regulamentação*. Dissertação de Mestrado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Brasília, 1998, p. 446.

ineficácia da medida, o demandante afirmou apenas, de forma genérica, que “a inevitável delonga até o julgamento definitivo da presente ação prolongará ainda mais o descumprimento aos preceitos fundamentais violados, o que poderá provocar reiteradas violações aos direitos trabalhistas dos empregados dos correspondentes bancários, bem como a precarização dos serviços bancários”.

54. Por outro lado, consoante se infere pelos dados coligidos, principalmente nos itens 2 a 4, eventual concessão de liminar ocasionaria grave lesão à ordem e à economia popular, representando verdadeiro *periculum in mora* inverso, o que impede a concessão da tutela de urgência pleiteada.

CONCLUSÃO

55. Ante o exposto, demonstrada a constitucionalidade da Resolução nº 3.954, de 2011, pede-se que se indefira o requerimento de concessão de medida liminar e se julgue improcedente o pedido principal, atribuindo-se à decisão eficácia *erga omnes* e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

56. Se vier a ser acolhida esta arguição e declarado inconstitucional o ato normativo impugnado – hipótese remota que se admite apenas em razão do princípio da eventualidade –, espera o Banco Central que o egrégio Supremo Tribunal Federal module os efeitos dessa declaração, nos termos do art. 11 da citada Lei nº 9.882, de 1999, decidindo que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado.

56. Requer, por fim, a juntada da anexa cópia do Parecer PGBC-236/2011, de 8 de agosto de 2011, encampado pelas informações prestadas nos autos desta ADPF pelo Presidente do Conselho Monetário Nacional, conforme Aviso nº 267/MF, de 15 de agosto de 2011, bem como da anexa Nota Denor-2011/00483, de 21 de julho de 2011, acima referida.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 17 de agosto de 2011.

Isaac Sidney Menezes Ferreira
Procurador-Geral

Luiz Ribeiro de Andrade
Subprocurador-Geral

Erasto Villa-Verde Filho
Coordenador-Geral

Felipe de Vasconcelos Pedrosa
Procurador

“DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE”

(Ordem de Serviço nº 4.474, de 1º de julho de 2009, da PGBCB/CC2PG)

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

- 1 Os trabalhos devem ser encaminhados ao Conselho Editorial da Revista da PGBC, pelo endereço revista.pgbc@bcb.gov.br, 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: 210 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

