

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Volume 5 – Número 1
Junho 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 1 • Junho 2011

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
Volume 5 • Número 1 • Junho 2011

© Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Banco Central – Cejur

Diretora da Revista da PGBC

Marusa Vasconcelos Freire (Banco Central, DF)

Editor-Chefe da Revista da PGBC

Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar (Banco Central, DF)

Editor-Adjunto da Revista da PGBC

João Marcelo Rego Magalhães (Banco Central, DF)

Editora-Adjunta da Revista da PGBC

Rosely Palaro Di Pietro (Banco Central, DF)

Conselho Editorial da Revista da PGBC

Conselheiros

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer (Banco Central, DF)

Edil Batista Junior (Banco Central, PE)

Fabiano Jantalia Barbosa (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)

Fabrizio Bertini Pasquot Polido (Doutorado em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo)

Felipe Chiarello de Souza Pinto (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

James Ferrer (George Washington University, EUA)

João Alves Silva (Banco do Brasil)

Marcelo Andrade Féres (Procuradoria-Geral Federal)

Marcos Antônio Rios da Nóbrega (Universidade Federal de Pernambuco)

Marcos Aurélio Pereira Valadão (Universidade Católica de Brasília)

Marcus Faro de Castro (Universidade de Brasília)

Ney Faeyt Júnior (Doutorado em Direito Público pela Unisinos)

Otávio Luiz Rodrigues Junior (Advocacia-Geral da União)

Paulo Sérgio Rocha (Ministério Público Federal)

Raúl Anibal Etcheverry (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Rubens Beçak (Universidade de São Paulo)

Vicente Bagnoli (Universidade Presbiteriana Mackenzie)

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

Procuradora-Geral Adjunta

Marusa Vasconcelos Freire

Coordenadora-Geral do Centro de Estudos Jurídicos

Adriana Teixeira de Toledo

Coordenador-Geral de Gestão Estratégica e Administrativa

Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos

Subprocurador-Geral Chefe de Gabinete do Procurador-Geral

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer

Subchefe de Gabinete do Procurador-Geral

Marcel Mascarenhas dos Santos

Subprocurador-Geral titular da Câmara de Consultoria Bancária e Regulação Geral

Ailton Cesar dos Santos

Coordenadora-Geral da Coordenação-Geral de Processos de Consultoria Bancária e de Normas

Walkyria de Paula Ribeiro Oliveira

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

Luiz Ribeiro de Andrade

Coordenador-Geral de Processos da Dívida Ativa e Execução Fiscal

Milton Zanina Schelb

Coordenador-Geral de Processos Judiciais Relevantes

Erasto Villa Verde de Carvalho Filho

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

Arício José Menezes Fortes

Coordenador-Geral de Processos de Consultoria Administrativa

Niraldo Faria Baldini

Coordenador-Geral de Processos de Consultoria e Representação Penal

Cassiomar Garcia Silva

Subprocurador-Geral titular da Câmara de Contencioso Administrativo e Consultoria de Regimes Especiais

Haroldo Mavignier Guedes Alcoforado

Coordenador-Geral de Processos de Contencioso Administrativo e Consultoria de Regimes Especiais

Nelson Alves de Aguiar Junior

Procurador-Regional do Banco Central no Distrito Federal
Amílcar Ramirez Figueiredo M. de Lemos

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

Procurador-Regional do Banco Central em São Paulo
César Cardoso

Procurador-Regional do Banco Central no Rio Grande do Sul
Ladimir Gomes da Rocha

Procurador-Regional do Banco Central em Pernambuco
Wagner Tenório Fontes

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

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

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

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

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

Sumário

Editorial

Apresentação

Fátima Regina Maximo Martins Gurgel _____ 11

Nota da Edição

Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar _____ 13

Artigos

Unidade na Diversidade: fundamentos do Direito Cosmopolita e sua função no estabelecimento de uma moeda mundial

Fernando dos Santos Lopes _____ 17

Alcance do Conceito de Administração Pública para Efeito de Incidência de seus Princípios Constitucionais

Leandro Sarai _____ 53

Autolimitações Administrativas: considerações sobre o dever de coerência da Administração Pública

Lucio Picanço Facci _____ 69

A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Esfera Administrativa e seu Reflexo na Atividade Persecutória Desenvolvida pelo Banco Central do Brasil

Lucas Alves Freire _____ 101

A Repersonalização do Direito Civil a partir da Perspectiva do Direito Civil Constitucional
Geraldo Frazão de Aquino Júnior _____ 131

Novas Perspectivas para a Análise dos Contratos Bancários: pelo implemento de relações sustentáveis
Alexia Brotto Cessetti e Maureen Cristina Sansana _____ 153

Responsabilidade Civil do Administrador de Instituição Financeira: uma análise de Direito e Economia
Lucas Petri Bernardes _____ 181

A Proibição de Insuficiência Penal: o exemplo privilegiado dos crimes financeiros
Orlando Faccini Neto _____ 205

Pronunciamentos da Procuradoria-Geral do Banco Central

Parecer PGBC-86/2011
Parecer que analisa a aplicabilidade, às sociedades limitadas, de determinadas normas previstas para as sociedades anônimas.
Norma do Rego Monteiro Ferreira, Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira e Ailton Cesar dos Santos _____ 229

Petição PGBC-2192/2011
Recurso de revista interposto ao Tribunal Superior do Trabalho em que, utilizando-se da nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, questiona a atribuição de responsabilidade subsidiária de entidades públicas por débitos trabalhistas de terceirizados.
Maurício Saliba Alves Branco e Amílcar Ramirez Figueiredo M. de Lemos _____ 247

Petição PGBC-3340/2011

Recurso de apelação contra decisão que reconheceu prescritas as pretensões a restituição dos ex-consorciados quanto aos créditos não procurados após o encerramento do respectivo grupo consorcial.

Angela Sirangelo Belmonte de Abreu e

Lademir Gomes da Rocha _____ 265

Petição PGBC-4292/2011

Memorial em recurso especial contra condenação do Banco Central a pagamento de danos morais, por ausência de comunicação prévia a clientes de instituição financeira sobre o registro, no Sistema de Informações de Crédito (SCR), de dados referentes a operações de crédito.

Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos e

Luiz Ribeiro de Andrade _____ 305

Normas de submissão de trabalhos à Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central _____ 327

Apresentação

Foi com um misto de honra e regozijo que recebi o convite para apresentar este volume da **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**.

Trata-se de ideia gestada com especial zelo pelos Procuradores da instituição e, já com o primeiro volume, em dezembro de 2007, bem recebida por acadêmicos e profissionais do Direito. É de enfatizar-se, muito a propósito, que seu nascimento – em edição caprichada, tanto no formato como no conteúdo – traz a público a qualidade do trabalho tecido por integrantes da Procuradoria-Geral do Banco Central e por especialistas das diversas áreas da autarquia, cujo conhecimento ímpar no manejo das questões afetas à autoridade monetária é sempre alvo de elogios, inclusive em razão da pronta e correta atuação em momentos críticos de nossa história econômica.

A *expertise* desses profissionais foi adquirida ao longo de anos e de vicissitudes também. Nosso país ainda não possuía a tão almejada estabilidade econômica, o sistema financeiro ainda não fora saneado e as decisões, por vezes, não contavam com qualquer análise jurídica de seus termos e consequências. Por experiência própria, adquirida quando ainda atuava na área internacional da Procuradoria-Geral e tive oportunidade de representar o Banco Central do Brasil em encontros promovidos por organismos e instituições internacionais, posso afirmar que se trata de aprendizagem única e muito valiosa.

De tal perspectiva avulta a importância de uma publicação como esta, que propicia campo fértil à reflexão e à consulta aos que diariamente se defrontam com temas insuficientemente tratados pela jurisprudência e pela doutrina generalista, que por vezes sequer desconfia dos desafios técnicos enfrentados.

De fato, logo que cheguei à Procuradoria-Geral do Banco Central, verifiquei que muitas das questões a nós apresentadas eram realmente inéditas. Aliás, no mais das vezes, não se tratava de verificar a adequação de uma situação à norma;

pedia-se a própria elaboração de minuta de norma infralegal para aplicação à situação futura, gestada ou pretendida pela Administração.

É nesse caso que o enfoque da análise não pode, como num trabalho acadêmico, ater-se a apenas um aspecto do Direito, num corte epistemológico e apriorístico. Devem ser examinados, com a profundidade necessária, todos os aspectos do mundo real: o mundo das normas, o da Economia, o da Sociologia, enfim, o mundo de cada um de nós.

E o “mundo de cada um de nós”, por sê-lo, é necessariamente plural e só é apreendido com base numa postura acessível às muitas teses e opiniões e tendências concernentes aos assuntos que nos tocam e às ciências pertinentes.

O ambiente necessário à criação jurídica é científico e acolhe opiniões dissonantes.

Assim é a **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**. Concebida para, principal e originariamente, divulgar estudos, pareceres jurídicos e técnicos produzidos por Procuradores e Especialistas da autarquia, oferece espaço a opiniões díspares daquelas adotadas pela própria autoridade monetária e fiscalizadora do Sistema Financeiro Nacional, de forma que espelha com nitidez o processo dogmático utilizado pelos Procuradores da instituição nas análises empreendidas.

Capitaneado pelo Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Banco Central, o presente número da **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central** não foge à tradição de pluralidade dos que o antecederam. Com artigos de procuradores e analistas da casa, mas também da lavra de ilustres colaboradores externos, prossegue na salutar diversidade de ideias que alimenta o debate sempre necessário à produção de um trabalho de qualidade.

Com tais considerações, entrego aos operadores do Direito as ideias e impressões que se seguem, desejando que, de alguma sorte, contribuam para a compreensão do mundo de cada um de nós.

Brasília, 30 de junho de 2011.

Fátima Regina Maximo Martins Gurgel
Procuradora-Regional do Banco Central no Rio de Janeiro.

Nota da Edição

Toda revista nasce da necessidade de publicizar, de dar vazão a ideias. Essa é simplesmente uma necessidade do ser humano. Milan Kundera, em seu clássico **A insustentável leveza do ser**, coloca isso de forma magistral ao demonstrar que todos precisam de uma audiência, seja próxima, como uma família, seja distante, como os leitores.

Escritores são tipos peculiares de pessoas que escolhem comunicar-se com desconhecidos, utilizando o meio de comunicação mais complexo e desafiador já criado: o texto. A palavra escrita em si não é nada: apenas uma quantidade de tinta disposta em um papel ou, mais modernamente, apenas um arranjo binário na tela de um computador. Seu valor está naquilo que carrega: a ideia, que consumiu o autor a ponto de exigir ser comunicada.

“Ideias têm consequências”, já dizia Richard M. Weaver. Podem espalhar-se de formas imprevisíveis e influenciar pessoas que ainda nem nasceram ao tempo que as ideias foram concebidas. Às vezes, mudam vidas, constroem e destroem nações; noutras, simplesmente desvanecem no ar. De repente, tornam-se lugares-comuns, repetidas com tanta naturalidade, que se desvinculam de seus autores, ganhando vida própria.

Correndo o risco de, em um extremo, transportar ideias que não encontram seus destinatários, e, em outro, levar ideias cujo encontro com seus receptores possa ter consequências imprevisíveis, a **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central** chega ao seu quinto ano de existência, com um Conselho Editorial consolidado e exigente e um aumento expressivo na qualidade e na quantidade dos artigos recebidos.

Nesta edição, o primeiro artigo, “Unidade na Diversidade: fundamentos do Direito Cosmopolita e sua função no estabelecimento de uma moeda mundial”, foi escrito por Fernando dos Santos Lopes, representante no Brasil da *Single Global Currency Association*.¹ O autor toma uma posição audaz e corajosa ao advogar a criação de uma moeda mundial como única forma de efetivamente prover a paz, a justiça e a liberdade para todos os povos.

O artigo seguinte, “Alcance do Conceito de Administração Pública para Efeito de Incidência de seus Princípios Constitucionais”, é de autoria de Leandro Sarai, Procurador do Banco Central. A importância desse artigo reside principalmente em dar valor a algo absolutamente fundamental e quase sempre esquecido: o conceito, ou seja, o verdadeiro significado dos termos que utilizamos em nossa prática jurídica. A tese defendida é, como a do artigo anterior, audaz: a Administração Pública deve ser compreendida em sentido amplo, incluindo todos aqueles que atuam em nome do Estado.

Ainda abordando a Administração Pública, Lucio Picanço Facci, Procurador Federal, escreve “Autolimitações Administrativas: considerações sobre o dever de coerência da Administração Pública”. O artigo trata de uma questão bastante conhecida no Direito Civil, mas debatida de forma escassa no Direito Administrativo brasileiro: a proibição do comportamento contraditório. O autor considera que o dever de coerência deriva dos princípios administrativos e é de observância obrigatória em toda a Administração Pública.

Continuando a indispensável análise da Administração Pública, Lucas Alves Freire, Procurador do Banco Central, escreve “A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Esfera Administrativa e seu Reflexo na Atividade Persecutória Desenvolvida pelo Banco Central do Brasil”. Em consonância com o texto anterior, o autor considera imprescindível que a Administração Pública atue no sentido de concretizar o princípio da dignidade humana, repudiando tanto os excessos quanto as deficiências de suas atividades investigativas e punitivas.

Em seguida, Geraldo Frazão de Aquino Júnior, doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e Analista do Banco Central do Brasil, escreve “A Repersonalização do Direito Civil a partir da Perspectiva do Direito Civil Constitucional”. O objetivo desse trabalho é demonstrar a evolução do

¹ Organização internacional voltada a divulgar os benefícios econômicos e políticos da implantação de uma moeda mundial.

Direito Civil brasileiro de uma perspectiva centrada na proteção do patrimônio para outra, focada no indivíduo, em obediência ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O próximo artigo “Novas Perspectivas para a Análise dos Contratos Bancários: pelo implemento de relações sustentáveis”, demonstra, mais uma vez, a necessidade de adequação da prática jurídica aos novos paradigmas legais e constitucionais. As autoras, Alexia Brotto Cessetti e Maureen Cristina Sansana, ambas Mestras em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, dedicaram-se a analisar a incidência das normas de Direito do Consumidor nas relações bancárias, especialmente no tocante à vedação, à capitalização de juros e à limitação das taxas e encargos praticados pelos bancos.

Em uma revista editada por um banco central, não poderia faltar um artigo com análise fundamentada no Direito e na Economia. É o que faz Lucas Petri Bernardes, ao escrever “Responsabilidade Civil do Administrador de Instituição Financeira”. Sua tese é que a responsabilização civil objetiva dos administradores de instituições financeiras, além de legalmente ineficaz, é economicamente ineficiente, constituindo um fator de aumento dos custos das transações bancárias.

O Juiz e Mestre em Direito Público Orlando Faccini Neto fecha a sessão de artigos com “A Proibição de Insuficiência Penal: o exemplo privilegiado dos crimes financeiros”, tratando de um tema atual e ainda pouco debatido. O foco da análise são os crimes financeiros, considerados como a maior demonstração da inadequada proteção penal conferida a bens de relevância constitucional.

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 refere-se à aplicabilidade, às sociedades limitadas, de determinadas normas previstas para as sociedades anônimas. As petições tratam de: atribuição de responsabilidade subsidiária de entidades públicas por débitos trabalhistas de terceirizados; prescrição das pretensões a restituição dos ex-consorciados quanto aos créditos não procurados após o encerramento do respectivo grupo consorcial; e da ausência de obrigatoriedade de comunicação

prévia a clientes de instituição financeira sobre o registro, no Sistema de Informações de Crédito (SCR), de dados referentes a operações de crédito.

Brasília, 30 de junho de 2011.

Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar
Editor-Chefe da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central.
Procurador.

Unidade na Diversidade: os fundamentos do Direito Cosmopolita e sua função no estabelecimento de uma moeda mundial

Fernando dos Santos Lopes*

1 Introdução: 1.1 O princípio da tolerância; 1.2 O princípio do proveito mútuo; 1.3 O princípio da autodeterminação como corolário do dever de tolerância; 1.4 O princípio da cooperação. 2 A função do Direito Cosmopolita no estabelecimento de uma nova ordem mundial: 2.1 O poder e o dinheiro no âmbito internacional: aspectos teóricos; 2.2 A moeda mundial como instrumento da paz, da justiça e da liberdade; 2.3 A moeda mundial e o fim do privilégio exorbitante; 2.4 A moeda mundial como meio de cooperação; 2.5 A função do Direito Cosmopolita na constituição de uma nova ordem mundial regida pelo princípio da interdependência. 3 Conclusão.

Resumo

Objetiva verificar se é possível e como é possível utilizar o Direito Cosmopolita para reconstruir a atual ordem mundial segundo princípios de justiça, de modo a alcançar a paz perpétua e eliminar a pobreza. Para isso serão expostos os fundamentos do Direito Cosmopolita, contrastando-os com as relações de poder vigentes no âmbito internacional que são caracterizadas como de interdependência assimétrica. Partindo-se da premissa de que as sociedades contemporâneas podem ser compreendidas como sistemas que oscilam entre a cooperação e o conflito, analisar-se-ão as estruturas institucionais subjacentes a essa tensão social, com destaque para o funcionamento do sistema monetário

* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba e representante no Brasil da *Single Global Currency Association*, organização internacional voltada a divulgar os benefícios econômicos e políticos da implantação de uma moeda mundial.

internacional. Após a identificação dos fatores institucionais causadores do conflito e da pobreza, será analisada a proposta oferecida por Keynes em *Bretton Woods* de criação de uma moeda mundial de reserva, o que será feito com o intuito de constatar se essa proposta se adequa aos fundamentos do Direito Cosmopolita no sentido de ser um meio de eliminar a injustiça, retirando, por conseguinte, o principal óbice para o atingimento da paz.

Palavras-chave: Direito Cosmopolita. Moeda Mundial. Princípios de justiça.

Abstract

The objective of this work is to verify whether it is possible and how you can use the cosmopolitan law to rebuild the current world order according to principles of justice, a way to achieve everlasting peace and eliminate poverty. It will be exposed to the fundamentals of cosmopolitan law, contrasting them with the power relations prevailing in the international arena that are characterized as asymmetrical interdependence. Based on the premise that contemporary societies can be understood as systems that oscillate between cooperation and conflict, will be analyzing the institutional structures that underlie social tension, especially the functioning of the international monetary system. After identifying the institutional factors that cause conflict and poverty will be analyzed the proposal offered by Keynes at Bretton Woods to create a world reserve currency, which will be done in order to determine whether this proposal fits to the fundamentals of Cosmopolitan in the the sense of being a means of eliminating injustice removing therefore the main obstacle to the achievement of peace.

Keywords: *Cosmopolitan Law. Global Currency. Principles of justice.*

1 Introdução

Após o impacto gerado pelas ideias de Rawls (1971) referentes à construção de instituições sociais segundo princípios de justiça, alguns de seus mais proeminentes discípulos iniciaram uma discussão acerca da viabilidade de não restringir a aplicação desses princípios ao âmbito interno de determinadas sociedades. Ou seja, pretendeu-se expandir a aplicação dos princípios de justiça para o contexto das relações internacionais.

Ocorre, contudo, que os princípios de justiça propostos por Rawls a partir do artifício epistemológico da posição original foram desenvolvidos para promover a justiça num contexto de cooperação, o que implicaria a necessidade de se verificar, num primeiro momento, qual a espécie de relação que existe atualmente entre os Estados nacionais.

Dependendo do que fosse constatado, seria então possível iniciar uma discussão acerca da viabilidade de se aplicar a teoria da justiça desenvolvida por Rawls em âmbito internacional, ou mesmo alguma outra concepção de justiça, tal como a cosmopolita, que será exposta neste trabalho.

Ao contrário do filósofo político, contudo, o teórico do Direito não pode se limitar à formulação de princípios de justiça, e, diferentemente do sociólogo, não pode se limitar a descrever o funcionamento das instituições sociais. Além de conhecer os aspectos filosóficos e sociológicos relacionados à questão da justiça, ele deve descrever as medidas que deveriam ser consubstanciadas em leis com o intuito de tornar a justiça entre os povos uma situação real, com vistas a se obter um estado de paz perpétua.

Com efeito, a paz mundial que se busca atingir por meio do Direito Cosmopolita é uma paz perpétua derivada da justiça, e não uma paz constantemente ameaçada por guerras e revoluções.¹

Tendo em vista esse contexto, após uma interpretação dos princípios de justiça cosmopolita contidos na declaração de princípios sobre a tolerância,²

1 Na busca por meios de se implantar um estado de paz perpétua, de destaque foi um dos trabalhos de Kant (2006, p. 57), que afirmava: “Não deve considerar-se válido nenhum tratado de paz que tenha sido celebrado com a reserva secreta sobre alguma causa de guerra no futuro. Tratar-se-ia, neste caso, simplesmente de um mero armistício, uma prorrogação das hostilidades, não da paz, que significa o fim de todas as hostilidades.”

2 No art. 1º dessa declaração, a tolerância é definida como “o respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fomentada pelo conhecimento, a (sic) abertura de espírito, a (sic) comunicação e a (sic) liberdade de

na declaração sobre o direito ao desenvolvimento,³ e no pacto internacional de direitos econômicos e sociais,⁴ será feita uma análise das relações de poder no âmbito internacional, com especial destaque para as relações monetárias, de modo a investigar se a implantação de uma moeda mundial seria uma medida idônea a tornar as relações internacionais adequadas aos princípios de justiça cosmopolita, o que representaria um passo importante no sentido de se construir uma nova ordem mundial, fundada na paz perpétua derivada da Justiça.

1.1 O princípio da tolerância

Da declaração de princípios sobre a tolerância é possível extrair que o princípio da tolerância não exige, por exemplo, que muçulmanos passem a aceitar como corretos os ensinamentos judaicos, ou vice-versa, mas exige que todas as religiões professem a fé no direito de todos serem livres para seguir a religião que quiserem. Ou seja, o limite jurídico que deve ser imposto às religiões é o imperativo do respeito à liberdade religiosa do próximo: seja livre para professar qualquer religião, conquanto permita que o outro também seja livre.

Prima facie, pode parecer contraditório afirmar que a liberdade surge como consequência da imposição de um dever. No entanto, tal contradição é apenas aparente, uma vez que esse dever consiste numa forma especial de um dever moral: no dever de ser livre.

pensamento, de consciência e de crença. A tolerância é a harmonia na diferença. Não só é um dever de ordem ética; é igualmente uma necessidade política e jurídica. A tolerância é uma virtude que torna a paz possível e contribui para substituir uma cultura de guerra por uma cultura de paz.” (DECLARAÇÃO..., 1995). (grifei).

- 3 Cujo artigo terceiro expressa que “Os Estados têm o dever de cooperar uns com os outros para assegurar o desenvolvimento e eliminar os obstáculos ao desenvolvimento. Os Estados deveriam realizar seus direitos e cumprir suas obrigações de modo tal a promover uma nova ordem econômica internacional baseada na igualdade soberana, interdependência, interesse mútuo e cooperação entre todos os Estados, assim como a encorajar a observância e a realização dos direitos humanos.” (DECLARAÇÃO..., 1986). (grifei).
- 4 O artigo primeiro do referido pacto é muito elucidativo: “todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do Direito internacional. Em caso algum, poderá um povo ser privado de seus meios de subsistência. Os Estados partes do presente pacto, inclusive aqueles que tenham a responsabilidade de administrar territórios não autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas.” (PACTO..., 1992). (grifei).

O conceito de tolerância se opõe ao conceito de imposição. O indivíduo tolerante se abstém de impor seus pensamentos a outrem, pois, embora discordante no que se refere às concepções do próximo, não procura impor por meio da força, seja esta legal ou não, a aceitação de seu próprio pensamento.

Trata-se por certo de um princípio de caráter ético por excelência, uma vez que voltado a reger processos intersubjetivos. Numa sociedade tolerante, um cidadão judeu deve respeitar os ensinamentos de um cidadão muçulmano, e vice-versa.

Isso não significa que os dois devam pensar da mesma forma, pois se assim o fosse não precisaria haver tolerância. Com efeito, a função do princípio da tolerância é justamente proporcionar paz a um ambiente de opiniões divergentes. Ora, se judeus e muçulmanos pensassem da mesma forma, não haveria o que ser tolerado.

Nesse sentido, o princípio da tolerância implica a existência de uma simetria no respeito às diferenças, não significando, por certo, a eliminação dessas diferenças. Tudo aquilo tendente a impor um único posicionamento de modo a acabar com as diferenças é incompatível com a tolerância e, por conseguinte, com a democracia que tem sua existência vinculada a um regime de discussão, e não de imposição.

Além disso, um ponto que deve ser destacado é que a tolerância não é voltada única e exclusivamente a reger as relações entre os Estados, sendo, acima de tudo, um direito humano absoluto.⁵

Como direito humano absoluto, vincula tanto as relações entre os Estados quanto entre estes e os membros da família humana, pouco importando as questões relativas à nacionalidade desses membros. Ou seja, um Estado não pode invocar o dever de tolerância de outro povo se não pratica a tolerância no interior de suas fronteiras, pois isso corresponderia a exigir que os Estados soberanos tolerassem a intolerância, o que é uma *contraditio in terminis*.

Sendo assim, um Estado muçulmano deve permitir que seus cidadãos se convertam ao cristianismo, e um Estado cristão deve permitir que seus cidadãos

5 Sobre o conceito de direitos humanos absolutos Alexy afirma: "Los derechos humanos absolutos son derechos que tienen todos frente a todos los seres humanos, grupos y Estados. El derecho a la vida es un ejemplo. Los derechos humanos relativos son derechos que tienen todos frente a, por lo menos, un ser humano, un grupo o un Estado". ALEXY, Robert. La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático. *Derechos y Libertades: Revista Del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, v. 8, jan./jun 2000, p. 21 -42.

se convertam ao islamismo. O mesmo se aplica para questões relativas a opção sexual, casamentos, etc.

Tal como se pode ver, o respeito ao princípio da tolerância é uma condição para a existência de uma sociedade verdadeiramente livre. Por outro lado, a tolerância não é sinônimo de relativismo, mas também não se confunde com o que os filósofos contemporâneos normalmente associam ao conceito de vida boa.

Com efeito, ao mesmo tempo em que o princípio da tolerância traz consigo uma determinada visão de mundo substancial, consistente na crença de que todos têm o direito de ter a visão de mundo que quiserem, ele não indica qual é a melhor visão de mundo que todos têm o direito de ter.

Sendo assim, se as mulheres de um povo se sentem felizes em se mutilar, ou se sentem felizes em colocar argolas no pescoço, assim como ocorre na Tailândia, não cabe aos países que não possuem esses costumes procurar criar mecanismos a fim de proibir tais traços de manifestação cultural.

Por outro lado, a comunidade internacional tem o dever de impedir que mulheres, sobretudo se forem crianças, sejam forçadas a realizar esse comportamento, pois a opressão e a imposição são manifestamente incompatíveis com o princípio da tolerância.

Analogamente, não se pode tolerar que as pessoas de um país sejam privadas da justa distribuição dos bens produzidos por causa da corrupção de seus governos, ou por qualquer outra circunstância incompatível com os princípios de justiça, o mesmo se aplicando ao âmbito internacional, pois não se pode tolerar que as instituições internacionais sejam configuradas de modo a favorecer poucos em detrimento de muitos.

Corroborando essas assertivas está a Declaração de Princípios sobre a Tolerância (1995, artigo 1º, 1.4), que de modo taxativo afirma: “ser tolerante não significa ser tolerante com a injustiça social.”

Portanto, o princípio da tolerância pode ser vislumbrado como sendo um dos mais importantes princípios a promover uma nova ordem mundial fundada na unidade em meio à diversidade.

1.2 O princípio do proveito mútuo

Quando se fala acerca de princípios de conteúdo moral que posteriormente foram positivados como princípios jurídicos, como os princípios de direitos humanos, deve-se ter em conta que esses princípios não são positivados consoante um único significado moral substancial, uma vez que procuram consubstanciar num todo coerente a pluralidade cosmovisiológica presente no âmbito interno ou internacional, conforme o caso.

Por outro lado, a condição de possibilidade dessa pluralidade cosmovisiológica procedimental é uma concepção substancial, ou seja, o respeito ao princípio da tolerância. O princípio da tolerância está implícito no próprio processo de positivação, que é caracterizado pela discussão entre povos de culturas diferentes, sendo que o objeto de discussão consiste na busca por princípios de justiça adequados a impedir que a humanidade seja novamente vitimada pelos flagelos da guerra.

Nesse sentido, e como expressão desse processo regido pela tolerância, surge o princípio do proveito mútuo, que se apresenta como uma síntese coerente da visão deontológica e da visão consequencialista, englobando as diretrizes fundamentais que orientaram a elaboração do pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais.

Com efeito, ao mesmo tempo em que o pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais assegura que “todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais” (PACTO..., 1992, artigo 1º, 2), o mesmo pacto determina a cooperação econômica entre os Estados, bem como que o resultado desse processo de liberdade econômica aliado à cooperação esteja vinculado ao proveito de todos os Estados participantes do processo.

O referido pacto também possui um núcleo moral rígido, uma vez que determina que, “em caso algum, poderá um povo ser privado de seus meios de subsistência.” (PACTO..., 1992, artigo 1º, 2). É razoavelmente fácil compreender como o princípio do proveito mútuo está fundado na ideia de unidade na diversidade. Por meio da livre disponibilidade de recursos, cada Estado poderá desenvolver sua economia consoante suas particularidades e necessidades.

Por sua vez, a cooperação econômica internacional pode ser vista como um processo de divisão de trabalho de caráter global que tem como meta otimizar

a produção, de modo a obter uma riqueza tão diversificada quanto sejam as necessidades dos diferentes membros da família humana.

Por outro lado, todo esse resultado de bem-estar mundial só poderá ser sustentável se implementado em benefício de todos, uma vez que, do contrário, ter-se-á uma situação de injustiça que inexoravelmente levará a um estado de guerra, consoante uma das premissas fundamentais deste trabalho, ou seja, a de que a guerra é consequência da injustiça ou da intolerância.

Para que a paz perpétua seja alcançada, é preciso que as instituições internacionais sejam justas e tolerantes, ou seja, que, entre outros fatores, não coloquem um Estado em posição superior a outro, não podendo existir, portanto, qualquer diferença entre os Estados, mas apenas complementaridade.

A melhor metáfora para compreender a teleologia do princípio da complementaridade é pensar no funcionamento do corpo humano. Cada parte do corpo difere de outra sem que isso possa ser apontado como um problema. Ao contrário, a diversidade de funções desempenhadas por diferentes órgãos é fundamental para o bem-estar do todo.

Analogamente, cada Estado precisa ser considerado importante caso se queira realmente atingir o objetivo de se formar uma nova ordem mundial de carácter cosmopolita. Diferenças econômicas e culturais devem ser mantidas na medida em que contribuam para criar uma unidade em meio à diversidade, na qual o bem-estar de um corresponda ao mesmo tempo ao bem-estar do outro.

Atingida essa unidade na diversidade que se apresenta como condição para a realização da Justiça e conseqüentemente para a obtenção da paz, a seguinte frase de Habermas (2004, p. 13) passa a fazer todo sentido: “Uma pessoa só pode ser livre se todas as demais o forem igualmente.” De forma análoga: um Estado só pode ser livre se todos os demais o forem igualmente.

Nesse sentido, cabe aos Estados optar pela construção de uma nova ordem mundial segundo o princípio do proveito mútuo.

1.3 O princípio da autodeterminação como corolário do dever de tolerância

O princípio da autodeterminação pode ser considerado a manifestação do princípio da liberdade na esfera internacional, possuindo uma dimensão interna e outra externa. No que se refere à dimensão externa, todos os povos devem possuir liberdade para se desenvolverem conforme suas peculiares características econômicas, religiosas e culturais, desde que fundados no alicerce da justiça e respeitosos do direito dos outros Estados de possuírem a mesma liberdade. Trata-se, portanto, de um direito à liberdade que apenas surge quando satisfeito um dever de tolerância. O conteúdo daquilo que se considera justo, por sua vez, consubstancia princípios morais hoje positivados no âmbito internacional sob a forma jurídica.

Para que seja possível a autodeterminação no âmbito externo, contudo, é fundamental ainda o respeito ao princípio da tolerância no âmbito interno, o que constitui a segunda dimensão do princípio da autodeterminação. Assim, para que um Estado possa exigir o respeito dos outros países por suas manifestações culturais que num âmbito liberal poderiam ser consideradas violações dos direitos humanos, por exemplo, ele deve respeitar a vontade divergente de seus cidadãos em relação a referidas práticas culturais, sociais, econômicas ou religiosas.

Um Estado que defende como parte de sua cultura a mutilação genital de mulheres, por exemplo, não poderia exigir que os outros Estados respeitassem essa forma de manifestação cultural se as mulheres não são mutiladas por livre e espontânea vontade, mas obrigadas por meios físicos, ou mesmo mediante coação moral, social ou institucional.

Um aspecto interessante do princípio da autodeterminação no que se refere a sua dimensão interna é que a violação dessa dimensão por parte de um Estado pode dar origem a um dever a ser realizado por parte dos outros Estados. É que a imposição por parte de um Estado de uma cultura ou forma de pensamento a todos os seus cidadãos, sem que haja respeito às vontades divergentes, e consequentemente ao dever de tolerância, pode gerar conflitos e perseguições que, não raro, implicam existência de refugiados.

Cabe aos Estados livres assegurar refúgio aos perseguidos, podendo-se citar os refugiados da Líbia como exemplo dessa situação na contemporaneidade.

Portanto, tal como se pode inferir, o princípio moral que sustenta o direito à autodeterminação consiste na premissa de que ninguém pode exigir a liberdade se não permite a liberdade de seu próximo.

1.4 O princípio da cooperação

O princípio da cooperação pode ser entendido como manifestação do princípio da solidariedade no âmbito internacional. É preciso distinguir, contudo, solidariedade de assistencialismo, ou mesmo do que Rawls (1999, p. 106 e seg.) chama de dever de assistência. O conceito de solidariedade traz consigo a crença de que cada pessoa possui um valor único e inestimável, estando a plena felicidade de um indivíduo condicionada à plena felicidade de todos. Assim, os atos de solidariedade representam a crença de que ao ajudar o próximo o indivíduo ajuda a si mesmo.

A solidariedade, portanto, não representa uma relação superior-inferior, mas uma relação todo-parte, uma vez que os sujeitos passam a ser vistos como membros de um único corpo social que retira o significado de sua unidade da diversidade de seus membros. Esses membros, por sua vez, relacionam-se de modo complementar, sendo o termo complementaridade o que aparentemente melhor expressa o significado da igualdade no plano internacional.

Trata-se, portanto, de um princípio que no plano internacional tem a função de direcionar a política de cada Estado para o bem de todos, o que permitirá que o desenvolvimento seja alcançado em sua máxima extensão. A ideia-chave aqui é ver o desenvolvimento como resultante do impulso de forças complementares, representadas pela riqueza de cada país obtida mediante seu direito à autodeterminação.

Tal como visto, a autodeterminação não se refere apenas a alguns aspectos da vida de um país, como os aspectos econômicos tradicionais, abrangendo também o poder de produzir toda uma riqueza cultural de forma autônoma. Por conseguinte, a atuação complementar dessas forças dará origem à produção de uma verdadeira riqueza mundial, marcada por traços de pluralidade e diversidade.

Trata-se de verdadeira riqueza, pois apenas esse tipo de riqueza apresenta idoneidade para satisfazer as necessidades de todos os membros de uma

sociedade cosmopolita emergente de uma nova ordem mundial. Com efeito, necessidades diversas exigem diversidade de riqueza para sua satisfação.

2 A função do Direito Cosmopolita no estabelecimento de uma nova ordem mundial

Rawls não vislumbra que possa existir uma relação entre os Estados similar à relação entre os cidadãos no âmbito interno. Todavia, alguns de seus proeminentes discípulos, como Charles Beitz e Thomas Pogge afirmam que existe sim uma relação entre os Estados similar àquela existente entre cidadãos dentro de um Estado, destacando-se o entendimento de Thomas Pogge, que asseverou ser essa uma relação de dominação.

Para especificar essa relação, Pogge começa contestando a crença de Rawls de que a radical desigualdade existente entre os países ricos e pobres pode ser explicada por circunstâncias como cultura, clima, instituições sociais internas, corrupção interna, afirmando que isso são efeitos de causas históricas:

Muito disso foi construído na era colonial quando os países desenvolvidos de hoje governavam as regiões pobres de hoje, negociando as pessoas como gado, destruindo suas instituições políticas e cultura, tomando suas terras e recursos naturais e impondo seus produtos e costumes.⁶

Contudo, considera-se que esse argumento histórico de Pogge não pode ser entendido como sua maior contribuição para a criação de uma nova ordem mundial, de caráter cosmopolita, fundada na Justiça. Com efeito, Pogge tem o mérito de ser um dos poucos filósofos políticos contemporâneos que percebeu que as vantagens que as nações hoje desenvolvidas obtiveram por meio da violência desde a época colonial foram mantidas por meio da construção de uma ordem internacional injusta:

6 “Much of it was built up in the colonial era, when today’s affluent countries ruled today’s poor regions of the world: trading their people like cattle, destroying their political institutions and cultures, taking their lands and natural resources, and forcing products and customs upon them.” Tradução livre. (POGGE [s.d.(a)]).

Nós estamos preservando nossas grandes vantagens econômicas por meio da imposição de uma ordem institucional que é injusta [...]. Há uma ordem institucional compartilhada que foi feita pelos países ricos e imposta aos países pobres.⁷

Ademais, adverte o importante filósofo que poderia ser construída uma estrutura institucional alternativa na qual “a severa e extensiva pobreza não persistiria” (POGGE [s.d.(a)]).

Nesse sentido, Pogge destacou o fato de que muitas pessoas não levam em conta os fatores institucionais em suas análises da sociedade, o que se é um grave erro para um filósofo, é algo inadmissível para um economista, e “intolerável” para um jurista:

Gratos com a desatenção de nossos economistas, muitos acreditam que a ordem institucional global existente não contribui para a persistência da severa pobreza, mas que os fatores nacionais são a questão-chave. [...] Contudo, uma vez que nós abandonamos esse nacionalismo explicativo, é fácil encontrar fatores globais relevantes para a persistência da pobreza.⁸

Como exemplo de má distribuição de direitos e deveres realizada pelas atuais instituições internacionais, Pogge menciona, *inter alia*, o fato de que nas negociações da Organização Mundial do Comércio (OMC) os países ricos insistem em manter um estado de protecionismo em benefício de seus produtos, ao mesmo tempo em que pregam o discurso do livre mercado para os países pobres, o que denota sua hipocrisia (POGGE [s.d.(a)]).

Igualmente, Pogge afirma que, ao mesmo tempo em que os países ricos impõem uma proteção excessiva aos direitos referentes à propriedade intelectual, recebendo bilhões por isso, eles não querem recompensar os pobres pelas externalidades que eles causam por meio de sua “vasta e desproporcional contribuição à poluição global” (POGGE [s.d.(a)]).

7 “We are preserving our great economic advantages by imposing a global economic order that is unjust [...] There is a shared institutional order that is shaped by the better-off and imposed on the worse-off.” Tradução livre. (POGGE [s.d.(a)]).

8 “Thanks to the inattention of our economists, many believe that the existing global institutional order plays no role in the persistence of severe poverty, but rather that national differences are the key factors [...] Once we break free from explanatory nationalism, global factors relevant to the persistence of severe poverty are easy to find.” Tradução livre. (POGGE [s.d.(a)]).

Enfim, e o mais importante segundo Pogge, é que os países ricos importam recursos naturais dos países pobres independentemente de o governo desses países ser corrupto, ditatorial, genocida etc. Inclusive, Pogge destaca que os países ricos vendem armas para países governados por ditadores, ajudando-os a manter seu poder com base na violência. Em síntese, os países ricos compram recursos de qualquer governo ditatorial, concedendo-lhes empréstimos, armas e tudo o mais de que precisam para manter seu controle ilegítimo sobre populações oprimidas (POGGE [s.d.(a)]).

Isso para não falar de alguns casos, tal como o ocorrido no Brasil, quando os Estados Unidos financiaram o golpe de Estado promovido pelos militares em 1964, a fim de obter privilégios que durante muitos anos nos levaram à ruína. Ademais, deve-se mencionar que os Estados ricos normalmente não agem dessa forma em benefício direto de suas populações, ainda que estas sejam beneficiadas indiretamente, tal como denota Pogge, mas no interesse de grandes grupos econômicos, ou seja, no interesse do soberano “supraestatal privado difuso” (CAPELLA, 1997, p. 10 e seg.).

Nesse sentido, pode-se afirmar que as instituições internacionais não apenas foram constituídas de modo a favorecer os países ricos, mas que também mantêm um funcionamento de modo a preservar uma relação assimétrica entre os Estados, com prejuízo direto para a população dos países pobres.

Sendo assim, do mesmo modo que no âmbito interno os cidadãos são dependentes uns dos outros, entre os Estados existe essa mesma relação, o que contemporaneamente se apresenta de forma clara.

Há, todavia, uma situação específica não abordada por Pogge, na qual essa relação de interdependência se apresenta de forma inequívoca, sendo esse contexto, no que se refere ao aspecto institucional, um dos mais importantes, talvez o fundamental, para se compreender como alguns países conseguiram construir sua riqueza a custa dos países pobres.

Trata-se do sistema monetário internacional, cuja constituição e desenvolvimento confirmam os argumentos aludidos por Pogge no sentido de que o desenho das instituições internacionais é responsável pelo subdesenvolvimento, bem como confirmam uma das premissas deste trabalho no sentido de que as relações entre os Estados nacionais são relações de interdependência assimétrica responsáveis por causar extrema miséria para a maior parte dos membros da família humana.

Sendo assim, cumpre verificar como se desenvolvem as relações de poder no âmbito internacional, relacionando-as com o processo de desenvolvimento do sistema monetário internacional.

2.1 O poder e o dinheiro no âmbito internacional: aspectos teóricos

Tradicionalmente, no âmbito das relações internacionais, o poder estatal sempre esteve associado à existência de recursos naturais e à força militar. Não obstante, nas sociedades contemporâneas complexas que se relacionam por meio do Direito e de outras instituições, como o dinheiro, o poder pode ser entendido também como uma propriedade relacional e estrutural que pode surgir tanto das relações entre os Estados quanto da posição que um Estado ocupe no sistema internacional considerado como um todo.

Essa nova análise do poder, em seu aspecto relacional, é atribuída ao economista Albert Hirschman, que ao estudar as relações comerciais do Estado nazista com seus vizinhos verificou que relações de dependência e dominação podem surgir naturalmente a partir de assimetrias no comércio internacional (COHEN, 2009, p. 23).

Posteriormente, Keohane e Nye enfatizaram que após a Segunda Guerra Mundial as nações se tornaram cada vez mais dependentes umas das outras, embora tal relação de dependência raramente fosse simétrica (COHEN, 2009, p. 23).

Sendo assim, caso a interação entre os Estados acontecesse de forma assimétrica, tal assimetria seria responsável por colocar um país sob o domínio do outro:

Mais precisamente o poder emerge das relações assimétricas de interdependência entre sujeitos estatais em diferentes áreas temáticas, mediante a criação de oportunidades para que os atores menos dependentes manipulem em proveito próprio os vínculos existentes. (ALVARES, 2009, p. 53).

Por outro lado, autores como Kenneth Waltz começaram a destacar em seus trabalhos a existência de uma distinção entre os aspectos relacionais e estruturais,

sendo eles partes importantes para a distribuição de poder entre os agentes no âmbito internacional (KEOHANE, 1986, p. 71 e seg.).

Nesse sentido, um sistema, como o sistema monetário internacional, por exemplo, pode ser concebido como composto por uma estrutura e por partes interagindo entre si. Contudo, embora a estrutura e as partes sejam conceitos relacionados, eles não são idênticos aos integrantes reais do sistema, pois, tal como afirmado por Waltz, a estrutura não é algo que possamos ver (KEOHANE, 1986, p. 72).

É fácil entender isso, porque os Estados que integram o sistema monetário nacional e as regras que definem a posição desses Estados no sistema não podem ser vistos como as pessoas e as riquezas naturais que compõem o Estado. Não obstante, tal como será visto, esses aspectos institucionais invisíveis podem influenciar sobremaneira a realidade natural, sobrepondo-se a esta muitas vezes.

O sistema monetário, por exemplo, é um setor da economia no qual a existência de uma assimetria institucional passa a ser responsável por definir a maior parte da situação de riqueza ou pobreza das nações. Tal como explica Cohen, nas sociedades contemporâneas “as economias nacionais estão conectadas por meio do balanço de pagamentos”, ou seja, “o superávit de um país corresponde ao déficit de outro e vice-versa, sendo que o risco de um desequilíbrio insustentável representa uma persistente ameaça à independência política”⁹.

A partir desse novo contexto, buscou-se um novo modelo teórico de análise que fosse adequado a descrever as interações e relações de interdependência monetária entre as nações soberanas. Esse modelo foi buscado na moderna

9 “National economies are inescapably linked financially through the balance of payments [...]. One country's surplus is another country's deficit. The risk of an unsustainable disequilibrium thus represents a persistent threat to policy independence.” Tradução livre (COHEN, 2009, p. 20). Nesse sentido, Cohen pretende investigar até que ponto a internacionalização de uma moeda nacional pode contribuir para postergar o ônus do ajuste no balanço de pagamentos. Com efeito, os ajustes no balanço de pagamentos costumam representar grandes custos políticos e econômicos, como corte de gastos e inflação, conforme o país esteja deficitário ou superavitário. Ele pensa que a internacionalização de uma moeda nacional atribui flexibilidade macroeconômica ao país emissor dessa moeda, pois passa a existir uma facilidade na obtenção de financiamentos por parte do Estado emissor, tendo em vista a demanda que surge por títulos expressos em sua moeda. Isso daria ao Estado emissor um poder de influenciar a política dos outros países de forma direta ou indireta. Um exemplo clássico de influência indireta se deu durante a Guerra Fria, quando os soviéticos passaram a temer que os Estados Unidos confiscassem suas aplicações em dólar. Temerosos, eles começaram a depositar seus dólares na Inglaterra, dando origem ao que hoje se conhece pelo mercado como eurodólar: o mercado de dólares depositados fora dos Estados Unidos. Exemplo de influência direta seria se os Estados Unidos tivessem realmente confiscado o dinheiro dos soviéticos. O que se critica, contudo, na abordagem de Cohen é que, embora este tenha corretamente, ao relacionar sua análise com a funções desempenhadas pela moeda, destacado os aspectos públicos e privados do aspecto monetário, não relacionou os benefícios econômicos com os políticos, quando se sabe que a política é sobremaneira influenciada por questões econômicas.

sociologia e é chamado de análise de rede social (*social network analysis*). Nesse modelo uma nação soberana pode ser compreendida como sendo um nó (*node*) conectado a outra nação, ou seja, a outro nó, que, por sua vez, conecta-se a outro, dando origem a uma vasta e complexa rede monetária formada por nações que se conectam por meio do balanço de pagamentos.

Essas relações adquirem um caráter de interdependência porque problemas num dos nós podem gerar problemas em outro, devendo-se observar que tal suposição do modelo apresenta forte comprovação empírica, pois uma crise financeira de um país é facilmente transmitida aos seus vizinhos, podendo se tornar uma crise internacional, ou seja, da rede como um todo.

Se essas relações de interdependência acontecerem de forma simétrica, ter-se-á uma situação de cooperação entre as nações, implicando existência de um sistema financeiro internacional estável. Por outro lado, caso tais relações de interdependência aconteçam de modo assimétrico, ter-se-á uma situação de desigualdade entre as nações, com a submissão de um nó ao domínio de outro.

Uma vez constituída a rede, tal assimetria não dependerá dos atributos individuais do nó, tal como os reais fundamentos de sua economia, mas da posição que esse nó assuma na rede. Daí se falar que o poder numa rede não se vincula a questões naturais, portanto não se configura uma propriedade relacional, mas, sobretudo, estrutural.

As relações entre os nós, por sua vez, são constituídas por meio de regras institucionais que estabelecerão padrões de conexão das quais emanará o poder relacional, responsável pelo desenvolvimento da rede. Por sua vez, esse desenvolvimento poderá se dar conforme relações de interdependência simétrica ou assimétrica.

É possível, contudo, que após a constituição de uma rede as relações de interdependência assimétrica fiquem arraigadas no corpo social a ponto de fazer que, mesmo após o abandono das regras de conexão por um dos nós, os outros continuem a se conectar da mesma forma em relação a ele, tendo em vista o fato de o poder outrora sustentado por normas jurídicas ter se transformado num poder econômico autossuficiente, uma vez que os nós já absorveram aquelas relações como naturais ao sistema, embora isso não seja verdade.

Todavia, o que importa é que a ilusão da suposta naturalidade dos padrões de conexão já é suficiente para que o nó desertor consiga exercer seu domínio sobre

os outros nós, adquirindo cada vez mais poder e riqueza, sem precisar se submeter a qualquer restrição de ordem institucional, como uma regra semelhante à criada em *Bretton Woods* que obrigava os Estados Unidos a converter os dólares que lhe fossem apresentados pelos outros Estados em ouro.

Ocorre, contudo, que todo processo de exploração não pode durar indefinidamente, ainda que o tempo durante o qual se desenvolva possa ser suficiente para enriquecer o país desertor jogando o restante do mundo na mais completa pobreza derivada de uma interdependência assimétrica.

Pois bem, essa foi, em síntese, a exposição dos aspectos teóricos do modelo. Cabe saber agora como um país poderia ocupar uma posição de dominação frente outros países, ou seja, como é possível estabelecer relações de interdependência assimétrica em benefício próprio. Ou ainda: como isso poderia ser feito por meio do sistema monetário internacional.

Deve-se responder a essas questões de modo objetivo: um país pode estabelecer relações de interdependência assimétrica em seu próprio benefício por meio da internacionalização de sua moeda. No entanto, tal como afirmado, essa situação de dominação não pode se perpetuar indefinidamente, embora o tempo nesse caso prejudique mais os povos dominados.

Por outro lado, cabe saber também como seria possível fazer com que o sistema monetário internacional se desenvolvesse segundo relações de interdependência simétricas caracterizadoras de um real estado de cooperação internacional. Igualmente, aqui também cabe a objetividade: por meio da introdução de uma moeda única mundial, e não por meio da internacionalização de alguma moeda nacional.

Em outros termos, enquanto a internacionalização significaria conflito entre vários países, cada um querendo ocupar uma posição de dominação, ao escolherem implantar uma moeda única mundial os países estariam optando pela cooperação e estabilidade, transformando o dinheiro, que representa uma das principais causas da injustiça no mundo, num meio de criação da justiça e prosperidade.

Portanto, da mesma forma que o cosmopolitismo torna o homem senhor do Estado, a moeda mundial tornaria o homem senhor do dinheiro. Todavia, essas são apenas respostas, sendo necessário justificá-las.

2.2 A moeda mundial como instrumento da paz, da justiça e da liberdade

Apenas num estágio muito rudimentar das civilizações o dinheiro é um fato natural, e, num período imediatamente posterior, passa a ter sua existência vinculada a normas de cunho social estrito. Tal como explicado por Carl Menger (1981, p. 262-263), o dinheiro surge como um produto do mercado, ou seja, na medida em que um determinado objeto passa a ser desejado por um grande número de pessoas num determinado contexto social, esse objeto pode ser facilmente trocado por outros ou, em seus termos, passa a adquirir vendabilidade.

A explicação para o gado ter sido dinheiro na Antiguidade estaria associada, portanto, ao fato de esse animal ser amplamente valioso naquele contexto. Essa vendabilidade apontada por Menger, que, *mutatis mutandis*, equivale ao que modernamente se denomina liquidez, é um valor distinto do valor de uso do objeto.

Nesse contexto de escambo, portanto, em que pese o gado tenha um valor intrínseco de uso, a possibilidade de trocá-lo por outros objetos também necessários para a satisfação das necessidades humanas atribui a ele um valor autônomo, ou seja, o valor de troca, conhecido apenas de um modo intuitivo, porém não científico, por essas civilizações rudimentares.

Essa falta de cientificidade conduziu as civilizações ao cometimento de diversos erros, sendo um dos principais o de confundir um objeto que passou a ser dinheiro pela possibilidade de ser utilizado para se adquirir uma ampla diversidade de bens, ou seja, para adquirir riqueza, com a riqueza que tinha a função de adquirir.

O exemplo mais lastimável dessa situação de ignorância a que estavam imersas as civilizações foi o metalismo. Coube a Adam Smith (1983, p. 262), todavia, desfazer esse equívoco, de modo a demonstrar que a riqueza das nações não era o ouro, mas a produção. Coube também ao mesmo filósofo moral demonstrar que, num sistema de papel-moeda parcialmente lastreado em ouro, uma emissão de dinheiro superior às necessidades da economia poderia causar uma quebra generalizada dos bancos, uma vez que, ao perceberem que a quantidade de papel-moeda emitido seria superior à quantidade de riqueza que essa moeda poderia fazer circular num determinado país, as pessoas iriam correr para os

bancos de modo a trocar o papel por ouro, a fim de utilizar este para importar produtos de outras nações.

A quebra desse sistema financeiro seria decorrência do fato de que o funcionamento dos bancos depende da crença de que as pessoas não sacarão o seu dinheiro ao mesmo tempo, pois se o fizerem, com toda certeza, os bancos não terão como atender a demanda, haja vista que trabalham segundo o sistema de reservas fracionárias.¹⁰

Muitos talvez não saibam quais são as vantagens de se utilizar um sistema de papel-moeda. A explicação oferecida por Smith é que o sistema de papel-moeda permite ao empreendedor que utilize uma riqueza que de outra forma deveria permanecer guardada para atender situações inesperadas. Ou seja, em vez de utilizar certa quantidade de ouro para contratar empregados e aumentar a produção, o empreendedor tinha que mantê-la parada por causa das incertezas do processo produtivo.

De acordo com Smith (1983, p. 277), o papel-moeda emprestado pelos bancos permitia que a riqueza parada se tornasse uma riqueza produtiva, desde que só se emprestasse aos empreendedores a quantidade de papel-moeda equivalente à quantidade de riqueza que de outro modo eles deveriam manter como riqueza improdutiva.

Esse papel-moeda ao qual Smith se referia significava dinheiro parcialmente lastreado em ouro, e não dinheiro sem lastro, tal como é nos dias de hoje. Esse lastro, no entanto, era parcial e, de acordo com Smith, deveria servir como uma espécie de “freio” (embora ele não utilize esse termo) na vontade dos banqueiros de emprestar dinheiro, pois, segundo o filósofo e economista escocês, se os bancos procurassem realmente os seus próprios interesses jamais iriam emprestar um valor superior para os empreendedores àquele que, sem a existência do papel-moeda, deveria permanecer guardado como riqueza improdutiva.

Caso o contrário fosse feito, esse dinheiro excedente voltaria rapidamente para os bancos, que por trabalharem num sistema de reservas fracionárias não teriam como atender a essa demanda inesperada, ou seja, não teriam como

¹⁰ Nesse sistema, os bancos emprestam grande parte dos depósitos a vista, retendo compulsoriamente apenas uma fração desses depósitos. Isso quer dizer, em termos práticos, que se todos os depositantes forem ao banco ao mesmo tempo sacar seu dinheiro, o banco quebra.

converter o dinheiro apresentado em ouro. O resultado disso seria uma corrida bancária que produziria o colapso do sistema.

No que se refere às consequências de uma emissão de papel-moeda excessiva para a causação de um déficit no balanço de pagamentos, é fácil perceber que o dinheiro em excesso provocaria uma elevação dos preços internos e da renda nominal, o que, como se sabe, provocaria um aumento das importações, pois uma parte da renda é destinada ao consumo interno, outra à poupança e outra à importação.

Quando os exportadores fossem trocar a moeda estrangeira por ouro, o que gradativamente passou a ser uma atribuição dos bancos centrais, o país do importador não teria ouro suficiente, pois permitiu uma emissão de papel-moeda acima das necessidades da economia, embora os defensores radicais de um sistema totalmente lastreado afirmem que bastaria uma emissão parcialmente lastreada para que esse processo fosse desencadeado. Ademais, o aumento dos preços internos, por certo, também contribuiria para a redução das exportações e aumento do déficit (ROTHBARD [s.d.]).

O resultado disso, em última instância, seria ou a deflagração de um processo inverso, ou seja, de deflação por parte do Estado inflacionário, o que não seria bem visto pelo povo e pelos políticos de um modo geral por implicar corte de gastos, ou o abandono da conversão da moeda em ouro, retirando o freio que impede o crescimento desmedido de um processo inflacionário.

Tal lógica foi confirmada no decorrer da história. A Primeira Guerra, iniciada em 1914, pôs fim ao padrão ouro internacional, pois as despesas de guerra obrigaram os países a emitir moeda para financiá-las, o que causou um grande processo inflacionário e colocou o sistema financeiro internacional num grande caos. Durante esse período o câmbio era flutuante e os países estavam imersos numa guerra cambial marcada por uma constante desvalorização de suas moedas para conseguir preços competitivos no mercado internacional.

Diante desse cenário caótico os países decidiram retornar ao padrão-ouro. A Grã-Bretanha, todavia, para manter seu prestígio internacional sobrevalorizou a libra em relação ao ouro, o que lhe trouxe graves problemas econômicos durante a década de 1920, uma vez que isso deprimiu suas exportações (ROTHBARD [s.d.]).

Para impedir que circunstâncias econômicas retirassem seu poder político, a Grã-Bretanha decidiu utilizar este, a fim de promover uma reformulação

do sistema monetário internacional em seu benefício (ROTHBARD [s.d.]). Tal reformulação foi realizada na Conferência de Gênova em 1922.

Nessa Conferência, foi estabelecido o chamado padrão ouro-câmbio. De acordo com esse padrão os Estados Unidos, que durante a Primeira Guerra não haviam abandonado o padrão-ouro clássico, permaneceriam nesse sistema. Por outro lado, libras só seriam convertidas em ouro em grandes barras, limitando tal conversão às transações internacionais (ROTHBARD [s.d.]).

Com isso, lembrando os ensinamentos de Smith outrora referidos, o primeiro obstáculo imposto pelo padrão-ouro àquelas tendências inflacionárias havia sido retirado, pois em caso de uma emissão de moeda em excesso, mesmo que os cidadãos britânicos comuns quisessem trocar esse excedente por ouro com o fim de importar, não poderiam, sendo, portanto, obrigados a permanecer com uma quantidade de dinheiro desprovida de valor real.

Nesse sentido, o que, segundo os ensinamentos de Smith, deveria resultar na quebra dos bancos resultaria num aumento dos preços internos. O outro obstáculo seria o externo, ou seja, encontrar uma forma de impedir que os exportadores estrangeiros trocassem as libras recebidas de suas transações comerciais com os britânicos por ouro, uma vez que os altos preços internos ocasionados por emissões inflacionárias resultariam num déficit no balanço de pagamentos e na consequente diminuição das reservas auríferas da Grã-Bretanha.

Esse problema também foi resolvido na Conferência de Gênova, uma vez que, em vez de trocarem as libras por ouro, os outros países deveriam manter grande parte de suas reservas em libras. Além disso, o governo inglês poderia não apenas converter as libras em ouro, mas também em dólares, que, todavia, permaneceriam vinculados ao ouro. Esse novo contexto transformava o sistema monetário numa pirâmide: na base estavam diversas moedas atreladas a uma das moedas-chave dessa pirâmide, ou seja, a libra. Por sua vez, a libra estaria atrelada ao dólar que permanecia atrelado ao ouro sendo a outra moeda-chave do sistema (ROTHBARD [s.d.]).

Caso os países cujas moedas formavam a base da pirâmide decidissem inflacioná-las em relação à libra, teriam necessariamente que ajustar o consequente déficit no balanço de pagamentos causado pelo processo inflacionário, uma vez que, sem libras, não poderiam atuar no mercado internacional. Para ajustar o déficit teriam basicamente que aumentar as exportações e cortar gastos.

O mesmo não acontecia com a Grã-Bretanha, pois esta poderia ajustar o seu déficit por emissão monetária, ou seja, tinha o privilégio de pagar suas dívidas internacionais com a própria moeda, o que lhe traria imensos benefícios econômicos devidos principalmente aos ganhos de senhoriagem.¹¹ Além disso, a Grã-Bretanha possuía condições vantajosas de negociação com os credores, uma vez que, num sistema em que ter libras era fundamental para adquirir estabilidade econômica, todos estariam dispostos a conceder crédito aos ingleses.¹²

Esses privilégios, contudo, não poderiam ser sustentados indefinidamente, o que não impediria, contudo, que a desigualdade econômica existente durante esse período provocasse a falência dos países que formavam a base da pirâmide monetária e acentuasse a supremacia política e econômica dos países que estivessem no topo.

Igualmente, a eventual quebra do sistema não afetaria unicamente a nação que abusou de seus privilégios, mas todas, sobretudo, num sistema econômico em que, tal como apontado por Benjamin Cohen (2009, p. 20), “[...] as economias nacionais estão inescapavelmente conectadas através do balanço de pagamentos.”

No caso do sistema ouro-câmbio, estabelecido pela Conferência de Gênova, quanto mais os países acumulavam libras, que crescentemente perdiam seu valor, mais se desconfiava da capacidade da Inglaterra de honrar seu compromisso de trocar libras por ouro, temendo-se o resultado da constante desvalorização da libra para as reservas internacionais. Assim, quando a França decidiu trocar suas libras por ouro, a Inglaterra foi forçada a abandonar esse sistema (ROTHBARD [s.d.]). Portanto, embora durante algum tempo os ingleses tivessem conseguido postergar o acerto das contas, tirando benefício disso, o dia fatal havia chegado.

O resultado da quebra do sistema foi uma desestabilização do sistema financeiro internacional, que voltou a funcionar segundo um regime de câmbio flutuante com intensa guerra cambial entre os países, promovida por meio de desvalorizações artificiais que, segundo Cordell Hull, Secretário de Estado norte-americano, teria sido a principal causa da Segunda Guerra Mundial (ROTHBARD [s.d.]).

11 Um ganho de senhoriagem deriva do fato de que o custo de emissão de moeda é inferior ao valor dos bens que se pode adquirir com ela.

12 Nesse sentido, a Grã-Bretanha possuía grande flexibilidade macroeconômica, podendo influenciar direta ou indiretamente a política dos outros países.

O caos mais uma vez estava instaurado, e, mais uma vez, os Estados, após um grande período de turbulências, tiveram a oportunidade de estabelecer um sistema monetário equitativo entre as nações soberanas na Conferência de *Bretton Woods*. Duas foram as propostas apresentadas: uma americana e outra inglesa. A proposta americana pretendia instaurar um sistema similar ao estabelecido na Conferência de Gênova, com a diferença de que o dólar seria a única moeda-chave vinculada ao ouro. As outras moedas estariam vinculadas ao dólar, cabendo ao Fundo Monetário Internacional (FMI) zelar para que as taxas de câmbio entre as moedas-base permanecessem estáveis em relação à moeda americana, que, por sua vez, deveria permanecer estável em relação ao ouro.

As taxas de câmbio, por certo, poderiam ser ajustadas sempre que fosse demonstrada a existência de transformações no lado real da economia, evitando-se, portanto, desvalorizações artificiais. Por outro lado, o FMI poderia ajudar países deficitários que tivessem problemas contingenciais, de modo a preservar o sistema estabelecido (CARVALHO [s.d.]).

Tal proposta, todavia, idealizava o funcionamento de um sistema monetário internacional com dois problemas essenciais.

2.3 A moeda mundial e o fim do privilégio exorbitante

O primeiro deles era que, nesse sistema, os Estados Unidos teriam o que Valéry Giscard d'Estaing chamou em 1960 de

“um privilégio exorbitante consistente na faculdade de financiar suas transações correntes com o restante do mundo mediante emissão monetária própria e de financiar suas necessidades orçamentárias em condições vantajosas, em virtude da demanda por ativos denominados em sua moeda.” (*apud* ALVARES, 2009, p. 50).

A possibilidade de financiar suas transações correntes mediante emissão monetária própria significaria que, assim como ocorreu com a Grã-Bretanha durante o padrão ouro-câmbio, os Estados Unidos seriam o único país do mundo com a possibilidade de pagar suas dívidas internacionais utilizando a própria moeda. Isso proporcionaria os mesmos benefícios de senhoriagem desfrutados outrora pela

Grã-Bretanha, que servem como grande incentivo para manter um déficit no balanço de pagamentos, política essa mantida até os dias de hoje pelos Estados Unidos.

Em termos simples, como o custo para fabricar um dólar é muito inferior do que um dólar vale, os Estados Unidos adquirem bens de outros países a um custo real extremamente baixo e muito menor do que o pago no mercado internacional. Com efeito, para o Brasil pagar uma dívida no valor de US\$500 milhões ele precisará produzir bens que possam ser vendidos no mercado internacional por US\$500 milhões, enquanto que para os Estados Unidos pagar uma dívida no mesmo valor bastará fabricar esse dinheiro, o que evidentemente terá um custo muito menor do que aquele arcado pelo Brasil.

Muitos, por certo, poderiam argumentar que se os Estados Unidos abusassem desse privilégio o dólar iria se desvalorizar em relação ao ouro, o que, por sua vez, poderia implicar perda de reservas que os obrigaria a adotar uma política econômica mais restritiva. No entanto, essa seria apenas uma das possibilidades. Com efeito, os Estados Unidos poderiam tanto exercer o seu poder político para que os outros países não trocassem suas reservas em dólar por ouro, tal como foi feito pela Grã-Bretanha, como poderiam seguir o exemplo desta num outro sentido, ou seja, abandonando seu laço com o ouro, de um modo a continuar implementando uma política de gastos financiada por emissão monetária. A última opção foi a escolhida, sendo que em 1971 o Presidente Nixon anunciou que estaria quebrando o acordo feito em *Bretton Woods*.

Seria ingenuidade, no entanto, pensar como Rothbard e atribuir o abandono dos Estados Unidos ao acordo simplesmente porque não teria mais capacidade de honrar seu compromisso de converter dólares em ouro. Ora, se os Estados Unidos tiveram poder político para descumprir um acordo tão importante para o sistema monetário internacional como o acordo de *Bretton Woods*, sem sofrer qualquer represália internacional, era porque tinham poder suficiente para impor “goela a baixo” seus dólares contra qualquer pretensão estrangeira de convertê-los em ouro.

A questão é, por certo, mais complexa, e se refere ao fato de os Estados Unidos terem adquirido uma posição de centralidade na rede monetária (COHEN, 2009, p. 25) que, embora tivesse sido fruto da constituição injusta do sistema monetário definido em *Bretton Woods*, era tida como um fato natural em 1971.

Ou seja, havia acontecido o que foi dito no tópico anterior quando foi exposto o modelo teórico das relações de poder no âmbito internacional.¹³

Sendo assim, a análise de Rothbard desconsidera que o abandono dos Estados Unidos ao acordo não lhe causaria nenhum ônus, pelo menos no curto prazo, mas apenas lhe atribuiria benefícios que lhe permitiriam se firmar como potência mundial (CARCHEDI, 1991, p. 278-279).

Em síntese, portanto, pode-se afirmar que a primeira vantagem que um país obtém ao internacionalizar sua moeda é poder importar produtos a um valor mais baixo do que os outros. Ele pode, por exemplo, comprar empresas em outros países, recursos naturais, e todo tipo de riqueza real imaginável, simplesmente ao custo de emissão de sua moeda. Por outro lado, esse benefício de senhoriagem somado ao fato de ter sua moeda como moeda de reserva internacional faz que o dinheiro pago pelas riquezas dos outros países retorne ao país emissor sob a forma de investimento em títulos públicos do tesouro. Isso porque o dólar recebido por um exportador chinês que exporta algo para os Estados Unidos, por exemplo, é trocado por yuans com o Banco Central da China, que, por sua vez, investirá esses dólares principalmente em títulos do tesouro dos Estados Unidos. Isso ocorre com os outros países provocando uma diminuição dos juros nos Estados Unidos. Sim, porque, como se sabe, um aumento da procura por títulos aumenta o preço destes, significando uma diminuição da taxa de juros, dado que o preço dos títulos varia de modo inversamente proporcional à taxa de juros.

Essa queda dos juros tem reflexos tanto no âmbito interno quanto no externo. No que se refere à economia interna, em tese, com os juros baixos é possível aumentar o investimento e o consumo até o ponto de se atingir o pleno emprego. Por sua vez, no que se refere ao âmbito externo, é possível ganhar com a arbitragem da taxa de juros. Se os Estados Unidos vendessem um título para o Brasil devendo honrá-lo daqui a um ano, por exemplo, nesse intervalo de tempo eles poderiam emprestar esse dinheiro numa taxa de juros suficiente para pagar o Brasil e ainda ter lucro.

13 É possível, contudo, que após a constituição de uma rede as relações de interdependência assimétrica fiquem tão arraigadas no corpo social a ponto de fazer com que, mesmo após o abandono das regras de conexão por um dos nós, os outros continuem a se conectar da mesma forma em relação a ele, tendo em vista o fato de o poder outrora sustentado por normas jurídicas ter se transformado num poder econômico autossuficiente, uma vez que os nós já absorveram aquelas relações como naturais ao sistema, embora isso não seja verdade.

Ocorre, contudo, que esse raciocínio é insuficiente para explicar o funcionamento do sistema atual, porque desconsidera a atuação do soberano privado. Com efeito, é insignificante a atuação direta dos Estados Unidos na economia por meio de bancos públicos ou empresas estatais. Na prática, esse país depende da arrecadação tributária e precisa que os agentes privados constituam empresas no seu território para que sua população tenha emprego. Todavia, os agentes privados ao ter acesso a uma taxa de juros baixa no mercado financeiro norte-americano não irão comprar empresas nos Estados Unidos, por causa dos altos salários, dos encargos trabalhistas e dos impostos sobre a renda.

Eles irão constituir a matriz de suas empresas num paraíso fiscal para não pagar impostos (PARADA FILHO, 2009) e suas fábricas, principalmente, nos países asiáticos com o fim de desfrutar dos benefícios da utilização de mão de obra escrava, existente em algumas regiões de forma clandestina. Igualmente, comprarão títulos em países como o Brasil, no qual os juros são altíssimos. Assim, devido à abertura econômica da China, que aceitou submeter sua população à exploração capitalista, e devido à necessidade de países como o Brasil de aumentar os juros para obter reservas de dólares, os benefícios de senhoriagem e a flexibilidade macroeconômica que outrora atribuíam aos Estados Unidos o *status* de superpotência mundial foram gradativamente transferidos para o soberano privado, que hoje assume posição predominante ao lado dos Estados nacionais, determinando, inclusive, as políticas destes.

Como o lucro dos investimentos do soberano privado vai parar num paraíso fiscal em vez de render tributos para os Estados Unidos, sua única possibilidade para sanar seus déficits impagáveis é a emissão de moeda, a qual enriquece mais o soberano privado, empobrece os países que possuem reservas em dólar e permite a criação de “bolhas financeiras” que não tardam em se transformar em crises financeiras internacionais que, por sua vez, prejudicam todo mundo.

É claro que muitas outras questões poderiam ainda ser analisadas, como um estudo mais detalhado das vantagens econômicas e políticas oriundas da internacionalização de uma moeda nacional, o que, todavia, transcenderia os limites deste trabalho.

Com efeito, o objetivo deste trabalho consiste apenas em mostrar que a internacionalização de uma moeda coloca o país emissor dessa moeda numa posição de centralidade e superioridade no sistema monetário internacional,

a qual é incompatível com o ideal de cooperação que pressupõe um sistema monetário fundado em relações de interdependência de natureza simétrica.

Nesse sentido, pode-se afirmar que numa sociedade cosmopolita não podem existir privilégios, pois o inevitável abuso destes trará como consequência a crise e a pobreza, inclusive para aqueles que abusam de seu poder exorbitante, ainda que esses poucos homens, os quais não se eximem de cultivar a escravidão, não sejam tão vítimas da miséria financeira quanto o é a maioria dos membros da família humana. Inobstante, são vítimas da pior forma de miséria que existe, qual seja, a miséria moral.

Portanto, o abuso do privilégio de financiar déficits orçamentários por meio de emissão da própria moeda trará mais cedo ou mais tarde inevitáveis problemas não apenas para o país que abusa desse poder, mas para a própria estabilidade do sistema monetário internacional.

Nesse sentido, urge reformular o sistema, implantando uma moeda mundial de reserva, em oposição à adoção de qualquer moeda internacional ou mesmo de alguma cesta de moedas, pois uma cesta de moedas internacionais apenas ampliaria o leque de países desfrutando de um privilégio exorbitante.

2.4 A moeda mundial como meio de cooperação

É pertinente começar este tópico perguntando se nossa opção será a Justiça ou o conflito. A internacionalização de uma moeda ou cesta de moedas gera privilégios exorbitantes que causam o enriquecimento de uma pequena parcela da população à custa da miséria de muitos. Esses muitos são trabalhadores submetidos ao trabalho escravo, pequenos e médios empresários vítimas de juros altos e de concorrência desleal; enfim: todos aqueles que não têm acesso ao mercado financeiro do país que emite uma moeda internacional; não podem constituir empresas em países que não respeitam os mínimos direitos fundamentais do homem; não podem sonegar tributos com o uso de paraísos fiscais, ou realizar arbitragem com os juros internacionais.

Por outro lado, certo é que a China e o Brasil, por exemplo, não são os únicos culpados pelas condições dos trabalhadores ou pelas altas taxas de juros cobradas. Tais políticas são na verdade consequência de um sistema organizado de forma

imperfeita, cujas deficiências são utilizadas hoje, sobretudo, pelo soberano privado, dado que mesmo os Estados Unidos já não se encontram numa posição muito favorável no cenário internacional.

O resultado disso é que enquanto os Estados nacionais atualmente estão em conflito, havendo receio de que exista uma guerra cambial que pode, inclusive, resultar numa guerra militar, o soberano privado continua a se enriquecer, independentemente das políticas econômicas adotadas pelos Estados. Com efeito, enquanto houver disparidades no sistema monetário internacional sempre haverá possibilidade de realizar arbitragem.

Enquanto existirem paraísos fiscais, grandes diferenças entre os Estados no que se refere à concessão de direitos trabalhistas e, principalmente, enquanto alguns países dispuserem de uma moeda internacional, sendo, por conseguinte, beneficiados por uma taxa artificialmente baixa de juros, bem como de condições privilegiadas para financiar seus déficits no balanço de pagamentos, sempre haverá exploração, que, em última instância, representa injustiça causadora de conflitos.

Nesse sentido, é necessário reconstruir a ordem econômica internacional de modo a alcançar a estabilidade, o que deve começar a ser feito por meio da reconstrução do sistema monetário internacional, que é o ponto nevrálgico da sociedade capitalista.

Urge, portanto, transformar o sistema monetário internacional conflitivo, que caracteriza a sociedade capitalista, num sistema monetário cooperativista, caracterizador de uma sociedade cosmopolita. Para que isso seja feito, todavia, impende-se reformular as instituições internacionais, criando-se um banco central mundial que administre as reservas dos países de modo a acabar com o ajuste assimétrico do balanço de pagamentos, promovendo um sistema monetário internacional baseado em relações de interdependência simétrica.

2.5 A função do Direito Cosmopolita na constituição de uma nova ordem mundial regida pelo princípio da interdependência

Ao contrário do que muitos talvez possam pensar, a criação de um sistema monetário internacional desenvolvido segundo relações de interdependência simétricas, fundado numa moeda mundial administrada por um banco central mundial, não é uma proposta inovadora, tal como recentemente lembrou a Presidenta do Brasil, Dilma Rousseff.

Com efeito, essa foi a proposta inglesa feita no acordo de *Bretton Woods* por John Maynard Keynes, que foi rejeitada por contrariar os interesses dos Estados Unidos, que na época estavam em posição de supremacia econômica. Infelizmente, a subordinação foi escolhida à cooperação, sem que o homem percebesse as consequências negativas disso para a humanidade.

Mesmo atualmente muitos ainda possuem uma mentalidade capitalista ultrapassada, voltada a subordinar os mais fracos. Isso está por detrás, por exemplo, da proposta do especulador George Soros de substituir o dólar por uma cesta de moedas. Isso seria, por certo, uma medida paliativa, inadequada a prover um sistema monetário internacional estável.

Com efeito, o segundo problema essencial da proposta americana, que também não seria alterado por meio da adoção de uma cesta de moedas de reserva, é que a referida proposta não solucionaria o problema do ajuste assimétrico que joga todo o ônus do ajuste do balanço de pagamentos para os países deficitários, sem impor obrigação alguma aos superavitários (CARVALHO [s.d.]). Se a renda de um país cresce, cresce também aquela parte da renda destinada às importações, o que pode provocar um déficit comercial no país que se encontra num processo de crescimento.

Num sistema econômico internacional voltado para a prosperidade, algumas coisas não podem ser aceitas como opções para solucionar o déficit causado pelo crescimento das importações. A primeira delas é a alta dos juros, pois, salvo naqueles casos nos quais a economia esteja sendo forçada num ponto acima do pleno emprego, a alta dos juros limita o crescimento econômico de forma injustificada.

A outra consiste na desvalorização da moeda para aumento das exportações, uma vez que isso prejudica os países vizinhos e pode causar uma guerra cambial, que, tal como se falou alhures, foi um dos fatores considerados como causa da Segunda Guerra Mundial. Enfim, o aumento de tributos impede a atualização do potencial econômico de um país, causando desemprego e pobreza. Sendo assim, qual seria a solução adequada à promoção da prosperidade internacional?

De plano, deve-se rejeitar a ideia da ortodoxia liberal de retornar ao padrão-ouro. Isso porque a expansão da capacidade produtiva não pode ser restringida por um elemento exógeno sem relação com a atividade econômica e passível de ser manipulado pelos agentes privados. Com efeito, não é a atividade econômica que deve se adequar aos meios de pagamento existentes, mas o volume dos meios de pagamento é que deve ser adequado ao desenvolvimento econômico.

Dever-se-ia, portanto, criar um meio de pagamento que não se confundisse com a moeda nacional de qualquer país, de modo a evitar a existência de privilégios exorbitantes que causam uma diferença de oportunidades entre as nações, ocasionando injustiça por meio da desigualdade. Além disso, a disponibilidade desse meio de pagamento deveria adequar-se ao comércio internacional e não restringir este de modo injustificado, tal como acontece num sistema baseado no padrão-ouro. Enfim, ao contrário de impedir que nações em crescimento se desenvolvam, um sistema voltado à prosperidade internacional deveria permitir que todos pudessem crescer num sistema de cooperação, tal como consta na declaração sobre o direito ao desenvolvimento.

Todos esses fundamentos estavam presentes na proposta inglesa elaborada por Keynes. Para satisfazer o pressuposto de se ter um meio de pagamento com liquidez adequada ao desenvolvimento do comércio internacional, Keynes propôs a criação de uma câmara de compensações internacionais (*International Clearing Union* [ICU]), que centralizaria todos os pagamentos referentes a exportações e importações de bens, serviços e ativos (CARVALHO [s.d.]). Os bancos centrais nacionais teriam reservas nessa câmara de compensação, centralizando o mercado de câmbio. Sendo assim, de um modo um tanto similar ao que acontece atualmente com o Convênio de Créditos Recíprocos, uma operação de exportação envolveria o recebimento das receitas de exportação por um banco no país do importador que repassaria esse valor para o banco central de seu país, o qual, por sua vez, transferiria esses recursos para a conta reserva

pertencente ao banco central do país do exportador, finalizando-se a operação com o recebimento do valor da exportação pelo exportador.

Uma diferença importante, contudo, entre a ICU proposta por Keynes e o CCR ou qualquer outra câmara de compensação é que a moeda de reserva não seria uma moeda nacional internacionalizada, como o dólar, mas uma moeda escritural não pertencente a qualquer nação soberana, mas a todas as nações, sendo, portanto, uma moeda mundial (CARVALHO [s.d.]).

Essa moeda, chamada por Keynes de *bancor*, seria apenas transacionada no âmbito da ICU, que, como autoridade monetária, poderia emití-la sempre que necessário pelas necessidades do comércio internacional. Ou seja, o sistema monetário seria um instrumento em prol da economia real, e não uma fonte de especulação que a destrói. Igualmente, tendo em vista que o *bancor* não pertenceria a nenhum Estado soberano, nenhuma nação gozaria dos privilégios exorbitantes de senhoriagem no âmbito internacional, bem como de condições desiguais de financiamento ocasionadas pela criação de uma demanda artificial por seus ativos. Ou seja, tal flexibilidade macroeconômica que Benjamin Cohen (2009, p. 29) considera ser um importante elemento de autonomia e poder para o país que emite uma moeda internacional não mais existiria, ou pelo menos não seria gerada por condições artificiais sem nexos com os fundamentos econômicos.

Mais importante ainda é que a proposta de Keynes permitiria que todos os países pudessem crescer num sistema de cooperação e de proveito mútuo. Para realizar tal intento, Keynes propôs que, em vez da imposição de restrições injustificadas aos países em crescimento, dever-se-ia corrigir os déficits desses países com o superávit dos países que estivessem mantendo sua economia abaixo do pleno emprego, de modo a fazer com que os superavitários também pudessem crescer.

Tal como foi afirmado, os Estados Unidos abusaram dos exorbitantes privilégios que lhes foram concedidos em *Bretton Woods* e ampliaram a exorbitância deles de forma unilateral em 1971, quando quebraram a palavra empenhada. De superavitários passaram a conviver com grandes déficits, enquanto países como a China acumulam superávits. O FMI, que outrora pressionava apenas os países deficitários, agora se rende a proposta de Keynes no sentido de pressionar os superavitários a importar (IMF, 2010). Por que só

agora o FMI mudou? Seria melhor que tivesse mudado antes, embora, como se diz no cotidiano: “Antes tarde do que nunca.”

A proposta keynesiana assume especial destaque no atual contexto, tendo em vista os resultados adversos da crise econômica para a criação e manutenção do pleno emprego. Com efeito, segundo a doutrina preconizada por Keynes, em momentos de incerteza a poupança tende a se acumular, havendo redução da demanda efetiva. Sendo assim, hoje seria essencial que países superavitários como a China diminuíssem seus superávits em prol do bem-estar de países que passam por dificuldades. Não obstante, será que o modo como o sistema monetário internacional está organizado serve de incentivo para o aumento do consumo externo chinês? Quem garante que, se a China e os demais países superavitários começarem a incentivar as importações, os Estados Unidos, assim que recuperarem seu crescimento, não tornarão a abusar de seus privilégios exorbitantes? É muito difícil que os superavitários adotem uma postura de cooperação sem que seja construído um novo sistema monetário justo e voltado à prosperidade, de um modo semelhante ao idealizado por Keynes.

Enquanto o sistema não for reformulado, não haverá incentivos para a cooperação internacional, permanecendo a instabilidade, que inevitavelmente gerará crises cada vez maiores. Por outro lado, a construção de um sistema monetário justo está exclusivamente nas mãos dos governantes, dependendo exclusivamente de sua vontade, pois as transformações requeridas são de cunho institucional. Ou a humanidade muda seus valores competitivos e hierárquicos em prol dos valores da cooperação e interdependência por vontade própria, ou terá de mudar por meio do sofrimento gerado pela guerra e pela pobreza.

3 Conclusão

A justiça social entre os cidadãos dos Estados nacionais e a justiça entre os povos é a única forma de o homem atingir a paz. Por outro lado, não é possível estabelecer a justiça no âmbito interno sem que exista justiça entre os povos, pois os países, da mesma forma que os cidadãos de um Estado nacional, são interdependentes. Infelizmente, contudo, o cultivo de valores como o da concorrência, característico do capitalismo, e o da hierarquia, compartilhado tanto pelo capitalismo quanto

pelo comunismo, tornou as relações de interdependência entre os seres humanos assimétricas, gerando miséria, conflitos sociais, guerras, reificação do ser, confusões entre o ser o ter e, sobretudo, a substituição do amor a si e ao próximo por um egoísmo infrutífero causador de ruína e infelicidade.

Sendo assim, é preciso construir uma nova realidade social, substituindo esses valores anacrônicos pelos valores da tolerância, da liberdade individual, da autodeterminação dos povos, da cooperação, do proveito mútuo, de modo a transformar a assimetria em simetria nas relações de interdependência entre os membros da família humana. Para que isso seja possível, todavia, é preciso reconstruir não apenas a estrutura básica interna dos Estados nacionais, mas a estrutura básica da sociedade internacional, uma vez que o poder dos Estados entendidos isoladamente não pode superar o poder assimétrico causador de injustiça que emerge das relações de interdependência entre as unidades constitutivas do sistema internacional.

Nesse sentido, a violação dos direitos humanos em países do continente africano e asiático, por exemplo, não pode ser atribuída apenas aos países desses continentes, pois, embora esses países violem esses direitos de forma direta, a responsabilidade por essas violações é de todo sistema internacional, tal como percebeu Thomas Pogge. Esse sistema internacional, por sua vez, não pode ser reduzido apenas aos Estados e organizações internacionais, uma vez que os agentes privados representados pelas grandes empresas transnacionais possuem poder semelhante a essas instituições, determinando, não raro, a política dos Estados.

Nesse contexto é que surge o Direito Cosmopolita como instrumento para alcançar a paz por meio da Justiça. Entre os seus fundamentos está o princípio da tolerância, que é a resposta para os problemas gerados pelas diferenças de ordem cultural e religiosa existentes tanto no âmbito interno dos Estados quanto no âmbito internacional. O princípio da tolerância do Direito Cosmopolita leva a liberdade individual e a diversidade de formas de vida a sério, respeitando todas as formas de manifestações existenciais possíveis, desde que não sejam impostas aos seres humanos. Nesse sentido, cada um é apenas senhor de si mesmo e jamais senhor do próximo. Isso vale para as relações entre os indivíduos em sua esfera privada e para as relações entre os indivíduos e o Estado, bem como para as relações entre os próprios Estados.

Portanto, o teórico do Direito Cosmopolita assume uma função mais complexa e sofisticada do que o tradicional teórico positivista, que se ocupa apenas da leitura superficial dos textos jurídicos. O teórico do Direito Cosmopolita deve analisar o Direito sempre consoante sua referida função, o que lhe trará o encargo da interdisciplinaridade e a satisfação de dialogar com seus amigos filósofos, sociólogos, economistas, e com o povo de modo geral, sempre buscando medidas que possam ser transformadas em leis, de modo a construir ou reformar instituições no sentido da justa distribuição de direitos e deveres, a fim de eliminar o conflito e atingir a paz perpétua.

Na contemporaneidade, uma das medidas necessárias para alcançar a justiça entre os povos, impedindo a possibilidade de uma catastrófica terceira guerra, é o estabelecimento de uma moeda mundial de reserva. O estabelecimento dessa moeda, contudo, deve se dar consoante os fundamentos do Direito Cosmopolita, os quais se encontram positivados em vários documentos internacionais, como a Carta das Nações Unidas, a declaração da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o direito ao desenvolvimento, a Declaração sobre os Princípios da Tolerância, entre outros.

A proposta de Keynes, rejeitada no acordo de *Bretton Woods*, embora elaborada muito antes do surgimento da declaração sobre o direito ao desenvolvimento e do pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais, adéqua-se a muitos dos fundamentos do Direito Cosmopolita contidos nesses documentos, pois possibilita a construção de um sistema monetário internacional fundado no princípio da interdependência, da cooperação e do proveito mútuo. Cabe aos economistas verificar até que ponto tal proposta poderia ser melhorada, de modo a se adequar ao atual contexto econômico. Cabe, porém, ao jurista cosmopolita verificar até que ponto uma proposta de reforma do sistema monetário internacional se adéqua aos seus fundamentos de justiça, que, por óbvio, podem ser considerados normas de *jus cogens*. Portanto, urge reconstruir as estruturas institucionais segundo princípios de justiça cosmopolita, de modo a obter uma nova ordem mundial, que promova a paz e elimine a pobreza, trazendo todos os membros da família humana para uma nova vida de unidade em meio à diversidade.

Referências

- ALEXY, Robert. La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático. *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, Madrid, v. 8, p. 21-42, jan. 2000.
- ALVARES, Jefferson Siqueira de Brito. O Fim do Privilégio Exorbitante. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 49-63, dez. 2009.
- BEITZ, Charles. *Liberalismo Internacional e Justiça Distributiva*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n47/a03n47.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2011.
- CAPELLA, Juan Ramon. *Fruta Prohibida*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.
- CARCHEDI, Guglielmo. *Frontiers of political economy*. London: Verso, 1991.
- CARVALHO, Fernando Cadim de. *Bretton Woods aos 60 anos*. (s. d.). Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/moeda/pdfs/bretton_woods_aos_60_anos.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2011.
- COHEN, Benjamin. Currency and State Power. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 15-49, dez. 2009.
- DECLARAÇÃO sobre o direito ao desenvolvimento. (1986). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/spovos/lex170a.htm>>. Acesso em: 5 ago. 2009.
- DECLARAÇÃO de Princípios sobre a Tolerância. (1995). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/paz/dec95.htm>>. Acesso em: 9 out. 2010.
- HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND – IMF. *Reserve Accumulation and International Monetary Stability*. (2010). Disponível em: <<http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2010/041310.pdf>>. Acesso em: 8 Abr. 2010.

KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua**. Tradução de Bárbara Kristensen. Rio de Janeiro: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.

KEOHANE, Robert. **Neorealism and its critics**. New York: Columbia University Press, 1986.

MENGER, Carl. **Principles of economics**. New York: University Press, 1981.

PACTO internacional sobre direitos econômicos sociais e culturais. (1992). Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm>. Acesso em: 9 set. 2010.

PARADA FILHO, Américo Garcia. **Os Estados Unidos e a conversão de sua dívida**. (2009). Disponível em: <<http://www.cosif.com.br/publica.asp?arquivo=20090328complexoviralatas>>. Acesso em: 5 abr. 2011.

POGGE, Thomas. **World Poverty and Human Rights**. (s.d.[a]). Disponível em <<http://www.law.georgetown.edu/faculty/events/userfiles/file/LawPhilosophy/Fall%202008/Pogge%20World%20Poverty%20and%20Human%20Rights.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2010.

_____. **Recognized and Violated by International Law: The Human Rights of the Global Poor**. (s.d.[b]). Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/issues/poverty/expert/docs/Thomas_Pogge_new.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2011.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1971.

_____. **The Law of Peoples**. Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

ROTHBARD, Murray. **As crises monetárias mundiais**. (s. d.). Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=258>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações: Investigação sobre sua natureza e suas causas**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

Alcance do Conceito de Administração Pública para Efeito de Incidência de seus Princípios Constitucionais

Leandro Sarai*

1 Introdução. 2 Aspecto objetivo da Administração Pública – A atividade administrativa. 3 Aspecto subjetivo da Administração Pública – A noção de servidor público. 4 Análise crítica dos conceitos apreendidos. 5 Conclusão.

Resumo

Realiza estudo do conceito de Administração Pública sob o aspecto objetivo e sob o aspecto subjetivo, focando, neste último caso, na noção de servidor público. Verifica que Administração Pública, de acordo com os conceitos correntes, é algo subordinado, de mera execução da lei. Efetua avaliação crítica dos conceitos correntes, frente a uma análise sistemática de dispositivos constitucionais. Sustenta que a Constituição deve ser interpretada de modo a conferir mais efetividade a suas normas. Propõe mais abrangência desses conceitos para efeito de uma incidência mais ampla dos princípios constitucionais da Administração Pública.

Palavras-chave: Administração Pública. Servidor público. Conceitos. Princípios da Administração Pública. Máxima efetividade das normas constitucionais.

* Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Procurador do Banco Central do Brasil em São Paulo. Ex-procurador do município de Barueri (SP).

Abstract

Performs a study of the concept of Public Administration both under the objective and subjective aspects, focusing, in the latter case, the notion of public servant. Verifies that the Public Administration, according to current concepts, is something subordinate which just executes the law. Performs a critical evaluation of current concepts by a systematic analysis of constitutional standards. Maintains that the Constitution should be interpreted so as to provide greater effectiveness to its standards. Proposes greater coverage of these concepts to a broader impact of the constitutional principles of Public Administration.

Keywords: Public Administration. Public servant. Concepts. Principles of Public Administration. Maximum effectivity of the constitutional norms.

1 Introdução

A Administração Pública recebe amplo tratamento na Constituição Federal, que lhe concede um capítulo inteiro.

Sua adequada conceituação gera repercussão em todo sistema normativo (BASTOS; BRITTO, 1982, p. 13), seja em razão do fato de a Constituição estar no ápice do ordenamento jurídico (BASTOS; BRITTO, 1982, p. 6), seja em razão de sua alta carga principiológica (BASTOS; BRITTO, 1982, p. 65).

Com base nisso, no presente artigo será estudado inicialmente o conceito de Administração Pública que predomina na doutrina.

Conforme o entendimento que se tenha acerca do que seja Administração Pública, isso implicará reflexos tanto no conceito de servidores públicos quanto na própria atividade administrativa.

Como se verá, esse conceito pode ser visto sob o ponto de vista objetivo, relacionado à atividade exercida pela Administração Pública, bem como sob o aspecto subjetivo, que englobaria os órgãos e agentes encarregados da atividade administrativa.

Daí, serão necessárias algumas palavras sobre essa atividade administrativa e acerca dos servidores públicos.

Com esses conceitos apreendidos, será feita uma verificação se eles estão adequados à incidência dos princípios da Administração Pública.

Essa aferição será feita pelo método de interpretação sistemática e pelo método hermenêutico da máxima efetividade ou “efetividade ótima” (SILVA, 2005, p. 131) das normas constitucionais.

Por meio dessa análise, pretende-se demonstrar que o conceito vigente de Administração Pública se mostra um tanto quanto restrito, na medida em que não abarca os atos e agentes políticos, provocando, por decorrência, a isenção destes da obediência aos princípios da Administração Pública.

Essa conclusão, salvo melhor juízo, não condiz com uma análise sistemática da Constituição e afronta um dos métodos de interpretação que prega a busca do sentido que garanta maior eficácia às normas constitucionais (BARROSO, 1996, p. 267), ainda que, para isso, seja necessário alterar-lhes o sentido original.

2 Aspecto objetivo da Administração Pública – A atividade administrativa

É conveniente ressaltar que a expressão “Administração Pública” envolve dois sentidos: um, normalmente chamado de subjetivo, orgânico ou formal, segundo o qual essa expressão compreenderia as pessoas jurídicas, seus órgãos e agentes que executam a atividade administrativa; outro, conhecido como objetivo, material, operacional ou funcional, compreendendo a atividade empreendida por esses últimos (CAETANO, 1977, p. 25; MEIRELLES, 2001, p. 59; MELLO, 2008, p. 32; CRETELLA JÚNIOR, 1966, p. 24).

A propósito da definição de Administração Pública como atividade, eis lição de Lucia Valle Figueiredo (2006, p. 34):

A função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob regime prevalecente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com o auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes, revisíveis pelo Judiciário.

José Cretella Júnior (1966, p. 27) a conceitua como “atividade que o Estado

desenvolve, através de atos concretos e executórios, para a consecução direta, ininterrupta e imediata dos interesses públicos.”

Já para Seabra Fagundes (1975, p. 17), “administrar é aplicar a lei de ofício.”

Há na doutrina a preocupação em mostrar a relação entre a Administração Pública e os poderes constituídos.

Nessa linha, Themistocles Brandão Cavalcanti (1964, p. 51) aponta que não estariam abrangidas as funções típicas do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, ou seja, de legislar e de julgar, conforme se nota em sua definição:

Finalmente, quando se fala em administração, devem-se compreender, a nosso ver, todos os órgãos que executam os serviços do Estado, excluídos, apenas, os judiciários e legislativos.

A noção merece ser considerada porque ela importa na integração, no aparelho do Estado, de numerosos serviços apenas tutelados ou controlados pelo Estado e que integram o seu aparelho administrativo.

Mas não somente no sentido formal, como conjunto de órgãos pode ser considerada a administração. Pode também ter um sentido de atividade, conjunto de tarefas orientadas para a movimentação da burocracia estatal, em seu sentido mais amplo, compreendendo no conceito de MERKL todas aquelas que não sejam nem judiciárias nem legislativas.

Embora Themistocles Brandão Cavalcanti (1964, p. 49) admita que a Administração esteja predominantemente no Poder Executivo, ele tenta evitar uma certa confusão entre a Administração e o Governo:

Há, no entanto, uma esfera de atividades que, embora seja da exclusiva atribuição do poder executivo, órgão por excelência da administração, não pode ser incluída rigorosamente dentro da administração propriamente dita: é o Governo, isto é, a função política.

O emprego da palavra **governo** deve ser feito em sentido restrito, compreendendo apenas um conjunto de atividades políticas, ou uma certa maneira de agir, dentro de uma esfera em que o interesse e a conveniência são preponderantes.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 35-36), a melhor forma de sintetizar as funções do Estado seria considerar os elementos que o próprio ordenamento jurídico apresenta relativamente a cada uma.

Esse autor assere que a função administrativa seria exercida “normalmente pelo Poder Executivo e seus sujeitos auxiliares e, atipicamente, por órgãos de outros Poderes” (MELLO, 2008, p. 36).

Essa última posição parece ser a predominante na doutrina, chegando alguns autores a dizer que as três funções seriam: legislativa, judiciária e administrativa (e não executiva) (MEDAUAR, 2008, p. 45; CARVALHO FILHO, 2008, p. 2).

O entendimento de que a Administração seria uma das três funções do Estado não é privativo da doutrina nacional, como se vê em Bielsa (1964, p. 179-180).

Segundo Hely Lopes Meirelles (2001, p. 60), a Administração Pública teria nítido caráter subordinado e de mera execução da lei.

Regis Fernandes de Oliveira (2007, p. 45), embora aponte a atividade administrativa, por ele chamada de função administrativa, como subordinada à lei, admite expedição de decretos fundados diretamente na Constituição.

A Administração Pública, vista como atividade, é manifestada comumente por meio dos atos administrativos.

De forma simples, os atos administrativos são o atos jurídicos praticados pela administração.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 378) os conceitua como

declaração do Estado (ou de quem lhe faça as 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.

Esse autor (MELLO, 2008, p. 377), além de mencionar atos praticados por particulares em nome da Administração (concessionárias de serviço público), aparta o ato administrativo de outros atos que seriam praticados pela Administração, tais como aqueles regidos pelo Direito Privado (contrato de aluguel), os atos materiais (ministério de uma aula, uma cirurgia) e os atos políticos ou de governo.

Verifica-se, portanto, que prevalece na doutrina a noção segundo a qual: *i*) a Administração Pública seria subordinada aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, apartando-se dos atos políticos ou de governo; *ii*) ela estaria presente predominantemente no Poder Executivo; e *iii*) consistiria na simples execução da lei, estando a ela subordinada.

Essa forma de compreender a Administração Pública repercute nos agentes que praticam a atividade administrativa, como se vê a seguir.

3 Aspecto subjetivo da Administração Pública – A noção de servidor público

Ainda que, sob o aspecto subjetivo, a expressão Administração Pública tenha abrangência sobre todos os entes e órgãos estatais, o presente tópico se restringirá ao conceito de servidor público, que é, em última análise, o responsável pela materialização da atividade administrativa.

Da mesma forma que não há uma uniformidade na conceituação de Administração Pública, também não há a respeito da definição de servidor público (MEDAUAR, 2008, p. 260).

De acordo com a Constituição, servidor público seria a expressão correspondente a agente público (MEDAUAR, 2008, p. 260-261), utilizada para designar os ocupantes de cargo público (JUSTEN FILHO, 2006, p. 579-582).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p. 283), conquanto mencione o sentido amplo de servidor público, abrangendo “todos os indivíduos que estão a serviço remunerado das pessoas jurídicas de direito público”, sustenta que, em sentido estrito, seria “a pessoa física que presta serviços aos **entes de direito público**, sujeita a um **regime estatutário**, o que corresponde à denominação, anteriormente vigente e de geral aceitação, de **funcionário público**, assim chamado em razão da **função pública** que deveria desempenhar, hoje banida da nomenclatura constitucional.” (MOREIRA NETO, 2006, p. 288) (grifos do autor).

Por sua vez, José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 559) aduz que seriam

todos os agentes que, exercendo com caráter de permanência uma função pública em decorrência de relação de trabalho, integram o quadro

funcional das pessoas federativas, das autarquias e das fundações públicas de natureza autárquica.

Nota-se a tendência de enquadrar o conceito de servidor público como espécie de agente público, que, por sua vez, abrangeria, entre outras, a espécie agente político (CARVALHO FILHO, 2008, p. 555-558; MOREIRA NETO, 2006, p. 284).

Agente político compreenderia aqueles cargos do mais alto escalão de cada Poder, tais como os parlamentares no Legislativo, os magistrados no Judiciário e os chefes e seus respectivos subordinados imediatos no Executivo, investidos de parcela do Poder Público prevista constitucionalmente (MOREIRA NETO, 2006, p. 284; MEIRELLES, 2001, p. 78; GASPARINI, 1993, p. 43).

O que importa salientar é o fato de o servidor público ser, segundo a maioria dos autores consultados, o agente subalterno encarregado da atividade administrativa (MEIRELLES, 2001, p. 80), que não se confunde com os chamados agentes políticos (DI PIETRO, 2001, p. 422; GASPARINI, 1993, p. 41).

Como se vê, a partir do momento em que se conceitua Administração como algo subordinado e infralegal, seus agentes, por conseguinte, terão o mesmo nível de autonomia.

4 Análise crítica dos conceitos apreendidos

Segundo Augustín Gordillo (*apud* SUNDFELD, 1996, p. 125), os conceitos devem descrever o Direito. Não é o Direito que tem que se amoldar aos conceitos. Não é o objeto que deve se adequar à ciência que o estuda.

Se o estudo do Direito deve partir da norma, a Constituição Federal mostra-se como o primeiro material a ser apreciado.

De acordo com a Constituição vigente, podem-se trilhar dois caminhos para a definição de Administração Pública.

O primeiro é aquele adotado pela doutrina majoritária, que enquadra a Administração como conjunto de entes subordinados aos Poderes, presente predominantemente no Executivo, que exerce a atividade infralegal consistente

na prestação material de atendimento ao interesse público, por meio de atos praticados pelos agentes administrativos.

Essa linha de entendimento pode implicar alguns inconvenientes.

Em primeiro lugar, verifica-se que a Constituição dedicou um capítulo inteiro à Administração Pública, o que é curioso quando se considera que se trata de mero componente subordinado.

A partir daí, foram descritos os princípios da Administração Pública, no *caput* do art. 37.¹

Na seção II desse capítulo, constam as normas relativas aos servidores públicos.

Tudo isso está dentro do título III da Constituição, relativo à “Organização do Estado” (BRASIL, 1988), que não trata apenas do Poder Executivo.

Dentro ainda da primeira corrente referida, o termo mais abrangente para tratar das pessoas exercentes da atividade da Administração Pública seria “agente público”, expressão que abarcaria os agentes políticos, os servidores públicos típicos (ocupantes de cargos públicos), os empregados públicos e os particulares colaboradores com a Administração (requisitados, voluntários, contratados e concessionários ou permissionários).

Reunindo-se essas ideias, tem-se que a Administração Pública é subordinada aos Poderes constitucionais, que são exercidos pelos os agentes políticos. Administração Pública seria conceito que não abrangeria atos políticos, de governo, e também, com veemência, não abarcaria as leis e as decisões judiciais.

Diante desse conjunto de ideias a que leva o primeiro caminho trilhado, questiona-se: os atos ditos políticos não passariam pelo crivo dos princípios da Administração Pública? Poderiam os agentes políticos criar leis imorais ou os magistrados proferirem decisões ilegais ou mesmo imorais? Poderiam ser ineficientes?

Parece que a conclusão a que esse caminho leva é que, de fato, os princípios da Administração Pública não seriam aplicáveis aos Poderes, aos agentes políticos e aos atos típicos de cada Poder, como as leis, as decisões judiciais e os atos políticos.

1 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

Mas não tem sentido a previsão constitucional de princípios para a defesa do administrado em face dos agentes meramente subordinados e a ausência de limites claros e bem definidos em relação aos subordinantes, os efetivos exercentes do poder delegado pelo povo, em relação aos quais mais cautelas deveria haver para proteção em face de abusos.

Queria o poder constituinte originário realizar essa limitação apenas com a relação dos direitos fundamentais e com a tripartição dos Poderes?

“Deve o direito ser interpretado inteligentemente não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões insubsistentes ou impossíveis.” (MAXIMILIANO, 2003, p. 136).

Por isso, mostra-se mais atraente um segundo caminho interpretativo, segundo o qual a **Administração Pública seria o próprio exercício do poder delegado pelo povo.**

Daí que a leitura da expressão “a administração pública [...] de qualquer dos Poderes” prevista no art. 37, *caput*, da Constituição, em vez de significar a existência de Administração Pública abaixo de cada Poder, poderia ser feita no sentido de que o objeto da Administração seriam os Poderes, ou seja, os Poderes é que seriam administrados.

A administração ou exercício desses Poderes, como primeira medida de defesa do povo, foi repartida em três, conforme art. 2º da Constituição.²

O delineamento das funções básicas de cada Poder está descrito na Constituição (BRASIL, 1988) nos arts. 48, 49, 50, 51, 52 e 70 (para o Poder Legislativo), no art. 84³ (para o Poder Executivo) e nos arts. 102, 105, 108, 109, 114 e 124 (para o Poder Judiciário).

Já se parte do pressuposto de que a função típica do Poder Legislativo seja legislar e de que a do Judiciário seja julgar. Mas o Poder Executivo tem como função típica executar, que não se confunde com administrar.

Verifica-se que o Poder Executivo possui funções bem definidas, que o distinguem dos demais Poderes, funções essas que não são necessariamente aquelas comumente definidas como Administração Pública.

2 “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

3 Entre suas competências, pode-se citar entre outras a participação no processo legislativo, a regulamentação e execução das leis, a participação na nomeação de autoridades do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas e a declaração de guerra e de paz.

As competências materiais descritas na Constituição, como, por exemplo, as do art. 21⁴, são desempenhadas pelo Executivo, quando não forem atinentes à legislação.

Prosseguindo nessa linha de raciocínio, nenhum agente do Estado, independentemente de sua esfera de governo, do Poder a que pertença ou de seu nível hierárquico, ficaria fora do alcance dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Todos seriam considerados servidores públicos, como afirma Odete Medauar (2008, p. 260-261).

Essa concepção mais abrangente da Administração Pública não é nova.

Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, p. 24-33), a “**ação administrativa**” seria composta pela “**ação executiva**” e pela “**ação legislativa**”, de modo que as ações do Estado seriam classificadas em administrativa e jurisdicional (grifos do autor). Menciona esse autor (MELLO, 1979, p. 39) que Léon Duguit e Mário Marzagão também incluíam a ação legislativa dentro da administrativa.

Aliás, como refere José Cretella Júnior (1966, p. 25), há autores para quem “**administração é sinônimo perfeito de governo**, compreendendo as três funções jurídicas do Estado (legislação, justiça e administração).” (grifos do autor).

Adotando-se o entendimento de que qualquer exercente de parte do Poder Estatal esteja sujeito à incidência dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, haveria, em tese, maior efetividade das normas constitucionais.

Avançando nessa linha, a título de ilustração, a legalidade deveria ser tida também num sentido mais amplo, abrangendo o respeito dos atos infralegais pela lei e a observância de todos os atos estatais em relação à Constituição.

Levando às últimas consequências a pretensão interpretativa ora exposta, pode-se afirmar que não só um ato do Poder Executivo, mas mesmo uma lei ou uma decisão judicial não podem ser imorais, secretas (em regra) ou ineficientes.

Na mesma esteira, esses atos não podem ser emanados tendo em vista as características pessoais de seu destinatário com a finalidade de beneficiá-lo ou prejudicá-lo com base em um discrimine sem razoabilidade; em suma, não podem ferir o princípio da impessoalidade.

4 Nesse artigo estão basicamente uma série de serviços públicos de interesse nacional, cuja lógica não recomenda que sua prestação fique a cargo dos estados ou municípios, como, por exemplo, a emissão de papel-moeda.

Assim, todo ato estatal é subordinado à lei e fundamentalmente à Constituição. Todo agente a serviço do Estado é servo da Constituição e das leis, é servidor público.

A interpretação aqui adotada conforma-se com o princípio da efetividade das normas constitucionais (BARROSO, 1996, p. 267).

A busca da máxima eficácia constitucional decorre de princípio básico da interpretação constitucional, lembrado por Celso Ribeiro Bastos (1990, p. 99-100):

Um segundo princípio básico de interpretação é o de que na Constituição não devem existir normas tidas por não jurídicas. Todas têm de produzir algum efeito. Com mais rigor ainda afirma Jorge Miranda, citando lição de Thoma: “A uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê” (Manual de direito constitucional, t. 2, p. 224).

Esse princípio também é apresentado por Inocêncio Mártires Coelho (*apud* SAIGG, 2010), que defende a obtenção da máxima carga de eficácia normativa, principalmente em relação aos direitos fundamentais, sem prejuízo de eventual conciliação quando houver conflitos com outros valores defendidos pela Constituição.

Não há nenhum motivo para estranhamento com o que se aponta no presente artigo, já que, ao que tudo indica, até mesmo o Supremo Tribunal Federal já vem reconhecendo, por exemplo, que mesmo os atos legislativos estão sujeitos aos princípios da Administração Pública:

EMENTA: – DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DIREITO ADQUIRIDO (ART. 5º, INCISO XXXVI, DA CF). PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO. [...] 2. Essa **inconstitucionalidade, aliás, foi reconhecida com base nos artigos 37, caput (princípio da moralidade)**, 202, II, 201 e seguintes da CF, no princípio da temporariedade dos cargos eletivos, no da insubmissão dos Vereadores ao Regime Jurídico Único a que se sujeitam os servidores públicos (art. 39), e no da incompetência do Município para instituir sistema previdenciário “em desconformidade com o modelo nacional por ser da competência privativa da União legislar sobre previdência” [...]. (grifei).

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 35, DE 20 DE DEZEMBRO DE 2006, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. ACRÉSCIMO DO ART. 29-A, *CAPUT* e §§ 1º, 2º E 3º, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS GERAIS E TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO SUL-MATO-GROSSENSE. INSTITUIÇÃO DE SUBSÍDIO MENSAL E VITALÍCIO AOS EX-GOVERNADORES DAQUELE ESTADO, DE NATUREZA IDÊNTICA AO PERCEBIDO PELO ATUAL CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. GARANTIA DE PENSÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE, NA METADE DO VALOR PERCEBIDO EM VIDA PELO TITULAR. [...] 4. **Afronta o equilíbrio federativo e os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade dos gastos públicos** (arts. 1º, 5º, *caput*, 25, § 1º, 37, *caput* e inc. XIII, 169, § 1º, inc. I e II, e 195, § 5º, da Constituição da República). [...]. (grifei).

Vale ressaltar que no julgamento do HC nº 102094MC/SC, citado no Informativo de jurisprudência do STF nº 597 (BRASIL, 2010), o Ministro Celso de Mello utilizou o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade, decorrente do postulado do devido processo legal em sua dimensão material, para considerar inconstitucional ato legislativo que cominou pena mais grave para delito mais leve e puniu mais severamente delito de menor gravidade. Nesse mesmo julgado, também foi utilizada a teoria do desvio de poder para reconhecer a invalidade da lei.

Ainda que a Constituição, em sua redação original, não tivesse o sentido que ora se apresenta à expressão Administração Pública, a realidade imporia alteração de seu significado para que se maximizasse sua eficácia como um todo.

Celso Ribeiro Bastos e Samantha Meyer-Pflug (2005, p. 145-146) defendem a alteração do sentido das normas constitucionais para adequá-las à realidade, fenômeno chamado de “mutação constitucional silenciosa”:⁵

A constituição pode ser alterada, precipuamente, de duas formas: pela edição de uma emenda à constituição ou por meio da atividade interpretativa. Na primeira via há uma alteração formal do texto constitucional através de acréscimo, alteração ou supressão de um

5 Expressão cunhada por Canotilho, segundo os autores.

determinado dispositivo. Já a interpretação revela-se como um meio eficaz e moderno de alteração constitucional, sem que para tanto seja necessário levar-se a efeito qualquer espécie de alteração no texto da norma jurídica. A interpretação dá vida à letra morta da norma jurídica, conferindo dinamismo ao sistema normativo.

Mais adiante (BASTOS; MEYER-PFLUG, 2005, p. 161):

Assevera Celso Bastos:

“É certo que mesmo sem haver uma mutação formal da norma constitucional a sua compreensão muda, em virtude da constante evolução da sociedade. Mas isso se dá com uma direção precisa, e não em qualquer sentido. Em outras palavras, não se trata do produto de uma força incontrolável e desconhecida, que a tudo e a todos poderá atingir.

“Pelo contrário, diz respeito apenas à interpretação da norma no momento atual. É dizer, a norma em seu sentido formal, abstratamente formulada, permanece a mesma, sem sofrer qualquer tipo de alteração. O que sofre mutação é o sentido atribuído a esta norma, ou, melhor dizendo, os valores que vão ser agregados a ela é que não permanecem sempre os mesmos, pois evoluem com o decorrer do tempo e de sociedade para sociedade. Isso se torna possível em virtude da generalidade e abstratividade de que são dotadas as normas jurídicas, e que possibilitam a sua adaptação às novas realidades fáticas, proporcionando assim dinamismo ao sistema normativo.”

Assim, a inclusão de todos os agentes e atividades do Estado sob o conceito de Administração Pública apresentaria a vantagem de garantir a maior incidência dos princípios que lhe são próprios.

Isso pode ser admitido, seja partindo da premissa de que tal interpretação decorre do próprio sentido original da Constituição, seja alterando esse sentido para adequá-lo à necessidade de se controlar ao máximo os abusos do poder.

Ressalte-se, todavia, que a máxima eficácia não pode atender apenas partes do texto constitucional, mas o todo orgânico da Constituição, chegando-se a um sistema harmônico, sem “contradições, antagonismos e antinomias”, como ensina Celso Ribeiro Bastos (1990, p. 99), que prega a busca de uma “vontade unitária” da Constituição.

Tendo isso em mente, não se ignora que a alteração do significado de Administração Pública implicará a necessidade de revisão de todo o

sistema normativo, buscando harmonizar os demais conceitos, tais como ato administrativo e serviço público, entre outros, empreitada essa que não é comportada nos limites deste artigo.

Para o presente trabalho, em que o objetivo é apenas verificar a adequação do alcance que é dado à expressão Administração Pública, pode-se concluir que sua restrição a algo ancilar e subordinado, que represente a mera execução da lei, enfraquece a carga de eficácia dos princípios da Administração Pública, indo de encontro a uma interpretação sistemática da Constituição e contrariando o princípio da máxima efetividade de suas normas.

Conclusão

O conceito vigente de Administração Pública, seja sob o enfoque subjetivo, seja sob o prisma objetivo, traça uma noção de algo subordinado e ancilar, de mera execução da lei.

Essa concepção se reflete nos conceitos daí decorrentes, tais como na definição de ato administrativo e mesmo de servidor público.

Essa linha de entendimento acaba por retirar da incidência dos princípios da Administração Pública parcela importante de agentes detentores de poder estatal, como os agentes políticos e seus respectivos atos, chamados atos políticos ou de governo.

Não há sentido em dedicar todo um capítulo da Constituição para tratar da Administração Pública, arrolando uma série de princípios a ela aplicáveis, se se considera que ela seria mera atividade ou conjunto de órgãos subordinados a agentes do Poder.

Com efeito, se preocupação há com a atuação de meros agentes subordinados, maior razão haverá para limitar a atuação dos agentes detentores de maior parcela de Poder.

Por isso, o conceito de Administração Pública deve abranger qualquer sujeito de direito que pratica ato em nome do Estado. Em razão disso, todo ato assim praticado está sujeito aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

A Administração Pública, destarte, não é um conjunto de órgãos e atividades presente dentro e abaixo de cada Poder. É, em vez disso, o exercício do poder delegado pelo povo, incluindo o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário, exercício que deve ser subordinado aos princípios da Administração Pública.

A adoção dessa linha de entendimento, ainda que demande modificação do sentido original da expressão Administração Pública contida na Constituição, garante maior alcance aos princípios nela presentes, alinhando-se com uma interpretação sistemática de suas normas, bem como com o princípio hermenêutico da máxima efetividade.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso (Coord.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BIELSA, Rafael. **Derecho administrativo**. 6. ed. t.1. Buenos Aires: La Ley, 1964.
- CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964. v. 1.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo.**

Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. 1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 12. ed. São Paulo: RT, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo.** v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

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

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo.** 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso (Coord.). **Interpretação constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

Autolimitações Administrativas: considerações sobre o dever de coerência da Administração Pública

Lucio Picanço Facci*

*1 Introdução. 2 Princípio de proibição ao comportamento contraditório.
3 Paradigmas do Direito Administrativo na contemporaneidade.
4 Teoria das autolimitações administrativas. 5 Conclusão.*

Resumo

Objetiva examinar a existência, na realidade brasileira, de um dever jurídico de coerência administrativa na perspectiva da tutela da confiança do cidadão-administrado. Para tanto, partimos da análise dos fundamentos normativos que justificariam a oponibilidade do princípio de proibição ao comportamento contraditório no âmbito das relações jurídico-administrativas no Direito brasileiro; empreendemos estudo a respeito dos paradigmas que informam a atuação da Administração Pública na contemporaneidade; apresentamos uma teoria das autolimitações administrativas, seus pressupostos e instrumentos de aplicação; e, ao final, concluímos que o princípio de proibição de comportamento contraditório incide também na esfera das relações de Direito Público, sendo vedado ao Poder Público que, ante os mesmos elementos de fato, adote entendimentos contraditórios ou em desacordo com os precedentes anteriormente firmados em sede administrativa.

* Mestrando em Sociologia e Direito na Universidade Federal Fluminense (UFF). Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Procurador Federal. Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

Palavras-chave: Proibição de comportamento contraditório. Autolimitações administrativas.

Abstract

This study aims to examine the possibility of applying the principle of prohibition to the contradictory behavior in the sphere of legal-administrative relations. The study will build on the analysis of the legal and normative foundations of the nemo potest venire contra factum proprium in the Brazilian law, the role of the Public power in the contemporaneity, taking into account the redefinition of the paradigms of the administrative law under the new constitutional order and the affirmation of the citizens as the main focus of contemporaneity Brazilian Administrative Law, and the study of the theory of administrative self-limitations, the specific conjectures for the opposability of the principle to the Public power and the sub theories of the specific acts and the administrative precedents, instruments of the materialization of nemo potest venire contra factum proprium in Public Administration.

Keywords: *Contradictory behavior. Administrative self-limitations.*

1 Introdução

O objetivo do presente estudo é examinar a possibilidade de incidência do princípio de proibição ao comportamento contraditório no âmbito das relações jurídico-administrativas na perspectiva da proteção da confiança legítima depositada pelo cidadão.

A matéria não vem sendo explorada com muita frequência pela doutrina¹ e jurisprudência nacionais. Os estudos a respeito do dever jurídico de coerência são, em sua maioria, construídos a partir de uma concepção civilista, destinados a resolver

¹ Cabe, aqui, registrar dois importantes estudos publicados recentemente no Brasil especificamente sobre o assunto: o artigo de Alexandre Santos Aragão (2006, p. 231-244) e o livro de Valter Shuenquener de Araújo (2009). Este último contém as principais ideias defendidas pelo autor em sua tese de Doutorado apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

problemas gerados nas relações estritamente privadas. Há, no Brasil, poucos estudos que tratam do assunto especificamente sob o enfoque das relações de Direito Público.

Neste trabalho, irei abordar, inicialmente, o princípio de proibição ao comportamento contraditório de maneira geral, examinando o atual estágio do ordenamento jurídico pátrio a respeito do assunto, os fundamentos que amparam a aplicação do princípio, bem como sua instrumentalização jurídica e formas de tutela.

Após, analisarei o papel do Poder Público na contemporaneidade a partir da redefinição dos paradigmas do Direito Administrativo decorrentes da nova ordem constitucional, da afirmação do cidadão-administrado na condição de foco do Direito Administrativo brasileiro contemporâneo, bem como dos limites constitucionais à autotutela administrativa.

A partir das formulações teóricas a respeito da proibição de comportamento contraditório ao Poder Público, bem como da definição do atual papel da Administração Pública, examinarei a possibilidade de incidência de proibição de comportamento contraditório no espaço das relações jurídico-administrativas a partir do estudo da teoria das autolimitações administrativas, dos pressupostos específicos para a oponibilidade do princípio ao Poder Público, bem como das subteorias dos atos próprios e dos precedentes administrativos, instrumentos de materialização do dever jurídico de coerência da Administração Pública e, por conseguinte, da tutela da confiança legítima dos administrados.

2 Princípio de proibição ao comportamento contraditório

Não há no ordenamento jurídico brasileiro – incluindo-se aí a vigente Constituição da República (CRFB/88) – dispositivo legal que regule expressa e especificamente um princípio geral de proibição ao comportamento contraditório. Tal circunstância, entretanto, não impõe a conclusão de que não se poderia cogitar, no cenário jurídico brasileiro, o referido princípio. A ausência de norma expressa está apenas a exigir uma investigação mais profunda para justificar sua aplicabilidade em nosso país, cabendo ao intérprete e aplicador das normas jurídicas – seja o magistrado, seja o administrador público –, ao fazer

incidir o princípio,² apontar os fundamentos que lhe conferem juridicidade, a saber: solidariedade social, segurança jurídica, boa-fé objetiva, tutela da confiança, todos decorrentes da dignidade humana, fundamento que alicerça “todos os direitos constitucionalmente consagrados” (ANDRADE, 1998, p. 102).

A CRFB/88 elegeu como um dos seus **objetivos** a solidariedade social (art. 3º, I, última parte). Dessa cláusula pode-se extrair um dos fundamentos constitucionais da vedação de agir contraditoriamente. Com efeito, ao erigi-lo ao patamar constitucional, a vigente Constituição da República atribuiu ao princípio da solidariedade social não apenas o sentimento de identificação com os problemas de outrem, que leva as pessoas a se ajudar mutuamente, mas, especialmente, impôs a todos o **dever** de consideração da posição alheia no universo das relações jurídicas.

Assim, tendo sido formulado como um meio de se impedir que o comportamento incoerente fira a legítima confiança das pessoas, o *nemo potest venire contra factum proprium* significa instrumento de densificação do objetivo constitucional de solidariedade social, havendo “direta vinculação entre a solidariedade social e o princípio de proibição ao comportamento contraditório” (SCHREIBER, 2007, p. 107).

Outro fundamento de índole constitucional do *nemo potest venire contra factum proprium* é o princípio da segurança jurídica,³ erigida a princípio e valor constitucional pela vigente Constituição da República, que consagra a inviolabilidade à segurança no *caput* do seu art. 5º (compreendendo, como espécie, indubitavelmente, a segurança nas relações jurídicas), e assevera em seu preâmbulo que a instituição de um Estado democrático se destina também a assegurar-lá.⁴ A proibição de agir contraditoriamente vai ao encontro da exigência

2 A partir do abandono histórico do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo jurídico, as reflexões sobre eticidade e a incidência dos valores e princípios passam a ocupar mais intensamente o pensamento jurídico. Sobre a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de sua relação com os valores e regras, *vide* Barroso (2007, p. 1-39). Sobre o *status* de princípio jurídico do instituto da proteção da confiança, *vide*, por todos, Araújo (2009, p. 105).

3 Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2005, p. 79), “[t]rata-se, portanto, a **segurança jurídica**, de um **megaprincípio do Direito**, o cimento das civilizações, que, entre outras importantes derivações relevantes para o Direito Administrativo, informa o **princípio da confiança legítima**, o **princípio da boa-fé objetiva**, o instituto de **presunção de validade** dos atos do Poder Público e a **teoria da evidência**.” (grifos do autor).

4 Como já tivemos a oportunidade de assinalar alhures, não é destituída de importância a inclusão da segurança jurídica no preâmbulo da Constituição, posto que esse revela os valores que inspiraram o constituinte originário na elaboração da Lei Maior (FACCI, 2009, p. 229). Nessa pauta, vale repisar lição de Paulino Jacques (1958, p. 97-98) no sentido de que “o preâmbulo, como vimos, não contém normas, regras objetivas de direito, mas, tão-somente, princípios, enunciados teóricos, de caráter político, filosófico ou religioso, que integram a Constituição. Se as normas contidas nos artigos do estatuto supremo constituem, por assim dizer, o corpo da Constituição, é bem de ver que os princípios que se enunciam no

comum de estabilidade das relações jurídicas, porquanto a possibilidade de frustrar legítimas expectativas contraria o anseio coletivo pela paz social e frustra a própria finalidade do Direito, que é a de promovê-la.

Além dos referidos fundamentos constitucionais, a proibição do comportamento contraditório tem por fundamento a boa-fé objetiva, instrumento de tutela da confiança legítima, princípio previsto no vigente Código Civil (CC/2002) em seus arts. 113 e 422. Conforme assevera Valter Shuenquener de Araújo (2009, p. 34), o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da proteção da confiança “possuem um estreito parentesco”. O Código Civil revogado, na sua Parte Geral, não aludia uma única vez à boa-fé, nem mesmo como regra de interpretação dos negócios jurídicos. A boa-fé era apenas considerada como um preceito ético e por isso deveria estar aninhada na mente das pessoas e não no texto legal. A boa-fé não era, assim, entendida como um conceito jurídico, mas apenas um conceito ético, pertencente ao mundo da moral, e, portanto, era considerada apenas no seu aspecto **subjetivo**. Não se cuidava de uma regra obrigatória de conduta, não consubstanciava um dever jurídico.

Pelo novel diploma, a interpretação dos negócios jurídicos será feita conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (art. 113, CC/2002), ou seja, a boa-fé foi erigida a regra de hermenêutica dos negócios jurídicos. Além de encerrar uma regra de interpretação, a boa-fé objetiva foi alçada pelo vigente estatuto civil também como dever jurídico de comportamento das partes (art. 422, CC/2002), segundo a qual, em todo e qualquer contrato, e ao longo de toda a sua execução, as partes são obrigadas a guardar a mais estreita transparência e probidade, o que já não constitui regra de hermenêutica, mas sim de conduta, vale dizer, norma de agir, verdadeiro comando aos contratantes. A boa-fé passa a ser uma cláusula geral implícita de todo e qualquer negócio jurídico. A terceira e última função atribuída pelo novel diploma a boa-fé objetiva consiste em servir o preceito como limitador dos direitos subjetivos, impedindo o seu exercício abusivo.⁵ Com efeito, a concretização da teoria do abuso de direito impõe a consideração de que os direitos subjetivos são limitados por seu fim econômico ou social, pelos bons costumes e, principalmente, pela boa-fé

preâmbulo, são o seu espírito. ‘Não é uma peça inútil ou de mero ornato na construção dela – sustentava João Barbalho – as simples palavras que o constituem, resumem e proclamam o pensamento primordial e os intuídos dos que a arquitetaram (Comentário à Constituição Federal, p. 2).’”

5 Sobre a tríplice função da boa-fé objetiva, *vide* Farias e Rosendal (2007, p. 511).

(art. 187 do CC/2002). Nessa pauta, cumpre registrar segura lição de Heloísa Carpena, (2002. p. 394), *litteris*:

[A]o condicionar o seu exercício a parâmetros de boa-fé, bons costumes e à finalidade socioeconômica, o legislador submeteu os direitos – individuais e coletivos – aos valores sociais que estes conceitos exprimem. [...] Todo e qualquer ato jurídico que desrespeite tais valores, ainda que não seja ilícito por falta de previsão legal, pode ser qualificado como abusivo, ensejando a correspondente responsabilização.

Todos e tais princípios, aqui identificados como fundamentos jurídicos para a proibição de comportamento contraditório, convergem para a concretização da dignidade humana, inscrita como fundamento da República no inc. III do art. 1º da Constituição Federal vigente. Encerra a dignidade da pessoa humana não apenas um critério de revelação de direitos implícitos, como também um critério exegético para interpretação dos direitos fundamentais já constantes da Constituição. Tal princípio informa todos os direitos e deveres inscritos no ordenamento e, consecutivamente, condiciona a atividade do Poder Público, ao qual compete não apenas respeitar a dignidade humana, mas, para além desse dever, cumpre conferir máxima efetividade ao princípio. Nesse sentido, asseverou Daniel Sarmento (2000, p. 59-60), *in verbis*:

O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado.

A aplicação do princípio da vedação ao comportamento contraditório pressupõe a ocorrência cumulativa de quatro eventos: *i*) uma conduta inicial – o *factum proprium*; *ii*) a confiança legítima de outrem na preservação do sentido objetivamente extraído do *factum proprium*; *iii*) o comportamento contraditório em relação ao sentido objetivo da conduta inicial; e *iv*) dano efetivo ou potencial.⁶

6 Neste sentido, Schreiber (2007, p. 132). Araújo (2009, p. 82) aponta para a exigência de quatro condições essenciais para o emprego do “princípio da proteção da confiança”: *i*) base da confiança; *ii*) existência subjetiva da confiança; *iii*) exercício da confiança por meio de atos concretos; e *iv*) comportamento estatal que frustre a confiança.

Muito embora a doutrina tenha cunhado a expressão *factum proprium* para se referir à conduta inicial, obviamente que a locução não quer referir, como induz o primeiro vocábulo, aos fatos jurídicos em sentido estrito, isto é, aos eventos da natureza. O que se exige, para a instrumentalização jurídica do princípio de proibição de comportamento contraditório, é que tenha havido um comportamento inicial, oriundo da vontade.

A atuação do princípio da proibição ao comportamento contraditório pressupõe a existência da confiança legítima de outrem na preservação do sentido objetivo do *factum proprium*. Para que se conclua pela existência desse pressuposto, faz-se indispensável aferir se houve adesão à conduta inicial e, portanto, se foi criada a legítima expectativa de preservação do sentido desse comportamento.

Diz-se que a confiança deve ser **legítima**, isto é, deve decorrer naturalmente, razoavelmente, da conduta inicial. Assim, nos casos em que, ao tempo da prática da conduta, o agente do comportamento enuncia ou objetivamente sugere que poderá modificá-la, ou quando, desde a sua realização, espera-se que a conduta inicial provavelmente não se confirme, não haverá legítima confiança, podendo haver, isto sim, má-fé (ou mesmo ingenuidade excessiva) de quem alega haver criado fundada expectativa.

A incidência do *nemo potest venire contra factum proprium* pressupõe, ainda, que ocorra de fato a contrariedade em relação ao sentido objetivo de uma conduta anterior, geradora de confiança legítima em outrem. Em outras palavras: deve ser perquirido se houve a ruptura da confiança em razão do comportamento contraditório. Segundo Jesús González Pérez (1999, p. 207-208), a contradição com a conduta anterior se situa dentro da ideia de incompatibilidade, definida de acordo com o critério imperante na consciência social. O exame deve ser objetivo, desconsiderando-se a intenção do agente das condutas: desde que a incompatibilidade gere a quebra da confiança legítima, estará atendido o pressuposto do comportamento contraditório para efeitos de aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium*. O objeto da tutela do princípio, assim, não é propriamente a coerência entre os comportamentos, mas, sim, a confiança que a conduta inicial provocou, preservando-se a lealdade entre o agente e o destinatário da conduta. Elucidativo, nesse sentido, o magistério de Judith Martins-Costa (2004, p. 110), *in verbis*:

Na proibição do *venire* incorre quem exerce posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente, verificando-se a ocorrência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo o primeiro (o *factum proprium*) contrariado pelo segundo. Consiste, pois, numa vedação genérica à deslealdade.

Além da conduta inicial, da confiança legítima e do comportamento contraditório, mais um pressuposto deve ser atendido para operar a incidência do *nemo potest venire contra factum proprium*: o dano efetivo ou potencial em decorrência da quebra da confiança. Sem dano latente, não há o que se impedir; sem prejuízo concreto, nada haverá a ser reparado. Assim, a incompatibilidade entre comportamentos e a ruptura da confiança só justificam a atuação do princípio se houver dano ou ameaça de dano a outrem imputável ao comportamento contraditório. Compreendem-se na ideia de **dano** tanto a lesão **patrimonial**, decorrente da redução na esfera patrimonial, quanto a **moral**, isto é, imaterial e psicológica, derivada da violação à dignidade humana.

Visto que tanto o dano **potencial** – isto é, o dano latente, que se encontra na iminência de ocorrer – quanto o **efetivo** ensejam a incidência do princípio de proibição ao comportamento contraditório, pode-se dizer que duas são as formas da tutela operada pelo princípio sob esse ângulo: **preventiva** ou **repressiva**.

Indubitavelmente que a forma **preventiva**, decorrente da aplicação do princípio ante a ameaça de dano, é a mais eficaz, tendo em vista que, nesse caso, não terá ocorrido concretamente qualquer prejuízo. Aqui, o *nemo potest venire contra factum proprium* irá incidir para impedir que o comportamento contraditório seja praticado. Essa espécie de tutela se funda, portanto, na ameaça ao direito. Processualmente, essa modalidade de pretensão poderá ser deduzida por meio de ações inibitórias específicas, previstas pelo ordenamento jurídico (de que é exemplo o mandado de segurança preventivo), nada impedindo a utilização de ação inibitória genérica, fundada no art. 5º, XXXV, da CRFB/88.⁷

Questão tormentosa para a efetivação da tutela inibitória – isto é, nas demandas cujo objeto seja prevenir a futura lesão – é relativa à prova da demonstração da probabilidade de ocorrência do dano ou mesmo do ato contrário ao direito. Nessa hipótese, será sempre necessária a comprovação de uma conduta concreta que

7 Confira-se, por todos, Marinoni e Arenhart (2004, p. 343).

esteja a pôr em risco o direito do autor. Usando os mesmos critérios utilizados por Caio Tácito (1960, p. 220) para a utilização do mandado de segurança preventivo, pode-se afirmar que a probabilidade de ocorrência do dano demonstra-se a partir de “atos preparatórios ou indícios razoáveis, a tendência de praticar atos, ou omitir-se a fazê-lo, de tal forma que, a conservar-se este propósito, a lesão de direito se torne efetiva.” José dos Santos Carvalho Filho (2002, p. 815), ao também cuidar dos critérios objetivos para a admissibilidade do mandado de segurança na modalidade preventiva, fixa diretrizes que podem seguramente ser utilizadas para aferir se a prática do comportamento contraditório deve ou não ser impedida. Nas palavras do ilustre administrativista,

o primeiro deles é o da **realidade**, pelo qual o impetrante demonstra realmente que o ato vai ser produzido; o outro é o da **objetividade**, segundo o qual a ameaça de lesão deve ser séria, não se fundando em meras suposições; o último é o da **atualidade**, que indica que a ameaça é iminente e deve estar presente no momento da ação, não servindo, pois, ameaças pretéritas e já ultrapassadas.⁸ (grifos do autor).

A tutela **repressiva** será necessária nas hipóteses em que a conduta contraditória houver provocado o dano efetivo, nada havendo a se impedir. No Direito contemporâneo, que privilegia a execução específica e a concreta satisfação dos interesses, a tutela repressiva deve ser utilizada subsidiariamente, apenas nos casos em que a forma **preventiva** não tenha mais utilidade, isto é, quando a inibição ou o desfazimento da conduta que se pretendeu impedir não seja mais viável ou torne impossível o retorno ao *status quo ante*.

8 Em se tratando de mandado de segurança, já houve polêmica acerca da hipótese em que, impetrado o competente mandado de segurança preventivo, a autoridade, ainda assim, praticasse o ato que se visava impedir. Havia, nesses casos, quem defendesse ter perdido a impetração seu objeto com a simples prática do ato pelo Poder Público. O impetrante, de acordo com esse entendimento, deveria modificar a modalidade da garantia impetrada, ajuizando, portanto, novo mandado de segurança, na espécie repressiva. A jurisprudência atual, no entanto, atendendo à lógica e aos postulados do Direito Processual brasileiro, notadamente aos princípios da efetividade, da instrumentalidade e da economia processual, considera que o mandado não ficará prejudicado caso praticado o ato que se visa impedir, “devendo este ser anulado e desconstituído na hipótese de concessão da segurança” (MEIRELLES, 2001, p. 24). O eminente autor ainda relaciona julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido do texto (RMS 5.051-3-RJ, Relator o Ministro Ari Pargendler, RSTJ 75/165; RMS 6.130-RJ, Relator o Ministro Édson Vidigal, RSTJ 119/566). Para maior aprofundamento do assunto, veja-se Facci (2004, p. 42-44). Obviamente que a mesma solução deve ser observada nos casos de aplicação do princípio de proibição de comportamento contraditório na modalidade preventiva em que, posteriormente, seja concretamente praticada a conduta que se procurou impedir.

3 Paradigmas do Direito Administrativo na contemporaneidade

Thomas Kuhn (1994), ao publicar seu famoso estudo sobre a forma como evolui a ciência, formulou a proposição teórica segundo a qual o conhecimento não progride evolutiva e pacificamente, mas, sim, por rupturas, por grandes saltos, por profundas alterações de paradigmas, entendidos estes últimos como pré-compreensões que integram o **pano de fundo da linguagem**. Tal pano de fundo decorre de práticas sociais que a sociedade realiza cotidianamente sem se aperceber delas e que conformam o modo próprio de olhar, de crer. É com a mudança das condições paradigmáticas tradicionais que ocorrem as revoluções científicas e, conseqüentemente, o progresso da ciência.

No campo do Direito Administrativo, a nova interpretação decorrente dos princípios constitucionais consagrados pela CRFB/88 representou importante ruptura com as antigas concepções teóricas aplicadas a esse ramo da ciência jurídica, até então impregnadas de formulações mais comprometidas com a preservação da autoridade da Administração Pública do que com a realização plena do Estado democrático de Direito. Com efeito, a evolução histórica do Direito Administrativo resulta da tensão dialética entre a lógica da autoridade (poder) e a lógica da liberdade (direitos individuais).⁹

A vigorante Constituição, ao firmar como fundamento da República a dignidade humana, enunciar extenso rol – registre-se: não taxativo (§ 2º do art. 5º da CRFB/88) – de princípios e garantias fundamentais e dedicar diversas normas à disciplina da Administração Pública, impôs uma releitura das antigas categorias jurídicas até então forjadas para afirmar, por exemplo, a supremacia do interesse público sobre o privado, a restrita vinculação positiva do administrador às leis infraconstitucionais e a impossibilidade de controle judicial do mérito administrativo. Nesse sentido é a assertiva de Luís Roberto Barroso (2009, p. 374-375), *in verbis*:

Por fim, mais decisivo que tudo para a constitucionalização do direito administrativo, foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais – não apenas os específicos, mas sobretudo os de

9 No sentido do texto, Binenbojm (2007, p. 500-501).

caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais.

A doutrina administrativista clássica reiteradamente se refere à supremacia do interesse público sobre o interesse particular como “verdadeiro axioma reconhecível no Direito Público” (MELO, 2002, p. 41), “objetivo primacial da Administração” (MEIRELLES, 2000, p. 43) e “grande princípio informativo do Direito Público” (GASPARINI, 2007, p. 20).¹⁰ A concepção a respeito do princípio parte da premissa de que o interesse público não se confundiria com os interesses pessoais dos integrantes da sociedade, sendo que o primeiro estaria necessariamente identificado com a ideia de bem comum, coletivo, devendo prevalecer sobre o interesse individual, particular, egoístico.

Todavia, com o processo de constitucionalização do Direito Administrativo – experimentado, a rigor, por todos os ramos do Direito¹¹ –, que impôs o respeito e o cumprimento pela Administração Pública dos valores erigidos a mandamentos constitucionais tais como dignidade humana, justiça material, segurança, isonomia, bem-estar social etc., a realização do interesse público, muitas vezes, consistirá exatamente na tutela de interesses privados, de forma que esse amálgama conceitual formado pelo que se supõe ser interesse público, coletivo ou privado impeça que se possa cogitar de uma supremacia *a priori* de um sobre o outro (BINENBOJM, 2008, p. 308-311). Nesse sentido adverte Fernando Gama de Miranda Netto sobre o cuidado que deve ser observado para a adequada aplicação do art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que alude expressamente ao “interesse público” como princípio da Administração Pública. Para o eminente Professor, a expressão “encerra conceito jurídico indeterminado” (MIRANDA NETTO, 2009, p. 124).

Não compartilho da ideia de que exista, no ordenamento, princípio que estabeleça a supremacia incondicional e apriorística de um valor, princípio ou direito sobre outros. Com efeito, partindo da premissa teórica de Ronald Dworkin (2000; 2002), segundo a qual há apenas uma única decisão correta para cada

10 No mesmo sentido, veja-se Cretella Junior (1972, p. 39).

11 A esse respeito, veja-se, por todos, Barroso (2009, p. 360-394).

caso, à Administração Pública incumbe, consideradas todas as circunstâncias de fato, o dever de extrair qual o “interesse” a ser tutelado na hipótese enfrentada, considerando-se não apenas a inequívoca unicidade e irrepetibilidade de cada caso, mas, sobretudo, a complexidade do ordenamento jurídico, composto de princípios e regras, de forma que a ordem jurídica deve ser reconstruída de todas as perspectivas possíveis com o propósito de alcançar a norma adequada capaz de produzir justiça material em cada caso específico.

Além disso, não se pode olvidar que o direito à igualdade (art. 5º, *caput* e I, da CRFB/88) incide também sobre as relações entre a Administração Pública e os particulares. Não se pode, assim, favorecer um grupo em detrimento de um grupo menor ou de apenas um indivíduo simplesmente sob o vago argumento do bem comum. A **isonomia**, assim como todos os direitos fundamentais, densifica o valor da dignidade da pessoa humana, alçado pela vigorante Constituição Federal a fundamento da República (art. 1º, III).¹²

A constitucionalização do Direito Administrativo impôs, ainda, uma reformulação do princípio da legalidade estrita, passando a significar tal formulação que o administrador não está apenas positivamente vinculado às leis infraconstitucionais, mas também e principalmente aos princípios e regras constitucionais. A legalidade administrativa, assim, consiste em mais um princípio inserido no âmbito dos princípios e regras constitucionais, dos quais, inegavelmente, também é destinatário o administrador público, competindo-lhe o dever de, mesmo na ausência de regra legal específica – tendo em vista a força normativa dos princípios constitucionais –, materializar as normas constitucionais no caso concreto, em ordem a atender aos postulados de cidadania, solidariedade e, principalmente, justiça material, objetivos perseguidos, por mandamento constitucional, pela vigorante República Federativa do Brasil. Esse fenômeno tem levado parcela da doutrina a aludir a um princípio da **constitucionalidade** ou da **juridicidade** (BARROSO, 2009, p. 375-376; BINENBOJM, 2008, p. 311-313).

12 Diversos dispositivos constitucionais materializam o princípio da dignidade da pessoa humana, de que são exemplos, além da regra da igualdade, os direitos de acesso à educação, à justiça, a proibição de confisco, a vedação à prática de tortura, entre muitos outros. Nessa pauta, cabe ressaltar que os direitos sociais consagrados no texto constitucional, também materializadores da dignidade humana, impõem prestações positivas ao Poder Público com vistas a sua plena realização, sendo que, entre eles, o direito fundamental à saúde se destaca pela especial relevância e gravidade: é pressuposto essencial para o pleno gozo e obtenção dos demais direitos fundamentais.

Até mesmo o princípio da eficiência, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, no *caput* do art. 37 da vigente Constituição, modificou a ideia de legalidade adotada no antigo modelo burocrático segundo a qual a legalidade era o parâmetro definitivo acerca da validade de um ato da Administração Pública, restando em segundo plano a efetividade, isto é, o resultado prático de tal ação. O novo modelo de Estado deixa de controlar o procedimento legal em favor da **qualidade dos resultados** efetivamente obtidos pela conduta do Poder Público. Nesse sentido é a contundente lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2005, p. 106), *litteris*:

Realmente, com o desenvolvimento dos conceitos da administração pública gerencial, que revelam grande influência do pragmatismo do direito público anglo-saxônico, passou-se a reconhecer não ser o bastante praticar-se (sic) atos que, simplesmente, estejam aptos a produzir os resultados dele esperados, o que atenderia ao conceito clássico de eficácia. Exigiu-se mais, que esses atos devam ser praticados com tais **qualidades** intrínsecas de excelência, que possibilitem logra-se o **melhor atendimento possível das finalidades** para ele previstas em lei. (grifos do autor).

A nova ordem constitucional impôs, ainda, releitura da decantada regra da impossibilidade de controle judicial do mérito administrativo, eis que seria esse privativo da própria Administração Pública e não se submeteria à interferência do Poder Judiciário (CARVALHO FILHO, 2002, p. 749). Com a constitucionalização do Direito Administrativo, não se concebe mais a existência de liberdade decisória da Administração Pública infensa ou mesmo livre da incidência das regras e princípios constitucionais.¹³

Essas transformações vivenciadas pelo Direito Administrativo – que não se limitam aos fenômenos referidos neste tópico – decorrem do reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, cujos valores, princípios e regras se irradiam por todo o ordenamento jurídico. A Constituição, assim, “outrora

13 Segue-se, aqui, posição defendida em Binenbojm (2008, p. 314-316). No mesmo local, assevera o autor que existem **graus de vinculação à juridicidade**, conforme sejam os atos administrativos vinculados por regra (vinculação maior), por conceitos jurídicos indeterminados (vinculação intermediária) ou diretamente por princípios (vinculação menor). Daí decorre que o grau de controlabilidade judicial dos atos administrativos deverá ser proporcional ao grau de vinculação da Administração Pública à juridicidade. Além disso, nas hipóteses em que, pela alta complexidade e especificidade da matéria, careça o Poder Judiciário de parâmetros seguros e objetivos para aferir a juridicidade do ato administrativo, menor deverá ser o controle exercido.

um documento meramente simbólico e desprovido de força normativa, veio a se materializar e tornar-se operativa” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 180), impondo a redefinição dos paradigmas até então isoladamente construídos pelos diversos ramos do Direito.

A inequívoca modificação dos pressupostos teóricos do Direito Administrativo pela Constituição Federal de 1988 implicou uma mudança do foco principal da atuação da Administração Pública, antes calcada no melhor interesse do Estado e agora direcionada à realização plena da cidadania, alçada pela vigente Constituição Federal a fundamento da República (art. 1º, II, da CRFB/88).

Com essa mudança de perspectiva, o Direito Administrativo deixa de conferir maior atenção aos poderes unilaterais do Estado e aos atributos do ato administrativo para direcionar o seu campo de estudo, principalmente, à incidência dos princípios constitucionais nas relações jurídico-administrativas e ao dever de observância pelo Poder Público dos direitos fundamentais do cidadão-administrado. A partir da nova ordem constitucional, o objeto de investigação do Direito Administrativo contemporâneo passa a ser fundamentalmente a relação entre a Administração Pública e os administrados.

Sobre a mudança de perspectiva do Direito Administrativo imposta pela vigente Constituição, cumpre registrar inspirada síntese da publicista Patrícia Baptista (2007, p. 547-548), *in verbis*:

Com efeito, de um direito administrativo calcado sobre as premissas da unilateralidade, da imperatividade e da supremacia de um interesse público ditado essencialmente pela própria Administração, evoluiu-se – pois, inequivocamente, tratou-se de uma evolução – para um direito administrativo marcado pela ascensão do cidadão-administrado à condição de objeto central dos cuidados da disciplina e submisso aos princípios e direitos fundamentais. A Administração cedeu sua vez ao cidadão como foco principal das preocupações do direito administrativo.¹⁴

Esse novo enfoque, no plano teórico, do Direito Administrativo corresponde, no plano prático, ao efetivo respeito pelo Estado dos direitos dos cidadãos,

14 Recentemente assinalou o Supremo Tribunal Federal que “todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos.” (ADPF 130/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Britto, Fonte: DJe-208 6/11/2009).

apoiando-se sempre no pressuposto de que o ser humano é um **fim** em si mesmo e nunca mero **meio** para atingir objetivos coletivos ou outros individuais. Assim, deve o Poder Público materializar, nas relações jurídico-administrativas, valores como democracia, moralidade, dignidade humana, consagrados pelo texto constitucional.

Como decorrência do dever de observância de tais imperativos constitucionais pela Administração Pública, exsurge o princípio da cidadania como afirmação do cidadão-administrado como o “protagonista político e jurídico do Estado” (MOREIRA NETO, 2005, p. 79), significando que ao cidadão cumpre não apenas exercer o papel de definir os fins, meios e limites das ações do Poder Público, como, principalmente, ser o destinatário imediato dessas ações. Nessa direção, o constitucionalismo contemporâneo reclama a democracia como exigência de efetiva participação dos sujeitos constitucionais, que passam a ocupar cumulativamente e de forma mais concreta os papéis de criadores e beneficiários das normas jurídicas.¹⁵

No campo da hermenêutica, caminhando ao encontro do dever de aplicação das leis de forma compatível com as necessidades sociais, não se pode deixar de mencionar a importância da mutação constitucional como técnica consistente na nova interpretação conferida às normas constitucionais sem que tenha havido modificação do seu texto. De fato, como adverte Luís Roberto Barroso (2007, p. 13), “a norma jurídica fornece ao intérprete apenas um início de solução, não contendo, no seu relato abstrato, todos os elementos para determinação do seu sentido.” Essa técnica, adotada pela Suprema Corte brasileira,¹⁶ consubstancia exemplo contundente do dever de observância às aspirações sociais para a justa aplicação do ordenamento jurídico.

Os novos paradigmas do Direito Administrativo impuseram, ainda, uma releitura dos parâmetros para o legítimo exercício pelo Estado de anular seus próprios atos ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de prévia autorização pelo Poder Judiciário. Esse poder, conhecido como autotutela administrativa, está consagrado em duas súmulas da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, as quais, em síntese,

15 Cumpre, nessa pauta, registrar assertiva de Jürgen Habermas (1997, p. 139), para quem “a co-originariedade da autonomia privada e pública somente se mostra quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos.” (grifei).

16 HC-QO 86009/DF; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator(a): Min. Carlos Britto; DJ 27/4/2007, p. 67.

afirmam que a Administração Pública pode anular os seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.¹⁷

Considerando-se que tais enunciados foram editados pela Suprema Corte brasileira antes da Constituição Federal de 1988, atualmente se reconhece que não apenas os direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos ou coisa julgada (art. 5º, XXVI, da CRFB/88), encerram limites do exercício da autotutela administrativa, sendo certo que a nova ordem constitucional impôs ao Poder Público novos parâmetros para o desempenho válido dessa prerrogativa, tais como os princípios da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da CRFB/88), da tutela à confiança legítima (art. 5º, *caput*, da CRFB/88), da motivação dos atos administrativos (art. 93, X, da CRFB/88), entre outros. Nesse sentido é o magistério doutrinário de Almiro do Couto e Silva (1988, p. 11-29), *litteris*:

É interessante seguir os passos dessa evolução. O ponto inicial da trajetória está na opinião amplamente divulgada na literatura jurídica de expressão alemã do início do século de que, embora inexistente, na órbita da Administração Pública, o princípio da *res judicata*, a faculdade que tem o Poder Público de anular seus próprios atos tem limite não apenas nos direitos subjetivos regularmente gerados, mas também no interesse em proteger a boa-fé e a confiança (*Treue und Glauben*) dos administrados. [...]

Esclarece Otto Bachof que nenhum outro tema despertou maior interesse do que este, nos anos 50, na doutrina e na jurisprudência, para concluir que o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pelo da impossibilidade de anulamento, em homenagem à boa-fé e à segurança jurídica. Informa ainda que a prevalência do princípio da legalidade sobre o da proteção da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade. Nesses casos, não se pode falar em proteção à confiança do favorecido.

Além desses limites de caráter substanciais, pode-se apontar como pré-requisitos de natureza procedimental para o exercício da autotutela pelo

17 Confira-se as súmulas do STF nº 346 e nº 473.

Poder Público os princípios da publicidade dos atos administrativos (art. 37 da CRFB/88) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB/88). Como corolários do devido processo legal, erigidos ao patamar de garantias constitucionais, a vigente Constituição impôs à Administração Pública o dever de assegurar efetivamente a ampla defesa e o contraditório aos **litigantes** em processo administrativo (art. 5º, LV, da CRFB/88¹⁸). Na feliz síntese de Humberto Ávila (2006, p. 6), o essencial é que a decisão a respeito da revisão do ato administrativo decorra de um procedimento regular e não de mera suposição antecipada da autoridade revisora. Significa que a lei deve instituir os meios para a participação dos litigantes no processo administrativo, devendo o administrador público franquear esses meios, viabilizando, pelas partes interessadas, o exercício pleno de defesa e de influir eficazmente na decisão a ser prolatada no caso concreto.

Sabe-se que uma das principais funções dos direitos fundamentais é dar garantia ao indivíduo contra a invasão indevida do Estado em sua esfera de liberdade. A Constituição vigente, fundamento máximo de validade de toda a ordem jurídica, impõe valores e princípios de inafastável aplicação pelo Estado em qualquer uma de suas funções – tanto no desempenho de atividade legislativa quanto no jurisdicional, e, assim, também pela Administração Pública. Dessa forma, no que tange ao poder de anular e revisar seus próprios atos, o respeito aos princípios constitucionais acima enunciados impede que a Administração Pública promova a revisão dos próprios atos sem considerar os efeitos nocivos daí decorrentes¹⁹ e – principalmente quando se trate de ato favorável ao cidadão – sem respeitar os limites constitucionais de proteção ao administrado.

4 Teoria das autolimitações administrativas

Verificados os fundamentos normativos do *nemo potest venire contra factum proprium* – identificados, principalmente, nos princípios da solidariedade social, segurança jurídica, boa-fé objetiva e respeito à dignidade da pessoa humana – e definido o atual papel da Administração Pública ante os novos

18 Tais direitos foram também expressamente assegurados pela Lei nº 9.784, de 1999, que rege as regras do processo administrativo no âmbito federal.

19 No mesmo sentido, Justen Filho (2005, p. 248).

paradigmas do Direito Administrativo, cujo principal foco é o respeito ao cidadão-administrado, posso asseverar afirmativamente à questão sobre a aplicação do princípio de proibição de comportamento contraditório na esfera das relações de Direito Público.

O problema pode ser encontrado em diversos aspectos das relações jurídico-administrativas, como ocorre nas situações, *v.g.*, em que mais de um órgão ou mesmo entidade da Administração Pública possua competência para fiscalizar determinada conduta levada a efeito por um particular, ensejando a possibilidade de serem praticados atos administrativos conflituosos. Ou ainda nos casos em que a Administração, modificando sua interpretação, pratica ato incompatível com o anterior sem que tenha havido modificação no plano fático.

Em casos como esses, referidos apenas a título de exemplo, aplica-se a teoria das **autolimitações administrativas**,²⁰ que consubstancia a incidência do *nemo potest venire contra factum proprium* no âmbito da Administração Pública, impedindo que o Poder Público, ante os mesmos elementos de fato, adote entendimentos contraditórios ou em desacordo com os precedentes anteriormente firmados em sede administrativa.

Com efeito, ainda que, por hipótese, pretenda-se restringir a aplicabilidade da boa-fé objetiva às relações privadas, sob o argumento de que tal princípio é normativamente tratado pelo vigente Código Civil (arts. 113, 187, e 422),²¹ deve-se admitir a aplicação do princípio de vedação ao comportamento contraditório nas relações jurídico-administrativas como decorrência da aplicação dos valores constitucionais da solidariedade social, segurança jurídica e dignidade humana e da observância dos princípios constitucionais dirigidos à Administração Pública, em especial a moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da CRFB/88).

O princípio da moralidade administrativa, também consagrado pela Lei nº 9.784, de 1999, como dever do Poder Público de “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé” (art. 2º, parágrafo único, IV), constitui pressuposto de juridicidade de todo e qualquer ato da Administração Pública. Amparando-se em lição de Maurice Hauriou, o mestre Hely Lopes Meirelles

20 Por todos, veja-se Aragão (2006, p. 231-244).

21 Entendimento que uso apenas a título de argumentação, pois penso que o princípio da boa-fé objetiva rege todas as relações jurídicas, como expressão dos deveres de cooperação, respeito e lealdade que se impõem às partes de qualquer relação contratual, seja ela privada ou administrativa.

(2000, p. 83) leciona que esse princípio impõe ao agente público um dever ético de honestidade e lisura na sua conduta, não se limitando a “decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.” Na mesma direção, Paulo Modesto (2008, p. 7) assevera que a moralidade administrativa abriga o princípio da boa-fé, vedando-se, nas relações administrativas, “toda atuação contrária à conduta reta, normal e honesta que cabe desejar no tráfego jurídico.”

Ressalte-se que a conduta inquinada de imoralidade está expressamente sujeita à ação popular (art. 5º, LXXIII, da CRFB/88, e Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965), cuja legitimação ativa é conferida a qualquer cidadão. Muito embora respeitável doutrina processual contemporânea impute o mau uso à ausência de condições técnicas do cidadão para, em juízo, promover a efetiva proteção do direito violado em face da Administração Pública ou de grandes sociedades empresárias (MARINONI; ARENHART, 2004, p. 786), a ação popular representa, conforme já tivemos oportunidade de afirmar alhures (FACCI, 2009, p. 221), instrumental de inegável importância para a realização plena do Estado democrático de Direito, ao conferir efetividade à democracia participativa como exercício da soberania popular (arts. 1º e 14 da CRFB/88).

Pode-se afirmar, ainda, que o dever de coerência por parte da Administração Pública decorre também do princípio constitucional da igualdade (art. 3º, IV, e art. 5º, *caput* e I, da CRFB/88) na medida em que a exigência de que sejam perpetradas as mesmas condutas ante as mesmas situações vai ao encontro da isonomia, que impõe igual tratamento a situações iguais, não sendo lícito à Administração agir de outra forma quando presentes os mesmos elementos fáticos ou em situações jurídicas que contenham a mesma *ratio*.²² Nessa pauta, pode-se afirmar que o princípio da impessoalidade administrativa (art. 37, *caput*, da CRFB/88), como projeção da isonomia, também se encarta como fundamento normativo para a aplicação do princípio de vedação ao comportamento contraditório nas relações de Direito Público.

Ressalte-se que a incidência dos aludidos princípios constitucionais no âmbito das relações jurídico-administrativas, bem como o inafastável dever de respeito pela Administração Pública dos direitos e garantias fundamentais

22 No mesmo sentido, Pérez (1983, p. 122).

dos cidadãos-administrados, impede que o Poder Público deixe de cumprir tais mandamentos constitucionais ao argumento da proteção ao erário.

Assim, a vetusta afirmação de que haveria um interesse público primário, identificado no interesse da sociedade, e outro secundário, que seria o interesse fazendário, de arrecadação e de proteção do patrimônio público,²³ embora possa conter algum valor científico, não serve como critério para determinar a esfera de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública (BARROSO, 2009, p. 375), eis que o papel do Estado na contemporaneidade não se limita apenas a maximizar arrecadação e minimizar despesas, em contraposição ao que seriam os interesses da sociedade. Os princípios constitucionais nessa pauta enunciados impõem ao Estado também o papel de promover justiça, segurança e bem-estar social.

Com efeito, de acordo com o que defendemos anteriormente, o foco de atuação da Administração Pública passou a ser o cidadão-administrado. A pessoa humana passou a ser o fim das ações administrativas, não o meio para obtenção de outros fins. Como órgão de representação e assessoramento jurídico do Estado, à Advocacia Pública incumbe não apenas promover a defesa do patrimônio público, mas, principalmente e com maior vigor, considerar como finalidade principal do Estado o pleno respeito aos direitos inerentes à pessoa humana, pautando sua atuação sempre em prol do exercício pleno da cidadania.²⁴

Atenta ao novo papel do Estado na contemporaneidade e em cumprimento a sua missão constitucional de preservar a confiança legítima dos administrados, a Advocacia-Geral da União tem reiteradamente editado súmulas que reconhecem direitos aos cidadãos, cabendo transcrever, no particular, a Súmula nº 34, que enuncia que “não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública.”²⁵ Esse verbete é a afirmação da aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium* no espaço das relações de Direito Público.

23 Essa classificação é oriunda de doutrina italiana, encontrada em Alessi (1960, p. 197).

24 Tive a oportunidade de registrar as mesmas conclusões em conferência que proferi em 22 de janeiro de 2009 no I Ciclo de Palestras sobre os 86 anos da Lei Eloy Chaves: evolução histórica da Previdência Pública no Brasil, realizado no Auditório da Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em Petrópolis (RJ). Na mesma direção, Binenbojm (2010, p. 4).

25 Editada em 16 de setembro de 2008. Publicada no DOU, Seção I, de 17/9/2008, 18/9/2008 e 19/9/2008.

É exatamente em virtude do novo papel do Estado que se afirma a possibilidade de aplicação da proibição de comportamento contraditório no âmbito das relações jurídico-administrativas: a incidência do princípio na esfera pública densifica os princípios consagrados pela nova ordem constitucional e cumpre o dever de respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Para que o princípio incida no âmbito das relações jurídico-administrativas, deve ser apurada, em especial, a ocorrência dos requisitos da identidade subjetiva e objetiva.

Pelo requisito da identidade **subjetiva**, exige-se que o emissor do ato anterior e do ato posterior seja a mesma Administração Pública. Com efeito, para a incidência do princípio de proibição de comportamento contraditório, todos os órgãos integrantes da mesma pessoa jurídica devem atuar de forma coordenada, pelo que estará atendido o requisito da identidade **subjetiva** caso o ato administrativo praticado por um órgão contrarie precedente oriundo de outro da mesma Administração. Cumpre registrar a advertência feita pelo publicista Alexandre Aragão (2006, p. 235), para quem mesmo se tratando de incoerência entre atos praticados por entidades – e não apenas órgãos, desprovidos de personalidade jurídica – da mesma esfera da Federação “não há de ser descartada a priori a aplicação da teoria, a depender do regime autônomico próprio e da vinculação ministerial da entidade.”

Assim, ainda que os atos contraditórios emanem de órgãos com competências diferentes, o critério para aferir a ocorrência do requisito da identidade *subjetiva* continuará sendo o da mesma Administração Pública, cuja unidade não deixa de existir em virtude da sua divisão interna organizacional. Sabe-se que, por meio da criação de órgãos administrativos, o fenômeno da **desconcentração** tem como escopo apenas propiciar melhoria no desempenho das funções administrativas, preservando a unidade da pessoa jurídica de Direito Público da qual fazem parte.

Na mesma direção é a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, de que é exemplo o julgado a seguir ementado, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – PRODUTORA DE SEMENTES – ALÍQUOTA REDUZIDA – ART. 278 DO RIR – ART. 30 DO DECRETO Nº 81.877/78, QUE REGULAMENTA A LEI Nº 6.507/77.

1. É fato incontroverso nos autos que a recorrida encontra-se registrada no Ministério da Agricultura como “produtora de sementes.” É o próprio art. 30 do Decreto nº 81.877/78 que conceitua produtor de semente como “toda pessoa física ou jurídica devidamente credenciada pela entidade fiscalizadora, de acordo com as normas em vigor”. Tendo a recorrida obtido o registro competente, não cabia à União indagar ou desclassificar essa situação jurídica sem o procedimento adequado, a fim de excetuá-la da alíquota reduzida descrita no art. 278 do RIR (Decreto nº 85.450/80).
2. Ademais, ao assim pretender fazer, está a União inserida em patente comportamento contraditório, vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, pois a ninguém é dado *venire contra factum proprium*, tudo em razão da caracterização do abuso de direito. Assim, diante da especificidade do caso, sem razão a recorrente em seu especial, pois é o registro no órgão de fiscalização competente, diante do reconhecimento da própria União do cumprimento dos requisitos legais, que faz com que a pessoa jurídica ora recorrida seja qualificada como produtora de sementes.
3. Agravo regimental improvido.²⁶

Para atender ao requisito da identidade **objetiva**, é preciso que sejam similares as circunstâncias determinantes em que foram praticados os atos administrativos tido por incoerentes. Usando expressão cunhada por Diez-Picazo (1982, p. 99), a identidade objetiva será reconhecida a partir do exame da **causa** das condutas administrativas, devendo haver similitude entre os elementos fáticos que ensejaram as atuações administrativas. Se as circunstâncias determinantes são as mesmas e a Administração decide de forma diferente, o ato incoerente é inválido por vulnerar todos os princípios que a teoria das autolimitações administrativas visa preservar.

Nesse sentido, cumpre transcrever elucidativa ementa relativa a recente julgado oriundo do Excelso Tribunal Regional Federal da 2ª Região, *litteris*:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL COMUM FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ABANDONO DE CARGO E FALTAS AO SERVIÇO. ARQUIVAMENTO A PARTIR DE CONVENCIMENTO DOS ARGUMENTOS DESENVOLVIDOS POR AQUELE. REALIZAÇÃO DE DESCONTOS

26 AgRg no REsp 396489/PR, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJe de 26/3/2008.

EM SUA REMUNERAÇÃO A TÍTULO DE REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA ASSUNÇÃO DE COMPORTAMENTOS CONTRADITÓRIOS ENTRE SI. I. Tendo em vista que o abandono de cargo (assim como ocorre com a inassiduidade habitual, nos termos do art. 139 da Lei nº 8.112/1990) se revela como um grau (e, mais precisamente, o grau máximo) de faltas ao serviço, a elisão de tal situação jurídica, por parte da própria Ré, ao realizar arquivamento de PAD – processo administrativo disciplinar para se apurar tudo isso – convencendo-se dos argumentos desenvolvidos pela Autora sobre a forma de justificação de motivo de faltas ao serviço adotada por ela, e, por conseguinte, declarou a inexistência de responsabilidade administrativa da Autora pela suposta prática da indigitada conduta –, deixa de justificar a realização de descontos na remuneração da Autora a título de reposição ao erário de vencimentos percebidos nos respectivos dias, com fundamento no art. 44, *caput*, II, dessa Lei, já que simplesmente não se reconhece a existência de uma causa que produza este efeito jurídico genérico.

II. Mesmo que assim não fosse, em aplicação do princípio da vedação da assunção de comportamentos contraditórios entre si (expresso através da máxima *nemo potest venire contra factum proprium*), não é tolerável, por parte da Ré, ou seja, da mesma entidade pública, na mesma conjuntura, diante de uma mesma conduta praticada pela Autora, reconhecer a licitude da forma de justificação de motivo de faltas ao serviço adotada por ela e, *pari passu*, realizar desconto em sua remuneração a título de reposição ao erário de vencimentos percebidos nos respectivos dias.²⁷

Partindo da premissa – objeto de análise do capítulo anterior – de que a nova ordem constitucional impôs novos paradigmas ao Direito Administrativo, que repercutem sobre a atuação da Administração Pública e a intensidade do controle dos seus atos, posso afirmar que a teoria das autolimitações administrativas encerra um conjunto de instrumentos complementares cujo escopo é assegurar a coerência e a isonomia no tratamento conferido pelo Poder Público aos cidadãos-administrados.

Com efeito, não se admitindo mais a antiga ideia de que a Administração Pública possuiria espaços decisórios inteiramente imunes a qualquer tipo de

27 Apelação Cível 420402, Sétima Turma Especializada, Relator Desembargador Federal Sergio Schwaitzer, DJU de 9/12/2008, p. 238.

controle, a teoria das autolimitações administrativas, projeção do princípio de proibição ao comportamento contraditório no âmbito das relações jurídico-administrativas, impõe que a Administração Pública, no desempenho de suas inúmeras funções, **autovincule-se** aos atos por ela praticados.

Dessa forma, ao dever de obediência aos atos administrativos anteriormente praticados corresponde à proibição de exercício arbitrário, incoerente e desigual por parte do Poder Público. A autolimitação administrativa visa resguardar a segurança jurídica, ao garantir a vigência dos atos anteriormente praticados pela Administração Pública, geradores da confiança legítima. Sobre a importância da estabilidade das relações jurídicas, transcrevemos lição preciosa de Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 94), *litteris*:

é sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensinar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da “segurança jurídica”, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. Os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão (na esfera processual), do usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural ao Direito. Tanto mais porque inúmeras dentre as relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas.

Como instrumentos de concretização da teoria das autolimitações administrativas, foram construídas as subteorias dos **atos próprios** e dos **precedentes administrativos** (DÍEZ-PICAZO, 1982). A primeira pode ser arguida dentro da mesma relação jurídica, aplicada, assim, à mesma pessoa em favor da qual fora praticado o ato administrativo anterior, gerador da confiança legítima em seu beneficiário de que a Administração Pública não irá agir de modo contrário ao comportamento anterior. A teoria dos precedentes administrativos,

por seu turno, incide sobre relações jurídicas distintas, invocada por pessoa diversa da alcançada pelo entendimento administrativo anterior.

A teoria dos atos próprios já foi expressamente referida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça. No caso, discutia-se a possibilidade da Administração Pública,²⁸ após firmar diversas promessas de compra e venda de lotes referentes a uma gleba de sua propriedade, promover a anulação dos aludidos contratos ao argumento de que o parcelamento não estava regularizado por falta de registro. Aquela Excelsa Corte de Justiça concluiu pela falta de amparo jurídico à pretendida anulação contratual justamente em virtude do caráter contraditório dos atos levados a efeito pelo Poder Público, proibindo o comportamento contraditório com base na teoria dos atos próprios, *in verbis*:

LOTEAMENTO. MUNICÍPIO. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO CONTRATO. BOA-FÉ. ATOS PRÓPRIOS.

– TENDO O MUNICÍPIO CELEBRADO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE LOTE LOCALIZADO EM IMÓVEL DE SUA PROPRIEDADE, DESCABE O PEDIDO DE ANULAÇÃO DOS ATOS, SE POSSÍVEL A REGULARIZAÇÃO DO LOTEAMENTO QUE ELE MESMO ESTÁ PROMOVENDO. ART. 40 DA LEI 6.766/79.

– A TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS IMPEDE QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA RETORNE SOBRE OS PRÓPRIOS PASSOS, PREJUDICANDO OS TERCEIROS QUE CONFIARAM NA REGULARIDADE DE SEU PROCEDIMENTO.

RECURSO NÃO CONHECIDO.²⁹

Sobre a aplicação da teoria dos precedentes administrativos, cabe registrar a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 85), que, ao relacionar o princípio da segurança jurídica à ideia de boa-fé objetiva, asseverou, *litteris*:

Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos (sic) foram praticados com base em errônea interpretação. [...] Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico

28 Naquele caso, o município de Limeira, situado no estado de São Paulo.

29 Ementa relativa ao REsp 141.879/SP, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 17/3/1998, DJ de 22/6/1998, p. 90.

perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor das interpretações jurídicas variáveis no tempo.

Conquanto a divisão da teoria das autolimitações administrativas em duas nomenclaturas tenha alguma relevância para a ciência do Direito, o fato é que tanto a subteoria dos atos próprios quanto a dos precedentes administrativos visam preservar a coerência por parte do Poder Público, que consiste no dever de observar no futuro a conduta esperada a partir dos atos administrativos anteriores, realizando, assim, os fundamentos normativos do princípio da proteção da confiança no âmbito da Administração Pública: solidariedade social, boa-fé, segurança jurídica, igualdade e moralidade administrativa.

5 Conclusão

Muito embora não esteja regulado expressamente por nenhum diploma normativo vigente em nosso país, a falta de lei não induz à conclusão da inexistência do princípio de proibição de comportamento contraditório, tendo em vista as novas reflexões no campo do Direito, entre as quais se incluem a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de sua relação com os valores e regras.

Dessa forma, cabe ao intérprete e aplicador das normas jurídicas – seja o magistrado, seja o administrador público –, tendo em vista a força normativa dos princípios, fazer incidir o princípio em ordem a densificar os fundamentos que lhe conferem juridicidade: solidariedade social, segurança jurídica, boa-fé objetiva, tutela da confiança, todos decorrentes da dignidade humana, fundamento que alicerça todos os demais direitos e garantias.

A aplicação do princípio da vedação ao comportamento contraditório pressupõe a ocorrência cumulativa de quatro eventos: *i*) uma conduta inicial – o *factum proprium*; *ii*) a confiança legítima de outrem na preservação do sentido objetivamente extraído do *factum proprium*; *iii*) o comportamento contraditório em relação ao sentido objetivo da conduta inicial; e *iv*) dano efetivo ou potencial.

O **objeto da tutela** do princípio não é precisamente a coerência entre os comportamentos, mas, sim, a confiança que a conduta inicial provocou, preservando-se a lealdade entre o agente e o destinatário da conduta. Duas são as **formas da tutela** instrumentalizada pelo princípio: **repressiva** ou **preventiva**, tendo em conta que tanto o dano **potencial** – isto é, o dano latente, que se encontra na iminência de ocorrer – quanto o **efetivo** ensejam a incidência do princípio.

No campo do Direito Administrativo, a nova interpretação decorrente dos princípios constitucionais consagrados pela CRFB/88 representou importante ruptura com as antigas concepções teóricas aplicadas a esse ramo da ciência jurídica, até então impregnadas de formulações mais comprometidas com a preservação da autoridade da Administração Pública do que com a realização plena do Estado democrático de Direito.

Assim, o princípio de proibição de comportamento contraditório incide também na esfera das relações de Direito Público, instrumentalizado pela teoria das **autolimitações administrativas**, que veda ao Poder Público que, ante os mesmos elementos de fato, adote entendimentos contraditórios ou em desacordo com os precedentes anteriormente firmados em sede administrativa. A aplicação do princípio de vedação ao comportamento contraditório nas relações jurídico-administrativas é decorrência lógica do cumprimento do dever estatal de respeito aos direitos e garantias fundamentais, da aplicação dos valores constitucionais da solidariedade social, segurança jurídica e dignidade humana, assim como da observância dos princípios constitucionais dirigidos à Administração Pública, em especial a moralidade e a impessoalidade administrativa, essa última como projeção do princípio da isonomia.

Para que o princípio incida no âmbito das relações jurídico-administrativas, além dos seus pressupostos gerais, deve ser apurada, em especial, a ocorrência dos requisitos da identidade subjetiva e objetiva. Assim é que se exige que o emissor do ato anterior e do ato posterior seja a mesma Administração Pública (identidade **subjetiva**) e que sejam similares as circunstâncias determinantes em que foram praticados os atos administrativos tido por incoerentes, devendo haver similitude entre os elementos fáticos que ensejaram as atuações administrativas (identidade **objetiva**). Se as circunstâncias determinantes são as mesmas e a mesma Administração decide de forma diferente, o ato incoerente é inválido

por vulnerar todos os princípios que a teoria das autolimitações administrativas visa preservar.

Como instrumentos de concretização da teoria das autolimitações administrativas, foram criadas as teorias dos **atos próprios** e dos **precedentes administrativos**. A primeira pode ser arguida dentro da mesma relação jurídica, aplicada, assim, à mesma pessoa em favor da qual fora praticado o ato administrativo anterior, gerador da confiança legítima em seu beneficiário de que a Administração Pública não irá agir de modo contrário ao comportamento anterior. A teoria dos precedentes administrativos, por seu turno, incide sobre relações jurídicas distintas, invocada por pessoa diversa da alcançada pelo entendimento administrativo anterior.

Conquanto a divisão da teoria das autolimitações administrativas possua valor científico, as subteorias dos atos próprios e dos precedentes administrativos visam igualmente preservar a coerência por parte do Poder Público, impondo-lhe o dever de observar no futuro a conduta esperada a partir dos atos anteriores, realizando, assim, os fundamentos normativos da proibição de comportamento contraditório no espaço das relações de Direito Público: solidariedade social, boa-fé, segurança jurídica, igualdade e moralidade administrativa.

Referências

ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**.

3ª ed. Milano: Giuffrè, 1960.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. V. II. Coimbra: Almedina, 1983.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 231-244, out./dez. 2006.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O Princípio da Proteção da Confiança**. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009.

ÁVILA, Humberto. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa dos contribuintes. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov./dez. 2005, jan. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2008.

BAPTISTA, Patrícia. Os limites constitucionais à autotutela administrativa: o dever de observância do contraditório e da ampla defesa antes da anulação de um ato administrativo ilegal e seus parâmetros. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Reconstrução democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 547-575.

BARROSO, Luís Roberto. **A Reconstrução democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Reconstrução democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 499-546.

_____. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Advocacia Pública tem um compromisso democrático, voltado à preservação da legitimidade política e da governabilidade. **Informativo UNAFE – União dos Advogados Públicos Federais do Brasil**, Brasília, ano II, edição 3, p. 4. maio/2010.

CARPENA, Heloísa. Abuso do Direito no código de 2002. Relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil – estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 367-415.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CRETTELLA JUNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**.

Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. 10.

DÍEZ-PICAZO, Luis. María. El precedente administrativo. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 98, mayo/ago. 1982.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACCI, Lucio Picanço. **Mandado de segurança contra atos jurisdicionais**.

Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

_____. Do prazo prescricional para o ajuizamento de ação civil pública. **Revista da AGU**, Brasília, n. 20, p. 217-244. abr./jun. 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil** – teoria geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

JACQUES, Paulino. **Curso de Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum propium. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 376, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 23. ed. atual. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no Direito Processual Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MODESTO, Paulo. Controle jurídico do comportamento ético da Administração Pública no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 10, jun./jul./ago./2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 mar. 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PÉREZ, Jesús González. **El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 1983.

_____. _____. 3. ed. Madrid: Civitas, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Almiro do Couto e. Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, v. 18, n. 46, p. 11-29, 1988.

TÁCITO, Caio. Mandado de Segurança Preventivo. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 61, 1960.

A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Esfera Administrativa e seu Reflexo na Atividade Persecutória Desenvolvida pelo Banco Central do Brasil

Lucas Alves Freire*

1 Introdução. 2 A teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

3 Desconsideração administrativa da personalidade jurídica:

3.1 Aplicação da teoria da desconsideração no âmbito dos processos administrativos punitivos conduzidos pelo Banco Central do Brasil.

4 Conclusões.

Resumo

Examina a possibilidade de a Administração Pública, no exercício de suas funções, desconsiderar a personalidade jurídica. Além disso, analisa a utilização da *disregard doctrine* pelo Banco Central do Brasil no curso de processos administrativos punitivos conduzidos pela autoridade monetária. Assim, promove-se breve relato do desenvolvimento histórico da teoria da desconsideração, abordando-se, em seguida, com fundamento na hermenêutica pós-positivista, a aplicação da regra geral prevista no art. 50 do Código Civil brasileiro às relações constituídas entre o Poder Público e seus administrados.

* Procurador do Banco Central. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB).

Palavras-chave: Pessoa jurídica. Autonomia patrimonial. Teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Supremacia do interesse público sobre o privado. Discurso de justificação. Princípios e regras jurídicas.

Abstract

The present article assesses the question of whether or not the public administration is allowed to directly apply the disregard of legal entity doctrine. Furthermore, this article analysis the use of the disregard doctrine by the Central Bank of Brazil in the course of punitive administrative procedures conducted by the monetary authority. In other to accomplish such goals, a historical overview of the disregard doctrine is presented, followed by a principle-based construction of the rule provided for in article 50 of the Brazilian Civil Code. At last, the use of the disregard doctrine by the Central Bank of Brazil is addressed.

Keywords: *Legal entity. Autonomy. Disregard of legal entity. Supremacy of public interests over private ones. Justification narrative. Rules and legal principles.*

1 Introdução

A personalidade jurídica encerra instituto de importância ímpar para as comunidades sociais. Permite a consecução coletiva de tarefas irrealizáveis individualmente, bem assim limita os riscos advindos de empreendimentos cujo insucesso poderia levar à ruína o patrimônio das pessoas naturais envolvidas.

No entanto, ao longo dos anos, a personalidade dos entes abstratos tem sido usada, de modo malicioso e abusivo, por indivíduos imbuídos de má-fé, que objetivam prejudicar credores e outros terceiros com quem mantêm relações negociais. Com vistas a combater essa prática reprovável, ganhou vida a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, instrumento que possibilita o afastamento temporário da personalidade, permitindo que o patrimônio dos membros ou administradores da pessoa jurídica responda diretamente pelas obrigações contraídas.

Na esteira desses pressupostos, objetiva o presente trabalho examinar a legitimidade de a Administração Pública, no bojo do relacionamento por ela mantido com seus administrados, desconsiderar diretamente a personalidade jurídica, afastando ela própria a autonomia do ente abstrato. A pesquisa, conquanto análise de modo amplo a possibilidade de aplicação administrativa da *disregard doctrine* à luz do ordenamento normativo brasileiro, tem suas atenções voltadas para a específica realidade dos processos administrativos punitivos conduzidos pelo Banco Central do Brasil.

Desse modo, iniciar-se-á por um estudo detido da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, expondo seu histórico e sua absorção pelo Direito brasileiro. Em seguida, será explorada a desconsideração administrativa, analisando-se, em especial, o modo pelo qual o art. 50 do Código Civil há de ser empregado no bojo das relações constituídas entre Administração pública e seus administrados.

Com base nas conclusões alcançadas, discutir-se-á, então, o uso da *disregard doctrine* pelo Banco Central do Brasil, ressaltando os pressupostos jurídicos para a aplicação do instrumento pela autoridade monetária.

2 A teoria da desconsideração da personalidade jurídica

O homem é um ser gregário, eminentemente social. Vive em grupos, nunca isolado. A associação a outros de seus pares mostra-se inerente à sua natureza. Em função das limitações individuais, os interesses, as necessidades e os anseios dos indivíduos nem sempre podem ser atendidos sem a participação cooperativa de outras pessoas. Muito provavelmente por essa razão, desde os remotos tempos tribais tem-se observado a necessidade de agrupamento com vistas ao alcance de determinadas finalidades.

Não podendo fechar os olhos para esses grupamentos individualizados, frutos da vontade humana, os ordenamentos jurídicos trataram de reconhecê-los, integrando-os à vida jurídica na qualidade de sujeitos de direitos e obrigações. Em outras palavras, o Direito houve por bem conferir a esses entes da vida atributos semelhantes àqueles de que gozam as pessoas naturais, dando origem às pessoas jurídicas, entidades abstratas dotadas de personalidade própria.

A personalidade do ente abstrato (personalidade jurídica) é distinta da personalidade de seus membros. Nesse sentido, a vontade coletiva do grupo, longe de significar o simples somatório ou a justaposição das diversas vontades individuais, desponta como um querer específico do ser coletivo, da pessoa jurídica.

No estudo da personalidade jurídica, ponto que merece especial destaque é a definição dos efeitos oriundos da personalização. E o principal desses efeitos, sem dúvida, é o da autonomia patrimonial, a prescrever que os membros do ente coletivo não podem ser considerados os titulares dos direitos ou devedores das prestações relacionados ao exercício da atividade explorada em conjunto. Será a própria pessoa jurídica (sociedade, associação etc.) a titular de tais direitos e devedora dessas obrigações.

No âmbito do Direito Societário, fica ainda mais evidente presença da autonomia patrimonial. Sobre o tema, trago à baila a precisa lição de Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 15):

Finalmente, a questão da responsabilidade patrimonial, de maior importância que as duas anteriores. Muito embora alguma doutrina ensine o inverso, da personalização da sociedade empresária segue-se a separação dos patrimônios desta e de seus sócios. Os bens integrantes do estabelecimento empresarial, e outros eventualmente atribuídos à pessoa jurídica, são de propriedade dela, e não dos seus membros. Não existe comunhão ou condomínio dos sócios relativamente aos bens sociais; sobre estes os componentes da sociedade empresária não exercem nenhum direito, de propriedade ou de outra natureza. É apenas a pessoa jurídica da sociedade a proprietária de tais bens.

A autonomia patrimonial constitui o principal alicerce de sustentação do instituto da pessoa jurídica, especialmente das sociedades empresárias. O desenvolvimento das atividades econômicas, da produção e da circulação de bens e serviços, do mercado financeiro etc. se deve, em grande parcela, a essa autonomia, pois é ela que limita a possibilidade de perda no âmbito nos investimentos entendidos como financeiramente arriscados. Isoladamente, os indivíduos dificilmente se lançariam em empreitadas econômicas de alto risco sabendo que seu patrimônio pessoal poderia ser arruinado em caso de

insucesso. Ocorre que essas atividades arriscadas, muitas vezes, constituem a mola propulsora da inovação e do desenvolvimento, sendo responsáveis por extrair de uma sociedade regida pelo meio de produção capitalista todo o seu potencial produtivo.

O instituto da personalidade jurídica, portanto, viabilizou a consecução de tarefas que os indivíduos não seriam capazes de executar isoladamente. Além disso, a autonomia patrimonial atribuída aos entes coletivos incentivou o empreendedorismo e contribuiu sobremaneira para o desenvolvimento econômico-financeiro das sociedades capitalistas. Seus benefícios para os grupamentos sociais organizados são inegáveis. Não é por outra razão que Antonio Polo (1958, p. 53) conceitua a pessoa jurídica como:

[...] o recurso mais adequado para lograr a obtenção de fins supraindividuais, que só podem ser alcançados mercê da observância de uma radical separação entre sua personalidade e a dos membros que a integram, entre o patrimônio da sociedade e o patrimônio dos sócios.

No entanto, a separação patrimonial e a limitação das responsabilidades dos membros não podem ser elevadas a dogmas absolutos, porquanto a personificação só se legitima enquanto servir aos propósitos para os quais foi concebida. Fato é que, em virtude do princípio da autonomia patrimonial, as pessoas jurídicas, especialmente as sociedades empresárias, podem vir a ser utilizadas como meio para a realização de ilícitos, como a fraude contra credores ou abuso de direito. Uma vez que é a sociedade, e não seus sócios e/ou administradores, o sujeito titular de direitos e devedor de obrigações, muitas vezes os interesses dos credores ou terceiros são ilegítimamente frustrados por manipulação indevida nos atos de constituição da pessoa jurídica, na celebração de contratos ou na efetivação de operações societárias, como a fusão, incorporação, cisão etc. Em tais hipóteses, reconhecer a autonomia patrimonial da entidade renderia ensejo à impossibilidade de se repudiar a prática de atos ilícitos.

Para obstar essas utilizações escusas da pessoa jurídica, foi desenvolvido no âmbito da *common law*, em especial na jurisprudência anglo-saxônica, eficiente mecanismo jurídico que recebeu diferentes designações em cada país em que foi aplicado. Nos Estados Unidos da América, foi denominado *disregard of legal entity doctrine*, ao passo que na Inglaterra foi chamado de *lifting the corporate veil*.

Entre nós, o instrumento recebeu o nome de Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Segundo Elisabeth Cavalcante Koury (1998, p. 64), a primeira aparição desse mecanismo se deu em 1809, no caso *Bank of The United States v. Deveaux*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Na hipótese, o tribunal conheceu de causa proposta por pessoa jurídica mesmo à luz de vedação do art. 3º, seção 2ª, da Constituição americana, que limitava a competência das cortes federais a processos envolvendo cidadãos de diferente estados. Em seu voto, o Juiz Marshall afirmou que, para fins de exame da capacidade processual das sociedades empresárias (*corporations*), dever-se-ia entendê-las não como entidades abstratas, puramente jurídicas, mas como conjunto de cidadãos. Assim, como estes estariam legitimados a integrar os polos da demanda, nada mais adequado do que permitir que as sociedades por eles integradas também pudessem litigar perante as cortes da União. Confira-se, a seguir, as observações de Koury (1998, p. 64) sobre o assunto:

Com efeito, no ano de 1809, no caso *Bank of United States v. Deveaux*, o Juiz Marshall, com a intenção de preservar a jurisdição das cortes federais sobre as *corporations*, já que a Constituição Federal americana, em seu art. 3º, seção 2ª, limita tal jurisdição às controvérsias entre cidadãos de diferentes estados, conheceu da causa.

Como bem assinala WOLMER, não cabe aqui discutir a decisão em si, a qual foi, na verdade, repudiada por toda a doutrina, e sim ressaltar a fato de que, já em 1809 “[...] as cortes levantaram o véu e consideraram as características dos sócios individuais.”

A despeito de não ter objetivado coibir o desvirtuamento do instituto da pessoa jurídica, o julgado estadunidense revela sua importância na medida em que ali foi afirmada, pela primeira vez, a possibilidade de se suspender o manto da personalidade, de modo a enxergar, por baixo dele, os indivíduos que compõe a sociedade.

A doutrina (LOVATO, 2008, p. 207), no entanto, considera como *leading case* da teoria da desconsideração o caso inglês *Salomon v. Salomon & Co.*, de 1897, em que a Corte de Apelações inglesa desconsiderou a personalidade jurídica da sociedade criada por indivíduo (Salomon), juntamente com seis pessoas de

sua família, reputando-a como uma extensão da atividade econômica pessoal desempenhada por seus membros. Na situação, Salomon vendeu os bens que compunham empreendimento negocial à sociedade empresária por ele formada, recebendo, em contrapartida, ações e debêntures da companhia. Quando esta faliu, Salomon, em vez de suportar as consequências da bancarrota, habilitou-se como credor preferencial da sociedade, provando, ainda, que não teria qualquer responsabilidade pelos débitos, uma vez que ele e a entidade possuiriam personalidades distintas.

Conquanto a Câmara dos Lordes tenha reformado a decisão da Corte de Apelações, o caso examinado demonstrou o nível de injustiça que a má utilização da personalidade jurídica pode vir a acarretar, lançando luzes sobre a postura a ser adotada pelos operadores do Direito à vista de situações da espécie. Levada às últimas consequências, a autonomia patrimonial permite que indivíduos mal intencionados e interessados em se furtar ao cumprimento de suas obrigações se escondam por trás do manto protetor da pessoa jurídica e, com isso, prejudiquem terceiros de boa-fé.

Desde então, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica vem-se desenvolvendo e ganhando penetração cada vez mais evidente. É possível dizer que, contemporaneamente, ela é entendida como um instrumento por intermédio do qual o aplicador do Direito afasta, temporariamente, a personalidade da pessoa jurídica de modo a permitir que credores lesados possam satisfazer seus créditos no patrimônio pessoal do sócio ou administrador que cometeu o ato abusivo caracterizado em face de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, em homenagem ao princípio da boa-fé. Não se trata, assim, de mecanismo contrário à pessoa jurídica, mas de arma a serviço de sua proteção, consoante preleciona Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 37):

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica, é necessário deixar bem claro esse aspecto, não é uma teoria contra a separação subjetiva entre a sociedade empresária e seus sócios. Muito ao contrário, ela visa preservar o instituto, em seus contornos fundamentais, diante da possibilidade de o desvirtuamento vir a comprometê-lo. Isto é, a inexistência de um critério de orientação a partir do qual os julgadores pudessem reprimir fraudes e abusos perpetrados através da autonomia patrimonial, poderia eventualmente redundar no questionamento do próprio instituto, e não do seu uso indevido.

A desconsideração, portanto, visa a coibir o desvirtuamento da utilização do instituto da personalidade jurídica. E isso em qualquer ramo do Direito em que a pessoa jurídica seja abusivamente utilizada. Ora, malgrado surgida no âmbito das relações comerciais, não se pode deixar de reconhecer que o abuso pode ser praticado não só com vistas a prejudicar credores empresariais, mas para lesar o fisco, para ludibriar direitos de familiares dos sócios, para escapar de sanções administrativas, para desprestigiar o interesse público, para ignorar os direitos dos consumidores e dos trabalhadores, para burlar a lei etc. Cuida-se, destarte, de mecanismo que, assim como o instituto da personalidade jurídica, não pertence exclusivamente ao Direito Civil. Sobre o assunto, interessante colacionar o pensamento de Diógenes Gasparini (2008, p. 137):

É instituto [a teoria da desconsideração da personalidade jurídica], pode-se afirmar, da Teoria Geral do Direito. Aliás, Toshio Mukai assevera que o problema da desconsideração da pessoa jurídica é do âmbito da Teoria Geral do Direito. [...]

É suficiente para sua aplicação a qualquer ramo do Direito que esteja envolvida uma pessoa jurídica e que seus sócios tenham agido fraudulentamente, com abuso de direito ou com violação do interesse público e que não estejam expressa, direta e legalmente responsabilizados por esses atos.

No Brasil, a teoria da desconsideração chegou, doutrinariamente, pelas mãos de Rubens Requião, que, ainda nos anos 1960, vinha sustentando sua utilização pelos magistrados, independentemente de previsão legal específica (COELHO, 2003, p., 37). O primeiro diploma legal a se referir ao tema foi o Código de Defesa do Consumidor, que prescreveu o seguinte em seu art. 28:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

[...]

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Posteriormente foi editada a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Esse ato normativo tornou possível a desconsideração da personalidade jurídica nas hipóteses mencionadas em seu art. 18, *in verbis*:

Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

É interessante notar, no ponto, que a lei concorrencial, diferentemente do Código de Defesa do Consumidor (CDC), não condiciona a aplicação da *disregard doctrine* ao pronunciamento de autoridade judicial. Uma vez que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) é a entidade responsável por aplicar penalidades administrativas por descumprimento dos comandos da Lei nº 8.884, de 1994, poder-se-ia entender que a norma atribuiu a essa autarquia a competência para desconsiderar, por ato próprio, a personalidade jurídica de sociedades infratoras.

Também na década de 1990, veio a lume a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre atividades lesivas ao meio ambiente, permitindo, em seu art. 4º, a desconsideração da pessoa jurídica sempre que a personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Com a edição do Código Civil de 2002, a desconsideração da personalidade jurídica ganhou, no país, normatização geral, a abranger, em princípio, as mais diversas situações da vida. Apesar de não ter feito referência à expressão “desconsideração da personalidade jurídica”, o art. 50 do estatuto cuidou da matéria de modo específico, como se vê a seguir:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Perceba-se que o dispositivo bem definiu o “abuso da personalidade jurídica” como o pressuposto da desconsideração, ou seja, para o Código Civil é justamente o abuso de um instituto jurídico criado com o objetivo de facilitar o alcance de finalidades coletivas e de minimizar os riscos de empreendimentos úteis ao grupo social que possibilita o afastamento esporádico da proteção jurídica conferida por esse instituto. O estatuto civilista, seguindo o entendimento já consagrado sobre a matéria, houve por bem positivar a desconsideração como instrumento de proteção à personalidade, diante da possibilidade de seu desvirtuamento por indivíduos descompromissados com a ordem jurídica.

Por se tratar da norma mais abrangente sobre a desconsideração da personalidade jurídica prevista em nosso ordenamento, importante é examinar de modo mais detido o conteúdo do art. 50 do Código Civil. Em primeiro lugar, o dispositivo, de modo semelhante ao art. 28 do CDC, parece estabelecer que apenas o Poder Judiciário tem legitimidade para desconsiderar a pessoa jurídica, pois faz referência expressa à prerrogativa de “o juiz” se valer do instituto. Em segundo, obsta que a utilização do mecanismo se dê de ofício, devendo haver requerimento da parte interessada ou do Ministério Público. Em terceiro lugar, constitui pressuposto da desconsideração a insolvência da pessoa jurídica, é dizer, a insuficiência de patrimônio capaz de honrar os seus débitos. Ora, se a entidade contar com ativos aptos a satisfazer suas dívidas, não terão os credores e, por conseguinte, o ordenamento jurídico, interesse em desconsiderar a existência da personalidade jurídica da devedora. Por fim, é imperativa a demonstração de abuso dos integrantes da pessoa jurídica (sócios ou administradores), caracterizado por desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Tal abuso, registre-se, não pode ser confundido com a intenção específica de prejudicar o terceiro, fazendo-se suficiente sua demonstração objetiva, isto é, sem a necessidade de apresentação de prova do estado psíquico, da intenção subjetiva, dos indivíduos infratores. No ponto, entende autorizada doutrina que

o Código Civil reservou um aspecto de objetividade à teoria da desconsideração, pois, conquanto exija a presença de elementos subjetivos como a fraude e o abuso de direito, a prova da presença desses elementos se faz objetivamente, examinando-se a presença ou não de confusão patrimonial. Conquanto tenha sido Fábio Konder Comparto o idealizador dessa objetividade (COELHO, 2003, p. 43), penso que Fábio Ulhoa Coelho, ao desprezar uma suposta oposição entre uma teoria objetiva e outra subjetiva da desconsideração, muito bem definiu como deveria ser empregada a objetividade na aplicação da *disregard doctrine*:

Em suma, entendo que a formulação subjetiva da teoria da desconsideração deve ser adotada como critério para circunscrever molduras de situações em que cabe aplicá-la, ou seja, ela é mais ajustada à teoria da desconsideração. A formulação objetiva, por sua vez, deve auxiliar na facilitação da prova pelo demandante. Quer dizer, deve-se presumir a fraude na manipulação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica se demonstrada a confusão entre os patrimônios dela e de um ou mais de seus integrantes, mas não se deve deixar de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, somente porque o demandado demonstrou ser inexistente qualquer tipo de confusão patrimonial, se caracterizada, por outro modo, a fraude. (COELHO, 2003, p. 44).

Na lição de Fábio Ulhoa Coelho, outro pressuposto da desconsideração, que, apesar de não expressamente elencado no art. 50, é extraído de uma leitura sistemática do Código Civil, consiste na licitude aparente do ato praticado pela pessoa jurídica. No ponto, cabe lembrar que a autonomia patrimonial não constitui obstáculo a que o Direito impute diretamente aos integrantes da sociedade ou a seus administradores a responsabilidade pela prática de determinados atos. Como sujeitos de direito, tais pessoas naturais podem ser definidas, nas esferas administrativa, cível ou penal, como imputáveis por seus atos praticados no exercício de funções no âmbito da sociedade.

Assim, se o ilícito desde logo pode ser identificado como ato de sócio ou do administrador, deverão ser estes diretamente responsabilizados pelo Direito, não se antepondo a sociedade como barreira à atuação estatal. Outros atos, contudo, são praticados pela própria pessoa jurídica e, aparentemente, não veiculam qualquer ilicitude. A contrariedade à norma só é percebida quando se verifica que, por trás da sociedade, há indivíduos se valendo de sua autonomia

patrimonial para violar direitos de terceiros. Segundo Ulhoa, “enquanto o ato é imputável à sociedade, ele é lícito. Torna-se ilícito apenas quando se o imputa ao sócio, ou ao administrador.” (COELHO, 2003, p. 42). Ainda nas palavras do comercialista:

Admite-se a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária para coibir atos aparentemente lícitos. A ilicitude somente se configura quando o ato deixa de ser imputado à pessoa jurídica da sociedade e passa a ser imputado à pessoa física responsável pela manipulação fraudulenta ou abusiva do princípio da autonomia patrimonial. (COELHO, 2003, p. 43).

Não obstante entenda que, no mais das vezes, a desconsideração da personalidade terá por pressuposto um ato lícito quando observado à luz da pessoa jurídica, não posso deixar de reconhecer que, em algumas hipóteses, poderá o aplicador do Direito se valer da *disregard doctrine* mesmo quando diante de atos ilícitos praticados pelo ente abstrato. É o que se dá, por exemplo, nos casos em que sociedade empresária deixa de efetuar a cobertura cambial de determinada exportação por ela realizada. Como a lei que tipifica o ilícito (Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933) não prevê a responsabilização do administrador ou dos sócios, a única infratora que se faz presente é a pessoa jurídica. Até esse ponto, não se vislumbra qualquer problema. A autoridade pública aplica sanção pecuniária à entidade e dela cobra as quantias devidas. Ocorre que, com frequência, a sociedade constitui mero biombo, desprovido de quaisquer ativos, usado por indivíduos (administradores, sócios ou pessoas não vinculadas formalmente à sociedade) que têm em vista, tão-somente, esquivar-se da aplicação das penas impostas pelo Estado.

Em situações que tais, apesar de ser o ato da entidade qualificado como ilícito, deve-se permitir o levantamento do véu da personalidade para que se atinjam os indivíduos que utilizaram abusivamente a pessoa jurídica. A falta do pressuposto da licitude, nessas hipóteses, não obstará a aplicação da *disregard doctrine* pelo intérprete-aplicador da norma jurídica. Tanto a sociedade terá praticado ilicitude por meio do ato que se revela, às claras, ao conhecimento do Estado, como terão incidido no ilícito os indivíduos que, de modo ardiloso, valeram-se da sociedade para burlar a lei.

O pressuposto da licitude do ato da pessoa jurídica, malgrado admita, a meu ver, a exceção exposta *ut supra*, tem o condão de lançar luzes sobre a necessária separação dos casos em que se admite a desconsideração da personalidade jurídica daqueles em que a lei permite a responsabilização pessoal dos indivíduos pela prática de ilícitos. A aplicação da teoria discutida tem lugar apenas nas hipóteses em que a personalidade jurídica autônoma da sociedade antepõe-se como obstáculo à justa incidência de determinado comando legal, não sendo cabível, entretanto, nos casos em que a imputação da responsabilidade possa ser feita diretamente ao sócio ou ao administrador. Sobre o tema, cabe trazer à baila a esclarecedora lição de Fábio Ulhoa Coelho (2003, p. 43):

A teoria da desconsideração, como visto, tem pertinência apenas quando a responsabilidade não pode ser, em princípio, diretamente imputada ao sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica. Se a imputação pode ser direta, se a existência da pessoa jurídica não é obstáculo à responsabilização de quem quer que seja, não há por que cogitar do superamento de sua autonomia. E quando alguém, na qualidade de sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica, provoca danos a terceiros, inclusive consumidores, em virtude de comportamento ilícito, responde pela indenização correspondente. Nesse caso, no entanto, estará respondendo por obrigação pessoal, decorrente do ilícito em que incorreu. Não há nenhuma dificuldade em estabelecer essa responsabilização. A circunstância de o ilícito ter sido efetivado no exercício da representação legal de pessoa jurídica, ou em função da qualidade de sócio ou controlador, em nada altera a responsabilidade daquele que, ilicitamente, causa danos a terceiro. Não há, portanto, desconsideração da pessoa jurídica na definição da responsabilidade de quem age com excesso de poder, infração da lei, violação dos estatutos ou do contrato social ou por qualquer outra modalidade de ilícito.

Também em relação ao assunto, preciosas são as observações de Suzy Elizabeth Cavalcante Koury (1998, p. 53), conforme se vê a seguir:

É preciso notar que, em determinadas circunstâncias, sócios, administradores e gerentes podem responder por dívidas da sociedade. Essa medida tem caráter excepcional e visa a punir aqueles que

tenham agido com excesso de poderes ou de maneira contrária à lei ou aos estatutos.

Não há que falar aqui em desconsideração da personalidade jurídica pois esta não foi manipulada, não serviu como “véu” para que tais pessoas agissem e não pudessem ser responsabilizadas. Na realidade, foram aquelas pessoas que agiram de forma ilícita, sendo, por isso, responsabilizadas por sua má gestão.

[...]

Dessa forma, fica definitivamente afastada qualquer referência a dispositivos de lei que determinem punição a quaisquer dessas pessoas em razão de atos de má gestão ou por excesso de poderes.

Ainda sobre a positivação da *disregard doctrine* levada a cabo pelo Código Civil, é imprescindível salientar que há, na doutrina, a discussão sobre os limites do instituto. Nos termos da chamada “teoria menor da desconsideração”, esta constituiria instrumento apto a ser utilizado sempre que determinada pessoa jurídica, em especial as sociedades empresárias, vissem-se impossibilitadas de honrar seus débitos perante os credores (LOVATO, 2008, p. 217-224). O uso dessa concepção da *disregard doctrine* importa a banalização da autonomia patrimonial e, por conseguinte, o empobrecimento dos fundamentos da personalidade jurídica. Ora, com base em tal teoria, a personalidade autônoma só deveria ter eficácia até o momento em que deixasse de ser solvente. Daí em diante, sócios e administradores que se responsabilizassem pelo insucesso do ente coletivo.

Por render desprezo ao instituo que a *disregard doctrine* visa a proteger, entendo que a denominada teoria menor da desconsideração não merece ser acolhida pelos aplicadores do Direito brasileiro. Uma simples leitura do art. 50 do estatuto civil me parece suficiente para demonstrar que, em território nacional, não de ser observados diversos outros requisitos além da simples incapacidade de a pessoa jurídica fazer frente a todos os seus débitos.

Exposto, em termos amplos, o significado da teoria da desconsideração da personalidade jurídica e examinada sua positivação no Direito brasileiro, principalmente pelo art. 50 do Código Civil, passa-se, em diante, a discutir a possibilidade de a Administração Pública, à luz do arcabouço legal de regência do instrumento, aplicá-lo diretamente, isto é, sem contar com a autorização do Poder Judiciário.

3 A desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa

Como visto anteriormente, em linhas gerais, a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, de origem anglo-saxônica, inspira-se na ideia de que a personalidade, que é efeito da incidência de regra jurídica em cujo suporte fático está presente a pessoa jurídica, não deve constituir obstáculo a que os sócios e seus respectivos patrimônios sejam levados a responder pelos atos, contrários ao Direito, praticados por meio da referida entidade.

Assim, se o conceito de pessoa jurídica é empregado para fraudar credores, para subtrair-se a uma obrigação existente, para desviar a aplicação da lei, para constituir ou conservar um monopólio, para acoitar infratores ou, ainda, para produzir um resultado injusto, faz-se mister prescindir da personalidade jurídica e descer ao que está no suporte fático da regra jurídica de personificação, penetrando no conjunto de homens que compõem a sociedade (ou outra entidade) e que, com o uso artificioso desta, concorreram de qualquer modo para a prática de atos contrários ao Direito.

Não obstante se cuide de instituto aplicável, em princípio, a qualquer ramo do Direito em que a personalidade jurídica tenha alguma relevância (verdade que difícil será encontrar algum ramo em que não a tenha), diversos atos normativos cuidaram de regular sua incidência a campos específicos da vida (o CDC às relações de consumo, a Lei nº 8.884, de 1994, aos atos lesivos à concorrência, a Lei nº 9.605, de 1998, à proteção ao meio ambiente etc). O Código Civil, em seu art. 50, contudo, pretendeu dar regramento mais amplo à teoria da desconsideração, não limitando a incidência de seus comandos a tal ou qual feixe de relações jurídicas. Em princípio, destarte, as prescrições do art. 50 do estatuto civil hão de ser observadas sempre que, na ausência de regra especial, quiser o operador do Direito se valer da *disregard doctrine*.

No âmbito do relacionamento entre a Administração Pública e os administrados, seara regida pelo denominado regime jurídico administrativo, dever-se-ia, então, aplicar integralmente as prescrições do muito citado dispositivo do Código Civil? Dito de outro modo, haveria o administrador público de observar, *in totum*, as normas do art. 50 quando pretendesse se valer

da teoria da desconsideração da personalidade jurídica? É esse, em breves linhas, o questionamento que se propõe responder no presente tópico.

Antes de iniciar o enfileiramento de tal pergunta, é imprescindível delimitar qual ou quais das prescrições do art. 50 da lei civil hão de ter sua incidência à esfera administrativa questionada. Consoante se afirmou acima, o dispositivo em evidência nada mais fez do que positivizar o entendimento há muito sedimentado a respeito da teoria da desconsideração jurídica no sentido de que esta se trata de instrumento criado para combater o abuso do instituto da personalidade jurídica. Assim, o desvio de finalidade e a confusão patrimonial, como elementos intrínsecos da *disregard doctrine*, hão, sem dúvida, de constituir pressupostos para a aplicação do instituto na seara administrativa.

Da mesma forma, a aproximação objetiva no que tange à prova da desconsideração, tal como preconizada no Código Civil, estará também presente quando a Administração Pública se deparar com a necessidade de demonstrar o abuso de pessoa jurídica levado a efeito por um de seus administradores ou sócios. Além disso, a utilização do mecanismo em tela só poderá ocorrer, em princípio, nas situações em que a insolvência da pessoa jurídica impedir a perseguição do interesse público pelo Estado.

De outro lado, a principal condicionante estampada no art. 50 do estatuto civil, qual seja, a reserva de jurisdição, necessita ter sua aplicação ao âmbito do regime jurídico administrativo profundamente explorada. Com efeito, não me parece que esse requisito, previsto de modo geral do Código Civil, mereça aplicação irrestrita a toda a qualquer situação em que o abuso da personalidade jurídica se faça presente, como se a norma jurídica que veicula houvesse resolvido, de um só vez, todos os problemas que as infinitas e irrepetíveis situações da vida não se cansam de apresentar aos operadores do Direito.

Fato é que, lida de forma literal, a prescrição do art. 50 se mostra assaz clara. Apenas o **juiz**, por requerimento da parte ou do Ministério Público, pode desconsiderar a personalidade jurídica de sorte a atingir o patrimônio dos sócios e dos administradores da entidade.

Analisando-se a constitucionalidade do dispositivo, à luz da estrutura normativa piramidal e hierarquizada idealizada por Kelsen (2000, p. 246-308), poder-se-ia afirmar que ele constitui norma juridicamente válida e legitimamente expedida. Isso porque encontraria fundamento na Constituição de 1988,

havendo sido editada pela autoridade competente para dispor sobre a matéria, ou seja, o Congresso Nacional (art. 22, I, c/c o art. 48, ambos da Constituição da República). Com base nessa aproximação positivista, razão não haveria para que o comando legal em apreço (necessidade de se buscar autorização judicial para a aplicação da *disregard doctrine*) deixasse de incidir no âmbito das relações encetadas entre a Administração Pública e seus administrados.

No paradigma pós-positivista do Estado democrático de Direito, contudo, não se pode mais conceber o ordenamento jurídico como um conjunto hermético de normas hierarquicamente organizadas, cuja aplicação ao caso concreto se faz pela simples subsunção da hipótese abstrata a determinada situação da vida. A riqueza e a complexidade da realidade nos fazem ver que o Direito não se dissocia da concretude social que visa a regular. Assim, a argumentação racional e os princípios jurídicos ganham relevo no mundo do Direito, pois, a par de permitirem a densificação democrática dos chamados “direitos fundamentais”, auxiliam o aplicador da norma na busca pela solução justa para os difíceis problemas que lhe são apresentados.

Nesse novo contexto, Klaus Günther (2000, p. 86-87), no texto **Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica**, propõe a diferenciação entre duas espécies de discursos jurídicos, o discurso de justificação e o discurso de aplicação. O primeiro teria por objetivo a densificação dos direitos fundamentais por meio da expedição de normas gerais e abstratas, aplicáveis, em tese, a todas as situações da vida. Tipicamente utilizado no âmbito legislativo, tal discurso afirma a necessidade de que as normas jurídicas criadas em abstrato se originem de um debate democrático processual e plural, do qual todos os interessados possam participar, ofertando argumentos que entendam pertinentes.

Já os discursos de aplicação dizem respeito ao momento em que o intérprete está diante de uma situação concreta e precisa, ali, encontrar a mais justa e correta solução com vistas a pacificar um conflito. Nem sempre as previsões normativas abstratas, ainda que democraticamente editadas, são capazes de atender às múltiplas situações que nossa complexa realidade é capaz de apresentar, sendo imprescindível que se encontrem nos discursos de aplicação as respostas que, sem romper com as expectativas de segurança jurídica carregadas pelos membros da comunidade, atendam aos comandos principiológicos irradiados pelos direitos fundamentais.

Dito isso, é de se ver que a regra do art. 50 do Código Civil teve por finalidade regular, com base em discursos de justificação, uma vasta gama de situações da vida, de modo a predefinir a solução jurídica que a elas seria aplicável. Consoante se observou acima, o Poder Legislativo, ao editar essa norma, objetivou, em primeiro lugar, coibir o abuso na utilização de instituto de importância social inegável (a personalidade jurídica). Além disso, penso que, ao condicionar a desconsideração à prévia manifestação judicial, o legislador nada mais fez do que reforçar a proteção à personalidade jurídica, valendo-se, contudo, de enfoque distinto. Isso porque, aqui, a proteção do instituto se dá por meio da limitação do uso da teoria da desconsideração, uma vez que sua aplicação indiscriminada por parte dos indivíduos poderia levar à banalização da autonomia patrimonial, principal alicerce da separação entre a personalidade do ente abstrato e aquela de seus membros. Assim, apenas o juiz estaria autorizado a afastar a personalidade da sociedade, desfazendo temporariamente a autonomia patrimonial.

A realidade fática que a limitação do art. 50 visou a regular é aquela em que estão presentes relações jurídicas pautadas pela horizontalidade, ou seja, em que as partes envolvidas se encontram, juridicamente, em pé de igualdade, não sendo lícito que uma imponha à outra, de próprio punho, a satisfação de uma pretensão ou a submissão a um direito potestativo. Em geral, tais relações se constituem no âmbito do Direito Civil, do Direito Empresarial, do Direito do Consumidor e até mesmo do Direito do Trabalho. Nessas searas, não seria mesmo razoável admitir que os próprios indivíduos desconsiderassem a personalidade jurídica e agissem como se a autonomia patrimonial significasse uma mera noção teórica, sem eficácia normativa.

Imagine-se, por exemplo, que determinada sociedade empresária deixasse de quitar dívida encartada em uma nota promissória por ela emitida. Poderia o devedor apresentar o título a protesto, requerendo que os sócios da entidade figurassem como devedores nos cadastros dos cartórios de protestos? Por óbvio, a regra do art. 50 do Código Civil mereceria inteira aplicação no caso, só sendo possível imputar a dívida aos sócios após o Poder Judiciário ter verificado e afirmado a presença de abuso da personalidade.

As relações constituídas entre a Administração Pública e seus administrados, contudo, apresentam configuração assaz distinta. No ponto, cumpre lembrar

que o exercício da função administrativa encontra um de seus sustentáculos maiores no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.¹ Desse princípio decorre uma série de características presentes nos atos expedidos pelo Poder Público, dentre os quais cabe destacar a presunção de legitimidade e veracidade (DI PIETRO, 2003, p. 191), a imperatividade (obrigação dos administrados de cumprir as decisões administrativas independentemente de sua vontade [DI PIETRO, 2003, p. 193]), a exigibilidade (poder-dever da Administração de exigir o cumprimento de suas decisões) e a autoexecutoriedade (poder-dever de fazer cumprir, por atos materiais próprios, o conteúdo de decisões administrativas [DI PIETRO, 2003, p. 193-194]).

Posto isso, fácil perceber que o relacionamento entre a Administração Pública e seus administrados, longe de se pautar pela horizontalidade típica das relações privadas, funda-se em uma verticalidade explícita, em que aquela impõe a estes decisões jurídicas unilateralmente tomadas. O administrador público, no exercício das competências administrativas e na defesa do interesse público, é um intérprete/aplicador da norma jurídica, sendo suas conclusões ou decisões, por força da configuração político-normativa no Estado brasileiro, impositivas às pessoas, naturais e jurídicas, qualificadas como administrados.²

Essa verticalidade se manifesta nos mais diversos campos em que se desenvolve a atividade administrativa, desde os processos licitatórios, passando pelo relacionamento Administração-agentes públicos, pelo exercício do poder de polícia e, sem dúvida, pelo direito administrativo sancionador. Em todas essas situações, detenha o Poder Público supremacia geral ou especial em relação àqueles com quem se relaciona, suas conclusões e decisões a eles se vincularão de modo imperativo.

-
- 1 Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 76) assim define o princípio da supremacia de interesse público sobre o privado: “Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse coletivo, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.”
 - 2 Uma vez mais, cumpre trazer à baila as esclarecedoras lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 78) sobre o assunto: “A posição de supremacia, extremamente importante, é muitas vezes metaforicamente expressada através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre Administração e particulares; ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre estes últimos. Significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. Compreende, em face da sua desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral daquela. Implica, outrossim, muitas vezes, o direito de modificar, também unilateralmente, relações já estabelecidas.”

É ver, outrossim, que, para que essa verticalidade seja exercida e imposta de modo legítimo, o ordenamento jurídico brasileiro condiciona a atuação do agente público a uma série de limitações, as quais estão ausentes nas relações privadas. Assim é que a Administração Pública só pode agir em estrita conformidade com a lei (incluídos nesse conceito as regras e os princípios jurídicos, de estatura constitucional ou não) garantindo aos indivíduos contra os quais seus atos sejam dirigidos o direito a apresentar suas razões por meio de contraditório pleno.

O fundamento em que se sustenta a reserva de jurisdição prevista no art. 50, portanto, mostra-se inexistente no bojo das relações administração administrado. A despeito de resistir ao exame realizado com base no discurso de justificação, uma vez que regula uma série de situações da vida com o objetivo de resguardar a eficácia do instituto da personalidade, a norma não resiste a uma minuciosa análise baseada no discurso de aplicação. Em função das particularidades próprias do relacionamento do Poder Público com os particulares, é de se entender que o ordenamento jurídico, considerado em sua inteireza, não repudia que a própria Administração, forte na defesa do interesse público, afaste diretamente a personalidade jurídica de modo a reprimir o uso indevido da personalidade jurídica por indivíduos mal-intencionados. Não é outro o entendimento de Luciano Chaves de Farias (2009, p. 31):

Assim, tem-se que o agente da desconsideração da personalidade jurídica na seara administrativa não é o juiz. A explicação lógica para a necessidade de decisão judicial nas esferas consumerista e cível reside no fato da existência de relações jurídicas de Direito Privado, caracterizadas pela horizontalidade, não podendo uma das partes, unilateralmente, impor obrigações ou constituir direitos em desfavor da outra. Na esfera administrativa, a realidade é bem distinta. As relações jurídicas não são caracterizadas pela horizontalidade, existem as conhecidas cláusulas exorbitantes, a indisponibilidade do interesse público e a sua prevalência (supremacia) sobre o interesse privado da outra parte. Por isso, é plenamente possível conceber a dispensabilidade da decisão judicial na aplicação da teoria na seara administrativa.

De outra banda, conforme já afirmei acima, o ordenamento jurídico brasileiro está inserido no paradigma constitucional do Estado democrático de Direito, no âmbito do qual os princípios passam a desempenhar papel central

na construção dos discursos jurídicos. Como ensina Ronald Dworkin (2002, p. 127-205), os princípios, diferentemente das regras, não constituem normas de aplicação do tipo “tudo ou nada”, a estipular uma pré-decisão normativa para um determinado suporte fático aferível na realidade. Eles, os princípios, consubstanciam instrumentos de argumentação prontos a orientar a atividade hermenêutica do intérprete/aplicador da norma, auxiliando-o a encontrar a solução justa e adequada à vista de problema específico, de difícil elucidação.

Ademais, também na linha dos ensinamentos de Ronald Dworkin (2003, p. 201-202), compete ao hermeneuta, ao se deparar com uma situação não adequadamente solucionável pela aplicação direta de uma regra, conciliar, baseado nos princípios jurídicos, os imperativos da segurança jurídica (*fairness*) – vinculados à crença na estabilidade que as disposições legais proporcionam – e de justiça (*justice*) – ligados à expectativa de que o ordenamento jurídico não viria cancelar decisões não equânimes, ou injustas para determinada situação –, de forma que a solução atingida seja a mais correta possível para o fato analisado.

Na hipótese em estudo, além de o discurso de aplicação deixar demonstrada a ausência do pressuposto de incidência da regra do art. 50 do Código Civil ao caso, a não adoção da *disregard doctrine* diretamente pela Administração Pública obrigaria esta a fechar os olhos para a fraude ou para o abuso praticado por indivíduos em detrimento do interesse público. Far-se-ia tábula rasa do princípio da eficiência, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição, a determinar que o Poder Público, no cumprimento de seus misteres legais, aja sempre de “modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população” (MEDAUAR, 2002, p. 163). Para Diógenes Gasparini (2008, p. 144), o afastamento temporário da personalidade levado a cabo pela Administração Pública é medida que vai ao encontro do que chamou de princípio do interesse público, que impõe ao Estado “a prática de atos e comportamentos exclusivamente voltados a alcançar o interesse público [...]”. Nas palavras do autor:

Portanto, de um lado tem-se que não decretar a *disregard* é contrariar o interesse público que está a exigir de todos, substancialmente do Poder Público, uma conduta firme em defesa dos princípios e normas legais. Essa omissão é mais que suficiente para caracterizar dita violação, pois é dever-poder da Administração Pública a busca incessante do interesse

público. De outro lado, a *disregard* administrativa somente será válida se decretada em função do interesse público. Assim, será nula se destinada a impedir, pura e simplesmente, a participação de alguém num dado negócio de interesse da Administração Pública. Mas será de plena valia se predisposta a vedar a participação de sociedade de fachada, constituída tão-somente, (sic) para fraudar a lei ou contornar sanções impostas a outra criada pelos mesmos sócios, com idênticos objetivos sociais, com sede e funcionamento no mesmo local, utilizando ambas as mesmas instalações, bens, equipamentos e empregados. Logo, não decretar, em hipóteses que tais, a desconsideração da pessoa jurídica seria pactuar com a fraude e com o abuso de direito e, por conseguinte, contrariar o interesse público. (GASPARINI, 2008, p. 144).

Da mesma forma, o princípio da moralidade administrativa, também estampado no art. 37, *caput*, da Lei Maior, seria violado caso se entendesse impraticável a desconsideração administrativa da personalidade jurídica. Sobre o assunto, é imperativo trazer à colação, uma vez mais, as lições de Gasparini (2008, p. 144-145), que, com enfoque nos procedimentos licitatórios, aborda o problema da adoção da *disregard doctrine* como decorrência da moralidade nos seguintes termos:

Os sócios de uma empresa declarada inidônea para licitar e contratar com a Administração Pública, que constituem outra, com o mesmo capital, com os mesmos objetivos e no mesmo endereço, permitindo que da empresa assim usem seus empregados, bens, equipamentos e instalações, certamente estão afrontando esse princípio e isso seria motivo mais que suficiente para a desconsideração da personalidade dessa pessoa jurídica. Ademais, se assim não ocorresse, a Administração Pública também estaria maltratando esse princípio e, portanto, cometendo a ilegalidade, pois nos termos do art. 37 da Lei Maior é-lhe de obediência obrigatória. Em sendo assim, como não enxergar legitimidade na decretação administrativa da desconsideração da personalidade jurídica a fraudar a lei, cometer abusos e violar o interesse público?

Posto isso, aplicando-se a teoria de Dworkin à hipótese, tem-se que a interpretação jurídica que melhor se adéqua, com base nos princípios constitucionais envolvidos, à realidade da Administração Pública é aquela que

pugna pela possibilidade de se decretar a desconsideração administrativa da pessoa jurídica. Essa solução, além de preencher as expectativas do conjunto social sobre a correta aplicação do Direito ao caso concreto (*justice*), mantém intacta a crença na estabilidade que a regra do art. 50 do Código Civil proporciona à comunidade jurídica (*fairness*). Fala-se em manutenção da estabilidade porque, como as razões empíricas que deram azo à previsão da reserva jurisdicional não se fazem presentes na *disregard* praticada pela Administração, não há porque vislumbrar que a força normativa da regra esteja a ser contestada pelo Poder Público. Longe disso, o que se pretende é, tão-somente, aplicar a regra de modo adequado a situações especiais, não abarcadas corretamente pelo discurso de justificação que deu origem ao comando legal.

Demonstrando o acerto desse pensamento, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já reconheceu a legitimidade de a Administração Pública desconsiderar, por ato seu, a personalidade jurídica de modo a reprimir abusos praticados em detrimento do patrimônio público. A esse respeito, confira-se a ementa do acórdão exarado nos autos do RO em MS nº 15.166/BA:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.

– A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à (sic) aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações, Lei nº 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

– A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o

contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.
– Recurso a que se nega provimento. (BRASIL, 2003).

Como bem afirmado pelo STJ, a descon sideração administrativa, para ser validamente efetivada, há de respeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa. Aliás, é exatamente por estar a atuação do agente público sujeita a limitações e condicionamentos rígidos e específicos, como o respeito a essas garantias constitucionais dos administrados, que a *disregard doctrine* pode ser diretamente aplicada pelo Poder Público, ao passo que os particulares, nas relações privadas, estão impedidos de fazê-lo. No mesmo sentido, pronunciou-se Diógenes Gasparini (2008, p. 148):

A ampla defesa, (sic) somente será ampla se for permitido (sic), como deve ser, a quem se tenha atribuído um ato ilícito ou se queira impor uma restrição de direito, a sua apresentação antes da decisão administrativa. [...] De sorte que, ao pretender a Administração Pública punir um certo servidor, declarar a invalidade de determinada permissão de serviço público ou decretar a descon sideração da personalidade jurídica, deve a um e outro propiciar a efetiva realização, nos termos colocados, do contraditório e da ampla defesa em processo administrativo formal, regular e autônomo.

Posto isso, é possível concluir que a Administração Pública, no exercício de suas competências legais, não se subordina à reserva de jurisdição prevista no art. 50 do Código Civil, sendo lícito que descon sidera diretamente a personalidade jurídica quando se depara com hipóteses de abuso do instituto. Antes de promover a descon sideração, no entanto, deve o agente público franquear aos envolvidos o direito de participar argumentativamente da decisão, dando-lhe a oportunidade de se defender no bojo de procedimento realizado com contraditório pleno.

3.1 Aplicação da teoria da desconsideração no âmbito dos processos administrativos punitivos conduzidos pelo Banco Central do Brasil

Como visto no tópico anterior, uma leitura do art. 50 do Código Civil à luz do paradigma pós-positivista do Direito leva o intérprete à conclusão de que a Administração Pública está autorizada, no âmbito das relações mantidas com os administrados, a utilizar a *disregard doctrine*, valendo-se de seu poder de império para afastar a autonomia patrimonial de entidades que abusam de sua personalidade jurídica.

Não seria de se aplicar entendimento distinto ao caso dos processos punitivos conduzidos pelo Banco Central do Brasil (BCB). Com efeito, o processo administrativo instaurado para apurar a prática de ilícitos é um dos instrumentos mais eficazes de que dispõe o BCB para exercer devidamente seu dever-poder de fiscalização do Sistema Financeiro Nacional. É por intermédio dele que a autarquia define os responsáveis por condutas antijurídicas e, após a realização de contraditório pleno, inflige as sanções previstas nas normas pertinentes ou determina o arquivamento da investigação.

Com vistas a se esquivar dessa espécie de fiscalização promovida pela autoridade monetária, alguns indivíduos tem-se utilizado de ardilosos meios para se esconder atrás de pessoas jurídicas, impedindo que as penas eventualmente aplicadas atinjam diretamente seu próprio patrimônio. Isso porque, principalmente na área de ilícitos cambiais, muitos dos processos administrativos são instaurados para averiguar os atos praticados por sociedades empresárias, não pelas pessoas naturais que as administram ou compõem o seu quadro societário.

Nesse contexto, administrados de má-fé criam sociedades fictícias, destituídas de qualquer patrimônio e integradas, no mais das vezes, por laranjas, e praticam, por meio delas, uma vasta gama de condutas incompatíveis com as normas que estruturam o Sistema Financeiro Nacional. Em tais casos, o Banco Central do Brasil, atuando com supremacia em relação aos agentes econômicos que figuram no ramo da atividade fiscalizada, poderá se valer da desconsideração da personalidade jurídica, em defesa do interesse público, para coibir essas práticas

abusivas. Pelas mesmas razões expostas no tópico anterior, pode-se afirmar não estarem presentes no caso os motivos que justificaram, no plano legislativo, a sindicabilidade judicial encartada no art. 50 do Código Civil. Destarte, o afastamento temporário da personalidade pode ser promovido diretamente pela autoridade monetário-financeira no curso de procedimentos por ela instaurados.

Com efeito, o Banco Central do Brasil exerce o papel de aplicador/intérprete da norma jurídica sancionadora ao verificar, no curso de processos administrativos por ele conduzidos, a subsunção de determinada conduta à hipótese legal, definindo os responsáveis pela prática de ilícitos e aplicando a eles as penalidades cabíveis. Assim, se respeitados forem o contraditório e a ampla defesa, lícito é que a autarquia, percebendo a fraude ou o abuso da personalidade praticados em detrimento do interesse público protegido pelo BCB, valha-se da desconsideração da personalidade para atingir diretamente os responsáveis pelo ilícito.

Perceba-se, no ponto, que a responsabilização em tela, levada a cabo após o afastamento da personalidade jurídica, só tem lugar nos casos em que a sociedade (ou outro ente abstrato) apresentar-se como obstáculo à aplicação da norma sancionadora. Em situações tais, a pena haveria de ser impingida unicamente à pessoa jurídica, não havendo previsão de apenação dos sócios ou dos administradores. Consoante se viu acima, razão não há para se lançar mão da *disregard doctrine* quando o ordenamento jurídico prevê expressamente a imputação da responsabilidade aos indivíduos que compõem ou atuam no ente abstrato. Em tais situações, o gestor da sociedade ou o sócio deverá integrar um dos polos da relação processual administrativa na qualidade de interessado, sendo-lhe franqueado exercício pleno da ampla defesa. A título de exemplo, é de se fazer menção aos casos em que o Banco Central do Brasil se vê diante de condutas praticadas por diretores, membros de conselhos e gerentes de instituições financeiras em infração aos comandos da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Uma vez que o art. 44 desse ato normativo prevê a responsabilização de tais pessoas pelos ilícitos por eles perpetrados, a autarquia instaura contra eles processos administrativos punitivos, aplicando-lhes diretamente as penalidades cabíveis, sem necessidade de se arguir a desconsideração administrativa da personalidade.

A necessidade de utilização da *disregard doctrine* se faz presente quando o infrator, nos termos da norma jurídica apenadora, ou bem é a pessoa jurídica

ou bem a pessoa física responsável pela operação (em geral, uma operação de exportação ou de importação)³ tida por ilícita. Como, na realidade brasileira, a atividade empresária é ordinariamente exercida por intermédio de pessoas jurídicas (as sociedade empresárias), raros são os casos em que uma operação não será imputada a essas entidades abstratas. Assim, tendo havido utilização abusiva da personalidade jurídica por parte de indivíduos que visam a se furtar às sanções administrativas, a única maneira de a autoridade administrativa alcançar esses infratores é por intermédio do afastamento temporário da personalidade e, por conseguinte, da autonomia patrimonial.

Transpondo-se, destarte, as conclusões lançadas no tópico anterior à atuação sancionadora desenvolvida pelo Banco Central do Brasil, pode o jurista afirmar que as razões autorizadoras da desconsideração administrativa se fazem presentes, *in totum*, na realidade punitiva vivenciada pela autarquia. A autoridade monetária e financeira, no bojo dos processos administrativos punitivos, pode, desde que respeitados os princípios e regras que regem a atividade administrativa, bem como uma vez observado o direito ao contraditório e à ampla defesa do administrado, valer-se da *disregard doctrine* para apenar diretamente os sócios ou os administradores que, de modo abusivo, tenha utilizado a sociedade como um embuste para a prática de delitos.

4 Conclusão

Fato é que a associação para a consecução de fins coletivos constitui uma das características básicas do comportamento humano, pois, como já se disse, o homem é um ser eminentemente social. O reconhecimento jurídico das coletividades de indivíduos propiciou, ao longo dos últimos séculos, o desenvolvimento econômico e social das comunidades, mitigando os riscos de empreendimentos de maior vulto e possibilitando a consecução de tarefas não realizáveis por pessoas isoladamente. A importância econômico-social da personalidade jurídica é, portanto, inegável.

3 Os ilícitos administrativos que, em geral, dão origem à necessidade de aplicação da *disregard doctrine* são aqueles ligados à falta de cobertura cambial em operações de exportação (Decreto nº 23.258, de 1933), operações cambiais irregulares (Lei nº 4.131, de 1962), e o não pagamento de importações (Lei nº 9.817, de 1999, sucedida pela Lei nº 10.755, de 2003).

No entanto, a utilização abusiva do instituto acarretou prejuízos injustificados a credores de boa-fé, exigindo dos operadores do Direito a busca de solução que combatesse esses abusos sem desfigurar a personalidade. Surgiu assim, no Direito anglo-saxão, a *disregard doctrine*, instrumento que viabilizou o afastamento temporário da personalidade, de modo a permitir que as pessoas naturais que dela se valeram de modo ilícito tivessem seu patrimônio atingido diretamente.

No Brasil, esse instrumento foi denominado teoria da desconsideração da personalidade jurídica, tendo sido aplicado pelos tribunais mesmo antes da existência de qualquer previsão normativa a seu respeito. Já em 2002, o art. 50 do Código Civil cuidou de tratar de modo amplo da desconsideração, estipulando como requisitos de incidência do mecanismo a existência de abuso ou de fraude no uso da pessoa jurídica, bem como a colheita de autorização judicial, a pedido das partes ou do Ministério Público.

No âmbito administrativo, contudo, a regra do art. 50 não seria integralmente aplicável, por inexistirem, nessa específica realidade jurídica, as razões que ensejaram a criação/justificação da norma. A reserva de jurisdição nela prevista objetiva proteger a integridade e a eficácia do instituto da personalidade, evitando que fosse ele banalizado por seu uso indiscriminado em relações jurídicas pautadas na horizontalidade. No entanto, o relacionamento entre a Administração Pública e seus administrados se baseia, em geral, na verticalidade, ou seja, na submissão desses às decisões/entendimentos alcançados por aquela. Demais disso, a interpretação/aplicação da norma jurídica levada a cabo pelo administrador público é regida e limitada por uma série de regras, princípios e controles desenhados para proteger os administrados. Assim, legítimo é que a própria Administração Pública, quando situada em patamar de supremacia em relação ao particular, aplique diretamente a desconsideração da personalidade, afastando, temporariamente e em benefício do interesse público, a autonomia patrimonial do ente abstrato.

Nessa esteira, o Banco Central do Brasil, nos processos administrativos punitivos por ele instaurados, está apto a se valer da *disregard doctrine*, buscando impingir as sanções administrativas aos indivíduos que utilizaram abusivamente a personalidade jurídica com o objetivo de se furta ao cumprimento da lei.

Todavia, com vistas a atuar de modo válido, só poderá a autarquia promover

a desconsideração após ter garantido ao interessado, no bojo de processo administrativo, o direito ao contraditório e a ampla defesa, examinando devidamente todos os argumentos por ele apresentados.

Referências

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. RMS nº 15.166/BA. DJ 8/9/2003. Brasília, 2003.
- COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martin Fontes, 2003.
- _____. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martin Fontes, 2002.
- FARIAS, Luciano Chaves de. Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa. In: **Revista Zênite de Licitações e Contratos**, Brasília, ano XIV, n. 163, p. 778-788, ago. 2007.
- _____. Desconsideração da Personalidade Jurídica na Esfera Administrativa. In: **Revista de Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 5, n. 25, p. 24-40, mar. 2009.
- GASPARINI, Diógenes. Desconsideração Administrativa da Personalidade Jurídica. In: BOLZAN, Fabrício; MARINELA, Fernanda (Orgs.). **Leituras Complementares de Direito Administrativo – Advocacia Pública**. Salvador: JusPodivm, 2008.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine) e os Grupos de Empresas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LOVATO, Rafael. Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 199-234, jun./2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 6. ed. São Paulo: RT, 2002.

POLO, Antônio. Empresa y Sociedad. In: **Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues**. Madri: Tecnos, 1971. p. 311-372. v. 1.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

A Repersonalização do Direito Civil a partir da Perspectiva do Direito Civil Constitucional

Geraldo Frazão de Aquino Júnior*

1 Introdução. 2 Intervenção estatal nas relações privadas. 3 Constitucionalização dos principais institutos de Direito Civil. 4 Constitucionalização versus publicização. 5 Tradição patrimonialista do Direito Civil e as tendências de repersonalização. 6 A tutela da personalidade. 7 A tutela da personalidade no Código Civil. 8 Considerações finais: a insuficiência das orientações doutrinárias tradicionais.

Resumo

Estuda a repersonalização do Direito Civil tendo em conta a perspectiva do Direito Civil Constitucional, que, diante da necessidade de deslocar a preocupação do indivíduo para as atividades por ele desempenhadas, exige nova hermenêutica do Direito Positivo, visando adequá-lo aos valores expressos pela Constituição Federal. Em síntese, busca evidenciar o deslocamento axiológico-interpretativo do Código Civil para a Constituição, firmando-se a personalização como um movimento de valorização e centralidade do ser humano na ordem jurídica.

Palavras-chave: Repersonalização. Direito Civil Constitucional. Tutela da personalidade. Constitucionalização.

* Graduado em Direito e em Engenharia Elétrica pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental pela Escola Nacional de Administração Pública (Enap). Especialista em Direito Público pelo ATF Cursos Jurídicos/Faculdade Maurício de Nassau. Ex-Professor de Direito Administrativo do ATF Cursos Jurídicos. Mestre em Direito e em Engenharia Elétrica pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Analista do Banco Central do Brasil.

Abstract

The object of this paper is the study of the repersonalization of the civil law taking into account the perspective of the civil constitutional law that, in view of the necessity of dislocating the preoccupation from the individual to the activities performed by him, demands a new hermeneutics of the positive law, aiming to adapt it to the values expressed in the Federal Constitution. In brief, the research tries to evidence the axiologic and interpretative dislocation from the Civil Law to the Constitution, establishing the personalization as a movement of valorization and centralization of the human being in the juridical order.

Keywords: *Repersonalization. Civil Constitutional Law. Personality tutelage. Constitutionalization.*

1 Introdução

O caminhar evolutivo do Direito Civil atravessa a história do Direito romano-germânico há mais de dois mil anos; é um fenômeno cultural caracterizado pela historicidade (formando-se gradativamente ao longo da história da civilização ocidental) e pela continuidade (mantendo-se como processo constante de modo a propor soluções para os problemas que lhe são próprios). Foi formado, inicialmente, pelas reiteradas decisões dos juízes romanos e transformou-se, por grande esforço de abstração, em regras gerais que vieram a constituir-se no Direito Positivo de cada povo (AMARAL, 2003, p. 110-111).

Diante da necessidade de unificar e uniformizar a legislação vigente, dando-lhe mais estabilidade, iniciou-se o processo de codificação, fruto do pensamento jusracionalista que via nos códigos instrumentos de planejamento global da sociedade. Os códigos tinham a pretensão de constituir-se em um sistema de regras organicamente coordenadas, agrupadas em institutos e visando à generalidade e à plenitude. Sua finalidade era simplificar o sistema jurídico, facilitar a aplicação do Direito e permitir a elaboração de princípios gerais do ordenamento. No âmbito do Direito Privado, ocupava o centro da disciplina

social, realizando o espírito da época consubstanciado no individualismo jurídico próprio do pensamento liberal.

No caso brasileiro, o Código Civil de 1916 foi inspirado no Código de Napoleão, alicerçado nos paradigmas do individualismo e do voluntarismo que marcaram a história contemporânea (DONEDA, 2003, p. 37-42). Naquela época, a tônica jusprivatista do Estado liberal era o indivíduo como núcleo do qual irradiavam as relações jurídicas. O pleno gozo da liberdade de contratar, de ser proprietário, de fazer circular as riquezas e de adquirir bens retratam o pano de fundo do momento histórico ao qual o Código Civil de 1916 não se furtou de abraçar, traduzindo os valores consagrados no final do século XIX e início do século XX. O campo dos valores estava assentado no tripé patrimonialismo, individualismo e voluntarismo: o código voltava-se a proteger, preponderantemente, os direitos individuais da classe burguesa, tutelando, em especial, a propriedade, o contrato e a família.

O Estado, por seu turno, abstinha-se de intervir na ordem econômica, cabendo à iniciativa privada definir o modo de produção e de desenvolvimento a serem seguidos, o que privilegiava seus próprios interesses e atendia às exigências da economia capitalista. O livre mercado (*laissez faire, laissez passer*) foi o terreno fértil no qual frutificou a desmedida liberdade de contratar, em cujo cenário irrompeu o fosso entre a igualdade formal e a material, solidificando a concentração de poder e riqueza em ínfima parcela da sociedade. A circulação de riqueza, proporcionada pelo contrato, ficava, então, adstrita àqueles que detinham o capital.

O Código Civil, então, cumpria o papel de Constituição do Direito Privado, apartando o Poder Público dos particulares, uma vez que a ingerência daquele no âmbito de atuação destes era minimizada: o Direito Público não interferia no Privado. O Código almejava a completude e cumpria o papel de estatuto único das relações privadas. Essa atribuição vinha ao encontro da tão desejada “segurança jurídica” quanto à disciplina balizadora dos negócios, garantindo regras estáveis, para não dizer imutáveis, nas relações econômicas. Desse valor de segurança jurídica nasceu a pretensão de estabilidade dos códigos, considerados como capazes de abarcar toda a múltipla gama das relações jurídicas privadas (LORENZETTI, 1998, p. 42).

Essa era de segurança e estabilidade marcou o Estado liberal, caracterizado pela separação de poderes, pela limitação do poder político, pela garantia dos direitos individuais e pela distinção entre Direito Público e Privado. Tinha por função essencial garantir os direitos individuais, principalmente a liberdade e a propriedade. No entanto, esse paradigma começa a desvanecer, na Europa, já na segunda metade do século XIX, trazendo reflexos, no Brasil, a partir do primeiro quartel do século XX.

2 Intervenção estatal nas relações privadas

Com a intervenção crescente do poder público nas relações privadas, deflagradas pelos movimentos sociais e pelo processo de industrialização então nascente, o Estado liberal dá lugar ao Estado social, marcado pelo princípio da solidariedade. Referência dessa época, a Constituição de Weimar (1919) preconizava a tutela dos direitos sociais e priorizava a justiça social e a supremacia da segurança coletiva sobre a individual. Foi a primeira das constituições europeias a preocupar-se profundamente com a questão social.

Com o advento do Estado social ou intervencionista, a codificação civil-liberal vê-se abalada em seus fundamentos. Os princípios sociais, em especial o da solidariedade social, passam a ditar a realidade socioeconômica, dirigindo-a de modo a estar em estreita correlação com as exigências fundamentais de justiça e de garantia de uma existência digna a todos. O Estado, com o fito de reequilibrar as forças sociais, faz uso de leis extracodificadas para aplacar as demandas contingentes e conjunturais. Essas leis excepcionais, apesar de eventualmente contrariarem o Código, não lhe tiravam o papel de ordenador único das relações privadas: a completude almejada ainda perdurava (TEPEDINO, 2004b, p. 4).

Essa completude não foi abalada naquele momento em virtude de a legislação emergencial ter caráter casuístico, abordando apenas determinados pontos, sem que se alterasse substancialmente a centralidade do Código. No entanto, pouco a pouco, ainda na primeira metade do século passado, grande número de leis extravagantes – sem caráter emergencial – passou a normatizar matérias não reguladas pelo Código. Essas leis especiais caminhavam lado a lado com as normas codificadas, fazendo que estas não mais representassem o Direito

exclusivo regulador das relações privadas. Tendo em conta seu caráter de especialização, essas leis serviram de instrumento para que o legislador efetivasse as intervenções assistencialistas características do Estado social, levadas a efeito em consonância com a Carta Constitucional de 1934. Esse fenômeno ficou conhecido como dirigismo contratual. Dá-se uma ruptura entre o instrumental teórico próprio da dogmática jurídica e a realidade econômica: os novos fatos sociais exigiram dos operadores do Direito uma atuação no sentido de adaptá-lo à realidade para a qual o Código não estava preparado. Daí, sob a égide da ordem pública, o Estado ia ampliando sua ação interventiva na esfera privada.

Essa ampliação vai ao encontro dos movimentos sociais surgidos em função das crescentes dificuldades econômicas, em especial após a Grande Depressão. Os princípios e normas que estabeleciam deveres sociais e que asseguravam o primado do social sobre o individual passaram a ser inseridos no corpo da Constituição, delimitando o alcance de importantes institutos do Direito Privado, como a família, a propriedade e o contrato. Essa mudança de paradigma é bem representada pela Constituição de 1946.

Nessa nova configuração, temas que eram reservados exclusivamente ao Código Civil passam a fazer parte do texto constitucional e da legislação extracodificada: a antiga centralidade do Código cai diante da necessidade de deslocar a preocupação central do indivíduo para as atividades por ele desempenhadas, assim como de garantir os objetivos sociais e econômicos definidos pelo Estado. Em certos setores, subtraem-se do Código determinadas matérias, que passaram a ser disciplinadas por leis extravagantes.

Esse mecanismo chega ao ápice com a Constituição Federal de 1988, que exige uma nova hermenêutica do Código Civil, baseada nos princípios constitucionais e nos direitos fundamentais, os quais se impõem às relações interprivadas e aos interesses particulares. Evidencia-se a subordinação da norma de Direito Positivo a um conjunto de disposições com maior grau de generalização, ou seja, a princípios e valores dos quais não mais pode ser dissociada. A Constituição imprime um novo papel ao Código Civil, que passa a ser valorado juntamente com os diversos diplomas legais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Locações.

Esses estatutos não se limitam a regular o Direito substancial, mas também versam sobre outros ramos do Direito, como o Processual, o Penal e

o Administrativo. Nessa técnica legislativa, o legislador faz uso abundante das cláusulas gerais, metas, diretrizes, políticas e programas. A tipificação taxativa cede passo a cláusulas abertas. A linguagem utilizada pelo legislador visa, agora, a atender exigências específicas, calcadas em demandas setoriais de áreas como informática, economia e meio ambiente, agindo, no mais das vezes, mediante leis de incentivo, por meio do oferecimento de vantagens aos destinatários da norma, identificando-se com a função promocional do Direito, e não mais se atendo exclusivamente à atuação repressiva. O legislador, na esteira do quanto preconizado pelo texto constitucional, volta-se à proteção de situações jurídicas disciplinadas sob a ótica patrimonial, condicionando-as ao cumprimento de deveres não patrimoniais, com o fim de tutelar a dignidade da pessoa humana e de realizar a personalidade. O legislador passa também à posição de negociador, uma vez que terá de lidar com os mais diversos grupos de pressão preocupados com o debate e a regulação de seus interesses setoriais.

Diante dessa situação, o Direito Civil perde a condição de sistema único que congregava as normas reguladoras da vida privada. Passam a gravitar em torno dele diversos microssistemas formados pelos estatutos. Entretanto, se se leva às últimas consequências a independência temática desses microssistemas, atribuindo ao Código Civil função meramente residual, aplicável apenas àquelas questões não tratadas pelas leis especiais, ter-se-ia um Direito Civil fragmentado, formado por legislações isoladas que não se comunicariam, muitas vezes informadas por princípios e valores os mais diversos.

No dizer de Lorenzetti (1998, p. 45):

A explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica, semelhante ao sistema planetário. Criaram-se microssistemas jurídicos que, da mesma forma como os planetas, giram com autonomia própria; sua vida é independente; o Código é como o sol, ilumina-os, colabora em suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles.

A par da realidade constitucional, na qual o constituinte definiu os princípios e valores que deverão nortear as relações de Direito Civil, urge interpretar as normas regentes das relações privadas à luz da Constituição. O ponto de referência axiológico-interpretativo há de deslocar-se do Código Civil para a Constituição.

3 Constitucionalização dos principais institutos de Direito Civil

Quanto à família, houve profundas modificações em sua função, natureza e concepção, especialmente após o advento do Estado social. A família patriarcal, fundada nas funções econômica, política, religiosa e procriadora, cedeu lugar àquela baseada na afetividade e na dignidade de cada um de seus membros. A família é o espaço de realização da pessoa, fenômeno denominado repersonalização das relações civis, que marca a valorização da pessoa em vez de enfatizar seu patrimônio. A família atual busca na solidariedade (art. 3º, I, da Constituição Federal [CF]) sua identificação, como um dos fundamentos da afetividade. O princípio da afetividade encontra esteio na própria Constituição Federal (arts. 226, § 4º, e 227, §§ 5º e 6º). Ademais, a Constituição brasileira inovou ao reconhecer não só a entidade matrimonializada, mas também a união estável e a família monoparental, permitindo a interpretação extensiva de modo a englobar as demais entidades implícitas, tais como a homoafetiva, a anaparental e a pluriparental (LÔBO, 2002a). A Constituição consagrou a igualdade de todos os filhos e estes devem ser protagonistas de seu próprio desenvolvimento educacional. Os laços de afetividade e da convivência familiar são mais importantes do que os simples laços sanguíneos e, se houver conflito com o dado biológico, deverão prevalecer aqueles em detrimento destes, salvo se o melhor interesse da criança ou o princípio da dignidade da pessoa humana indicarem o contrário.

A família está fundada na afetividade. Enquanto esta existir, haverá a família, unida por laços de liberdade, responsabilidade e colaboração. “Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização” (LÔBO, 2004). Representa a primazia da pessoa nas relações de família. A família, antes composta por sujeitos atomizados, passa a fundar-se na solidariedade, na cooperação e no respeito à dignidade de seus membros. É espaço de realização pessoal no qual os interesses patrimoniais perderam sua preponderância. Representa, enfim, o *locus* por excelência da realização plena do princípio estruturante da dignidade da pessoa humana.

No que concerne ao direito de propriedade, a Constituição Federal, nos incs. XXII e XXIII do art. 5º, garantiu-o, condicionando-o ao atendimento

de sua função social. A propriedade privada e a função social da propriedade são princípios expressos da ordem econômica (art. 170, II e III). A própria Constituição delimita o alcance da função social: no caso da propriedade urbana, sua função social é cumprida quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas em seu plano diretor (art. 182, § 2º); no da rural, quando atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos requisitos elencados no art. 186. Ao mesmo tempo, o constituinte incluiu, entre os objetivos fundamentais da República, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, inserindo como fundamento da República a dignidade da pessoa humana (art. 3º, III, c/c art. 1º, III). Desses últimos elementos, defluem-se os princípios da igualdade substancial e da justiça distributiva, que fazem que a função social da propriedade tenha conteúdo determinado, haurido da própria Constituição, e que deve nortear a atividade interpretativa. Assim, torna-se insuscetível de desapropriação a propriedade que promova – com sua utilização – os princípios fundamentais da República, isto é, há uma funcionalização da propriedade privada a esses princípios, estando os preceitos da norma de Direito Privado vinculados aos princípios constitucionais.

Se a propriedade é um dos institutos fundamentais da ordem jurídica privada, constituindo-se no alicerce da vida econômica dos indivíduos no que concerne à estática patrimonial, o contrato e as obrigações dele decorrentes representam o elemento dinâmico do Direito patrimonial, tendo por objetivo precípuo a circulação dos bens econômicos. A propriedade e o contrato consubstanciam os institutos representativos do individualismo jurídico e da liberdade no Direito Civil, construído tendo por princípio a igualdade de poder e a soberania individual: reconhece-se a autonomia individual, que se traduz na liberdade e na autonomia privada, poder de autorregulamentação jurídica dos próprios interesses por meio do negócio jurídico. O contrato é, assim, o acordo de vontades contrapostas com o fim de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, em que uma das partes pode exigir da outra uma prestação específica.

Assim, quanto ao contrato, depreende-se que os princípios gerais da atividade econômica, delineados nos arts. 170 e seguintes da Constituição, demonstram que o paradigma seguido não é o mesmo da concepção liberal, que contemplava uma igualdade formal entre indivíduos autônomos, realizando uma função

meramente individual (*pacta sunt servanda*) na qual o Estado se abstinha de interferir, o que caracterizava o ideal de segurança e estabilidade. Os contornos estabelecidos constitucionalmente apenas admitem o contrato que realiza a função social, a ela condicionando os interesses individuais (art. 170, §§ 1º e 3º). Nessa linha, o Código Civil estabelece que a liberdade de contratar seja exercida em razão e nos limites da função social do contrato, prevendo a nulidade de qualquer convenção que contrarie a função social da propriedade e dos contratos (art. 421 c/c art. 2.035, parágrafo único).

Exemplificativamente, pode-se citar a cláusula geral de boa-fé objetiva, de que tratam os arts. 113 e 422 do Código Civil, cuja leitura deve ser integrada aos princípios constitucionais informadores da ordem econômica (art. 170, da CF) e aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF), da solidariedade social (art. 3º, I, da CF) e da igualdade substancial (art. 3º, III, da CF). Daí, quando o Código Civil, no art. 421, dispõe que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, deve-se entender a função social como o dever imposto aos contratantes de observar os interesses extracontratuais socialmente relevantes e dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos: tanto na fase pré-contratual quanto na contratual e na pós-contratual, devem as partes comportar-se com lealdade e confiança, pautadas na informação e transparência. A norma constitucional torna-se, assim, o embasamento primário e justificador da relevância jurídica das relações sociais, não só como regra de hermenêutica, mas como norma de comportamento apta a conformar as situações subjetivas aos valores inscritos na Constituição. Rompe-se com a mentalidade individualista em que se calçou o Código de 1916 para alcançar um novo corpo de valores, sedimentado na solidariedade e justiça social. Em havendo afronta ao princípio da justiça social, caberá ao Estado-juiz, hermeneuticamente, preencher os conceitos indeterminados subjacentes a esse princípio, de modo a captar os valores predominantes na sociedade.

O contrato, no Estado social, passou a ter função social, cujo centro nuclear gravita em torno da noção de equidade, boa-fé, segurança e justiça social. Essa evolução da teoria contratual, acompanhando as mudanças sociais, tem como exemplo emblemático os direitos do consumidor, nos quais predominam os contratos de massa. O contrato transformou-se para adequar-se ao tipo

de organização econômica predominante, mas continua a representar o instrumento, por excelência, da liberdade de iniciativa. Reduz-se a importância do princípio da autonomia da vontade para amoldar-se às particularidades da sociedade moderna, que evoluiu, superando o dogma da autonomia da vontade como norte intransponível e abrindo espaço para a adoção dos princípios da boa-fé objetiva e da tutela do hipossuficiente.

O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, no que concerne aos aspectos contratuais da proteção do consumidor, rompe com a tradição assentada no liberalismo para estabelecer uma visão social, comunitária. Entre outros pontos, relativiza-se o princípio da intangibilidade do conteúdo do contrato e enfatiza-se o princípio da conservação do contrato; institui-se a boa-fé como princípio basilar informador das relações de consumo; impõe-se o dever de o consumidor receber informação adequada e clara sobre os produtos e serviços, além de ser protegido contra a publicidade enganosa ou abusiva.

Vale ressaltar que os princípios sociais (função social do contrato, boa-fé objetiva, equivalência material do contrato) não excluem os princípios clássicos liberais (autonomia privada, *pacta sunt servanda* e eficácia relativa às partes contratantes), mas limitam seu alcance e conteúdo. Não há antagonismo entre os princípios sociais e os liberais: cada um reflete o espírito predominante em sua época. Não obstante, aqueles devem, no Estado social, sobrepor-se a estes quando não for possível a harmonização (LÔBO, 2002b).

Esses novos paradigmas contratuais amparam os contratantes na medida em que proporcionam o equilíbrio entre as partes mediante a disciplina das cláusulas contratuais gerais, pela teoria da imprevisão, pela resolução por onerosidade excessiva e pela garantia deferida ao contratante vulnerável, fundamentados na boa-fé objetiva que fornece critérios interpretativos e é fonte de deveres e limitações para as partes. Privilegia-se, fundamentalmente, a tutela da personalidade humana em seu mais amplo espectro, exurgindo o princípio da dignidade humana como balizador estruturante e conformador das relações sociais.

Nesse contexto, o trabalho hermenêutico deverá caminhar na direção da perspectiva civil-constitucional. Da Constituição emanam os princípios e regras que deverão guiar a atividade interpretativa, uma vez que institutos de Direito Privado estão tutelados e dimensionados pelo próprio texto constitucional. Permite-se, com essa nova ótica, um revigoramento dos institutos de Direito Civil,

de modo a compatibilizá-los com a realidade social e econômica atual. Importância especial deve ser dirigida às cláusulas gerais: o legislador vem modificando sua forma de legislar, não mais dando ênfase à descrição pormenorizada de situações-tipo bem delineadas, mas mediante cláusulas gerais, comandos aplicáveis direta e imediatamente nos casos concretos, pois, diante da velocidade das transformações, torna-se praticamente impossível regular as inúmeras situações diante das quais o sujeito de direito pode encontrar-se.

4 Constitucionalização *versus* publicização

O processo denominado constitucionalização do Direito Civil vem sendo engendrado, no Brasil, desde o final do século passado e tem como fundamento a unidade hermenêutica da Constituição, considerada o ápice conformador da elaboração e da aplicação da legislação civil, devendo o jurista, portanto, interpretar o Código Civil à luz da Constituição, e não o contrário. É o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do Direito Civil, estabelecendo-se novos parâmetros para sua interpretação, em especial os valores não patrimoniais.

Segundo Paulo Lôbo (2009, p. 37):

Os principais pressupostos teóricos da doutrina do direito civil na legalidade constitucional, ou do direito civil constitucional, concernem: a) à natureza normativa da Constituição e de suas normas, libertando-se do preconceito de seus fins meramente programáticos; b) à complexidade e unitariedade do ordenamento jurídico, ante a pluralidade das fontes de direito, segundo os princípios constitucionais e os valores fundamentais; c) uma renovada teoria da interpretação jurídica não formalista, tendo em vista os valores e os fins a serem aplicados. A norma, clara ou não, deve ser interpretada em conformidade com os princípios e valores do ordenamento, resultando de um procedimento argumentativo não apenas lógico, mas axiológico, inspirado no princípio da dignidade da pessoa humana como prioritário no confronto com os interesses superiores do Estado e do mercado.

O fenômeno da constitucionalização não se confunde com a publicização. Esta é a paulatina supressão de matérias tradicionalmente tratadas no âmbito do Direito Privado que foram transferidas para o Direito Público. A publicização deveu-se à crescente intervenção estatal nas relações privadas, atributo do Estado social. Assim, o processo de intervenção legislativa infraconstitucional caracteriza a publicização, enquanto que a constitucionalização, conforme já ressaltado, submete o direito positivo aos fundamentos de validade estabelecidos na Constituição.

Analisando esse fenômeno, afirma Lorenzetti (1998, p. 252-253):

A Constituição tem disposições de conteúdo civilista aplicáveis ao âmbito privado. Igualmente, tem em seu seio as normas fundamentais da comunidade, a sua forma de organizar-se, às quais se remete permanentemente o Direito Privado.

De outro ponto de vista, o Direito Privado é Direito Constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição tenta impor. O Direito Privado representa os valores sociais de vigência efetiva.

Por isso é que o Direito Privado se vê modificado por normas constitucionais. Por sua vez, o Direito Civil ascende progressivamente, pretendendo dar caráter fundamental a muitas de suas regras, produzindo-se então uma “constitucionalização do Direito Civil.”

A Constituição é, destarte, fonte de regras de Direito Privado que possuem importância fundamental, pois condiciona o intérprete, o magistrado e o legislador.

5 Tradição patrimonialista do Direito Civil e as tendências de repersonalização

O valor em torno do qual gravitavam os demais interesses juridicamente tutelados era, na codificação civil liberal, a propriedade. Essa preponderância do patrimônio fez que a pessoa passasse a exercer papel de coadjuvante, figurando apenas como polo de uma relação jurídica.

Essa patrimonialização das relações civis não se coaduna com os valores fundados na dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal adotou esse valor como fundamento da República (art. 1º, III), o que vem ao encontro da tendência de repersonalização, no sentido de repor a pessoa humana como centro do Direito Civil, deixando o papel de coadjuvante para o patrimônio. Daí a necessidade de se ver a pessoa em toda sua dimensão ontológica, restaurando sua primazia nas relações civis, de modo a atender aos valores estabelecidos constitucionalmente. Centraliza-se, assim, na pessoa – e não no patrimônio – o valor primordial da sociedade.

Assevera Fachin (2003, p. 218 e 231-232):

O Direito Civil deve, com efeito, ser concebido como “serviço da vida”, a partir de sua real raiz antropocêntrica, não para repor em cena o individualismo do século XVIII, nem para retomar a biografia do sujeito jurídico da Revolução Francesa, mas sim para se afastar do tecnicismo e do neutralismo. O labor dessa artesanaria de “repersonalização” e “reetização” leva em conta um sistema aberto e rente à vida, como afirmou o professor Orlando de Carvalho.

[...]

Cabe revelar o comprometimento axiológico da análise jurídica: não é possível uma **ciência** jurídica “pura”. Nessa medida, a “repersonalização” tanto diz respeito ao modo de pensar o Direito quanto à inserção de um outro sentido do sujeito de direito, diverso do sistema clássico, que foi calcado em uma abstração, em um corte da realidade. O reconhecimento disso não implica, necessariamente, o compromisso de colocar algo em seu lugar. Há que se evitar a tentação de suprir a ruptura, como uma solução meramente conceitual. Não é possível imaginar-se que esse viés não reducionista, essa perspectiva não monolítica, que suscita a colheita de materiais que não são jurídicos, não interessaria ao Direito. Desconsiderar-se (sic) esses instrumentos é algo que corrobora para a manutenção do sistema clássico e com a manutenção do *status* do contrato, do patrimônio e da família. (grifei).

Podem-se destacar, nessa linha, algumas tendências na direção da repersonalização (LÔBO, 2009, p. 49): *i*) a aplicação crescente pela jurisprudência dos tribunais do princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento para solução dos conflitos; *ii*) o condicionamento do exercício da

propriedade à sua função social; *iii*) a ampla utilização de princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados para permitir a humanização das soluções jurídicas; *iv*) a compreensão de que o contrato não é intocável quando afronta o equilíbrio material, com onerosidade excessiva para uma das partes; *v*) o respeito às diferenças; *vi*) a concepção de família como espaço de convivência socioafetiva e de realização da dignidade de seus membros; e *vii*) a tutela dos direitos da personalidade.

6 A tutela da personalidade

Vivemos num mundo em que as mudanças se operam rapidamente: o advento da internet, por exemplo, tem sido considerado alavanca de mudança e desenvolvimento das relações humanas. Uma vez que a característica inovadora dessa nova era consiste no fato de o elemento material passar a existir independentemente de um determinado suporte físico ao qual deva aderir, o Direito Privado, em particular, vem sofrendo os reflexos dessas transformações, o que impõe enormes desafios aos juristas, legisladores e aplicadores. Nessa seara, o tema direitos da personalidade oferece grandes dificuldades conceituais, uma vez que a pessoa humana está sujeita a situações não previstas no ordenamento e os operadores do Direito utilizam-se de categorias jurídicas do passado para solucionar controvérsias não enquadráveis nesses institutos (TEPEDINO, 2004a, p. 24).

Fruto da elaboração doutrinária francesa e alemã da segunda metade do século XIX, os direitos da personalidade suscitaram questionamentos acerca de sua existência, destacando-se as teorias que a negavam. Para esses defensores, a personalidade se identificava com a titularidade de direitos e, como tal, não poderia ser, simultaneamente, considerada como objeto deles, pois seria uma contradição lógica. A proteção jurídica limitar-se-ia, então, ao mecanismo da responsabilidade civil.

A crítica que se faz à premissa acima diz respeito ao fato de a personalidade poder ser considerada sob duas óticas. Pode ser vista como capacidade, indicando a titularidade de relações jurídicas, e também como conjunto de características e atributos inerentes à pessoa humana. Nesse segundo caso, a pessoa há que

ser tutelada em todos os casos em que sua personalidade seja agredida. A personalidade tomada como valor é alvo da tutela do ordenamento jurídico, uma vez que seus atributos constitutivos são bens jurídicos. Não obstante, embora se admitisse a existência dos direitos subjetivos atinentes à personalidade, o modelo dos direitos subjetivos patrimoniais ainda era o esquema seguido pela maioria da doutrina.

Mormente a partir das declarações de direitos, que refletiam maior preocupação com a pessoa humana, passou-se a proteger o indivíduo contra o arbítrio do Estado, conferindo-lhe o Direito Público a tutela de sua integridade física, além de outras garantias políticas. Quando a pessoa passou a também ser tutelada nas relações privadas, sua configuração dogmática foi esboçada tendo como parâmetro o direito de propriedade. Assim, havia a convivência entre os direitos subjetivos privados e os direitos subjetivos públicos. Considerava-se, então, que os direitos humanos se referiam aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao Direito Público, enquanto que os direitos da personalidade seriam os mesmos direitos, mas vistos sob a ótica do Direito Privado. Os primeiros protegeriam os indivíduos contra as arbitrariedades do Estado e os últimos, contra os atentados praticados por outras pessoas. Sobre essa dualidade, tecer-se-á, mais adiante, a pertinente crítica.

Os direitos da personalidade possuem as seguintes características: generalidade (concedidos a todos), extrapatrimonialidade (insuscetibilidade de avaliação econômica), caráter absoluto (oponíveis *erga omnes*), inalienabilidade (o titular não pode deles dispor), imprescritibilidade (uma lesão a um direito da personalidade não convalesce com o perecimento da pretensão ressarcitória) e intransmissibilidade (extingue-se com o titular, embora alguns direitos da personalidade possam ser tutelados mesmo após sua morte).

Costuma-se classificá-los em direito à integridade física (*e.g.*: direito à vida, ao próprio corpo, ao cadáver) e direito à integridade moral (*e.g.*: direito à honra, à liberdade, à imagem, ao nome, ao direito moral do autor), que decorrem quer de previsão constitucional, quer de normas infraconstitucionais. O Código Civil regula a matéria nos arts. de 11 a 21. Esses dispositivos tratam, resumidamente, dos atos de disposição do próprio corpo (inclusive de tratamento médico ou intervenção cirúrgica com risco de vida), da tutela do nome e do pseudônimo, do direito à imagem e à honra, sendo veiculadas duas cláusulas gerais nos

arts. 11 (“com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”) e 21 (“a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”).

Os preceitos acima, se conjugados à cláusula geral de tutela da personalidade consubstanciada no art. 1º, III, da Constituição Federal, levam o intérprete a rechaçar a vertente tipificadora do Código Civil, ampliando a tutela da pessoa humana a situações não previstas pelo legislador e protegendo-a em todas as suas possíveis manifestações. A previsão casuística do Código não é capaz de abarcar todo o espectro de possibilidades que a tutela da pessoa exige, razão pela qual se mostra insuficiente para sua completa proteção jurídica.

No que concerne à questão das fontes dos direitos da personalidade, divide-se a doutrina entre o Direito Positivo e as fontes supralegislativas (Direito Natural). Este último existiria antes do Direito Positivo e seria inerente, inato ao próprio homem, atuando como forma de proteção da pessoa humana em face do poder público. As fontes supralegislativas estariam ligadas às posições adotadas pela sociedade em diversas etapas históricas. Essas razões metajurídicas não autorizam, contudo, o desenvolvimento de uma categoria de direitos impostos a uma sociedade independentemente de sua própria formação cultural, uma vez que as situações jurídicas só podem ter por origem o Direito Positivo: os direitos têm seu fundamento na norma positiva. Pode-se, então, considerar os direitos da personalidade como inatos no sentido de que nascem com a pessoa, não obstante serem disciplinados pelo Direito Positivo. Também diverge a doutrina no que diz respeito ao debate entre as correntes pluralista, que defende a existência de múltiplos direitos da personalidade, e a monista, que advoga a existência de um único direito da personalidade.

7 A tutela da personalidade no Código Civil

O Código Civil estabelece, nos arts. 1º e 2º, que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, começando sua personalidade civil a partir do nascimento com vida, pondo-se a salvo, desde a concepção, os direitos do

nascituro. Ser pessoa, na visão clássica, é a possibilidade de atuar no mundo jurídico, ser sujeito de direitos e obrigações (PEREIRA, 2004, p. 213).

Não obstante, a elevação da pessoa humana ao centro do ordenamento – com a instituição de novos valores pela Constituição de 1988 – torna necessária a superação da visão clássica própria do ideário oitocentista da personalidade como a aptidão para que o sujeito figure como titular de direitos e obrigações. Adiciona-se um novo conteúdo à personalidade, reconhecendo-se o valor ético emanado do princípio da dignidade da pessoa humana, considerando a pessoa em todos os seus aspectos e complexidade. Compreende-se a pessoa como valor que requer tutela privilegiada de todos os atributos que a compõem.

Conforme ensina Perlingieri (2007, p. 155-156):

A personalidade é, portanto, não um direito, mas um **valor** (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção atípicas, fundadas no interesse à existência e no exercício da vida de relações. (grifo do autor).

Na mesma linha, esclarece Tepedino (2003, p. XXIII):

A personalidade humana deve ser considerada antes de tudo um valor jurídico, insuscetível, pois, de redução a uma **situação jurídica-tipo** ou a um elenco de **direitos subjetivos típicos**, de modo a se proteger eficaz e efetivamente as múltiplas e renovadas situações em que a pessoa venha a se encontrar, envolta em suas próprias e variadas circunstâncias. Daí resulta que o modelo do direito subjetivo tipificado, adotado pelo Codificador brasileiro, será necessariamente insuficiente para atender às possíveis situações subjetivas em que a personalidade humana reclame tutela jurídica. (grifos do autor).

Como apontado acima, o Código Civil estabelece que a personalidade se inicia a partir do nascimento com vida, referência para a aquisição e perda dos

direitos subjetivos. Estão a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. A seus interesses é conferida proteção jurídica, mas o ordenamento não reconhece o nascituro como pessoa. Surge, então, a questão do início da personalidade, cujas teorias que a explicam podem ser agrupadas em três vertentes: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista (RODRIGUES, 2003, p. 4). A natalista considera que a personalidade começa com o nascimento com vida, não reconhecendo personalidade ao nascituro, embora lhe proteja juridicamente. Não há necessidade de viabilidade ou de forma humana, sendo suficiente o nascimento com vida (separação do ventre materno e entrada de ar nos pulmões). Se nasce com vida, mesmo morrendo em seguida, há a aquisição da personalidade e, por consequência, possibilidade de ser titular de direitos e obrigações que, com a morte, serão objeto de sucessão, transmitindo-se a seus herdeiros. É a concepção abraçada pelo Código Civil. Pela teoria da personalidade condicional, a personalidade é reconhecida desde a concepção, sob a condição (resolutiva) de nascer com vida. Se não ocorrer o nascimento com vida, não há personalidade. A teoria concepcionista advoga a tese de que o nascituro tem personalidade jurídica.

É importante frisar que é fundamental a necessidade de proteção do nascituro, em função das diversas situações existenciais em que pode se envolver em seu processo de formação, em especial aquelas de caráter não patrimonial. Mesmo que não venha a nascer com vida, não lhe pode ser dispensado o mesmo tratamento dos bens corpóreos. Essa questão torna-se ainda mais premente quando se está diante do avassalador desenvolvimento das técnicas de fertilização, o que aumenta a complexidade da matéria.

O ordenamento também confere proteção pós-morte. Preconiza o art. 6º do Código Civil que a existência da pessoa natural termina com a morte, fato que faz cessar a personalidade e, portanto, a aptidão para figurar como titular de direitos e deveres. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, na dicção do art. 1.784 do Código Civil. A morte ocorre com a cessação das atividades vitais do indivíduo, extinguindo-se as funções encefálicas. Contudo, o ordenamento jurídico outorga proteção a uma série de situações, mesmo após o falecimento do titular, como o direito à imagem, ao nome, à honra, exercidos pelos parentes ou herdeiros do *de cuius*. É a transeficácia dos direitos da personalidade. Ressalte-se, não obstante,

que o que se transmite não é o direito da personalidade, mas a projeção de seus efeitos patrimoniais, quando existam.

Cabe, também, diferenciar a capacidade de direito (ou de gozo) e a capacidade de fato (ou de exercício). A capacidade de direito é conferida a todos, pessoas naturais ou jurídicas, sendo que, para estas últimas, devem ser obedecidas as formalidades legais para sua constituição. É a aptidão para ser titular de direitos e obrigações. Não se deve confundir capacidade com personalidade. Já a capacidade de fato diz respeito à possibilidade de agir juridicamente, praticando os atos da vida civil, pessoalmente ou por meio de procurador. Todos têm capacidade de direito, mas nem todos estão aptos a exercer a capacidade de exercício. Os incapazes só podem fazê-lo por meio de representantes ou de assistentes. Para a capacidade de exercício, exige-se a aptidão para manifestar livre e conscientemente sua vontade.

O Código Civil estabelece, também, o regime das incapacidades, que tem como principal embasamento a proteção do patrimônio. Tem-se que a capacidade plena é a regra, mas em virtude de questões como idade e saúde, por exemplo, limita-se o exercício de seus direitos, atribuindo-se a outros a administração dos interesses do incapaz. A depender da extensão da deficiência na compreensão dos atos civis, o legislador diferenciou a incapacidade absoluta da relativa. A primeira engloba aqueles que são completamente inaptos à prática dos atos civis. Possuem capacidade de direito, mas não de exercício. Os absolutamente incapazes estão discriminados no art. 3º do Código Civil e são representados por seus pais, tutores ou curadores. Os relativamente incapazes, tratados no art. 4º do Código Civil, são aqueles que não são totalmente desprovidos de discernimento para atuar na vida civil, situando-se entre aqueles que possuem capacidade plena e os absolutamente incapazes. Assim, para certos atos, sob pena de anulação, os relativamente incapazes necessitam de assistência.

Como salientado acima, a razão que embasa a proteção do incapaz funda-se na proteção do patrimônio, ou seja, os interesses juridicamente protegidos apresentam-se apenas por meio de situações providas de conteúdo patrimonial. Dessa forma, é necessário repensar o regime das incapacidades de forma a amoldá-lo ao preceito constitucional que impõe a proteção da pessoa humana como fundamento da República. Diante de situações jurídicas existenciais, que envolvam o desenvolvimento da pessoa humana, há que se

reorientar o ordenamento em prol da consecução da proteção do indivíduo em sua totalidade, sem olvidar aquelas situações sem conteúdo patrimonial. Nesse diapasão, não se pode desprezar a manifestação de vontade do incapaz em questões que envolvam seu desenvolvimento. Em atendimento ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, deve-se deferir valor jurídico à vontade dos incapazes como protagonistas de seu próprio desenvolvimento e personalidade. Não pode o excesso de proteção conferida pelo ordenamento jurídico suprimir-lhes a subjetividade. Não que sua manifestação de vontade seja suficiente para criar vínculo jurídico, mas ela não pode ser desprezada pelo Direito (RODRIGUES, 2003, p. 25-27).

8 Considerações finais: a insuficiência das orientações doutrinárias tradicionais

No embate entre as teorias monista e pluralista antes mencionadas, verifica-se que as duas correntes procuram explicar os direitos da personalidade com base no paradigma dos direitos patrimoniais e são objeto de proteção apenas em termos negativos, ou seja, afastando as ingerências à livre atuação do indivíduo. A realização completa da dignidade humana, consoante a carta constitucional, requer uma ampliação da proteção à personalidade, que não mais deve ser compartimentalizada em setores ou submetida à tipificação previamente delimitada pelo legislador ordinário. Para se atingir tal desiderato, pode-se dizer que são direitos da personalidade não só os tipos exemplificativos previstos na Constituição Federal e na legislação civil, mas também os tipos conformes com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O mecanismo repressivo, ajustado apenas à proteção da pessoa nos momentos patológicos das relações jurídicas, quando ocorre violação do direito, não mais se coaduna com a tutela plena da pessoa humana. Há que se superar a dicotomia Direito Público e Direito Privado e o binômio lesão-sanção para se alcançar a proteção de qualquer situação jurídica em que o indivíduo se encontre, quer de Direito Público, quer de Privado, uma vez que a pessoa humana é o valor máximo do ordenamento. Não há, assim, um único direito ou múltiplos direitos da personalidade. A pessoa humana deve ser salvaguardada

em qualquer situação em que se encontre. Essa é a conclusão que se extrai do contido na Constituição (art. 1º, I e III: cidadania e dignidade da pessoa humana; art. 3º, III: igualdade substancial; art. 5º, *caput*: igualdade formal; e art. 5º, § 2º: garantia residual), estabelecendo a dignidade da pessoa humana como cláusula geral de tutela e proteção, valor que deverá permear todo o ordenamento jurídico e orientar a atividade do legislador ordinário. A tutela da personalidade, frise-se, é constituída do atributo de elasticidade, fazendo que sejam abrangidas todas as situações, previstas ou não, não se limitando a um *numerus clausus* de hipóteses, mas salvaguardando a personalidade sem a imposição de limitações (PERLINGIERI, 2007, p. 154-155).

A dogmática tradicional, que enxerga as normas de Direito Público como tendo por objetivo único a proteção do indivíduo em relação ao Estado, deve ser superada em prol da integralidade da proteção da pessoa, afastando-se as dicotomias direitos humanos-Direito Público e direitos da personalidade-Direito Privado. A proteção do ser humano não é tarefa exclusiva do Estado, mas de toda a sociedade. Com isso, dá-se a adequação das normas infraconstitucionais aos valores constitucionais e sua funcionalização ao desenvolvimento da pessoa humana. Reelaborada a dogmática, subordinando-se a lógica patrimonial à existencial, lança-se a pessoa humana ao ápice do ordenamento. A personalidade, assim, firma-se como valor e interesse central do ordenamento, rompendo-se com o conceito formal de pessoa da pandectística. Assenta-se, então, a repersonalização, movimento de valorização e centralidade do ser humano na ordem jurídica.

Referências

- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DONEDA, Danilo. Os Direitos da Personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil**: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. A Repersonalização das Relações de Família. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em: 6 dez. 2007.

_____. **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *Numerus Clausus*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002a. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 2 jun. 2009.

_____. Princípios Sociais dos Contratos no CDC e no Novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002b. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em: 6 dez. 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: RT, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A Pessoa e o Ser Humano no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Crise de Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Novas Perspectivas para a Análise dos Contratos Bancários: pelo implemento de relações sustentáveis

Alexia Brotto Cessetti*

Maureen Cristina Sansana**

1 Introdução. 2 Contratos bancários: 2.1 Contrato de leasing ou arrendamento mercantil; 2.2 Alienação fiduciária de bem móvel em garantia; 2.3 Crédito direito ao consumidor; 2.4 Contrato de crédito consignado em folha de pagamento; 2.5 Cartão de crédito. 3 A incidência do Código de Defesa do Consumidor. 4 Viabilidade da revisão contratual. 5 A expansão das relações sustentáveis aos serviços bancários. 6 Considerações finais.

Resumo

Relata a defesa do consumidor bancário no seio das discussões judiciais e administrativas a respeito da vedação à capitalização de juros e a da limitação das taxas e encargos praticados pelos bancos. Partindo-se de uma análise descritiva, informam-se as principais espécies de contratos bancários, evidenciando a possibilidade de revisão contratual quando do surgimento de um evento lesivo a qualquer das partes, não previsto no momento da contratação, para desembocar num ideal de acordo de vontades, no qual o respeito às garantias constitucionais e primados do Código consumerista possam prevalecer, levando-se em

* Mestra em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Professora e Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Nacional de Educação e Ensino Superior do Paraná (Faneesp/Inesul). Advogada.

** Mestra em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Professora da PUC-PR e do Curso Jurídico Luiz Carlos. Advogada.

consideração a confiança, a informação, a transparência e a colaboração, a fim de garantir relações contratuais mais satisfatórias às partes. Conferir efetividade à defesa do consumidor bancário, mais do que aplicar o Código de Defesa do Consumidor a fim de evitar abusos, é fundamental para legitimar os direitos do consumidor enquanto cidadão e a possibilidade de construção de uma sociedade mais justa – conclusão do presente trabalho –, em consonância com os princípios da nossa Constituição, proporcionando a expansão de relações sustentáveis aos serviços bancários.

Palavras-chave: Consumidor. Contratos bancários. Revisão contratual. Sustentável.

Abstract

The aim of this study is to report consumer banking within the legal and administrative disputes regarding the fence to the capitalization of interest and the limitation of fees and charges charged by banks. Starting from a descriptive analysis, it is reported the main species of bank contracts, showing the possibility of contractual revision when the emergence of a harmful event from either party, unforeseen at the time of hiring, to come to a perfect agreement for wills, in which respect for constitutional guarantees and primacy of the Code of the consumer may prevail, taking into account the confidence, information, transparency and collaboration in order to ensure contractual relationships more satisfactory to the parties. Check effectiveness of the consumer banking, rather than applying the Code of the Consumer to prevent abuses, it is essential to legitimize the direct consumer as a citizen and the possibility of building a more just society – a conclusion of this work – in line with the principles of our Constitution, providing the expansion of sustainable relationships to banking services.

Keywords: Consumer. Bank contracts. Contractual review. Sustainable.

1 Introdução

O presente trabalho visa ao questionamento da defesa do consumidor bancário, traduzindo sua possibilidade fundamentada de revisão das cláusulas contratuais lesivas – ou que se tornaram lesivas – de forma mais justa, visando à construção de relações contratuais bancárias mais sustentáveis.

De fato, a atuação do Estado veio conferir efetividade ao sistema consumerista brasileiro, protegendo o consumidor mediante princípios específicos da relação de consumo, bem como princípios gerais, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) é também composto pelos princípios constitucionais fundamentais e normas jurídicas de interesse social.

Com o surgimento das demandas de massa, acordos de adesão e diversas formas de contratações bancárias, ganha relevo não só a proteção individual do consumidor, mas também a proteção coletiva, por abarcar um direito que transcende a esfera restrita do indivíduo.

Com a evolução dessas práticas, questões como cláusulas abusivas, nulidade contratual, juros exorbitantes e revisão de contratos de *leasing*, conta-corrente, alienação fiduciária, entre outras, são levadas à apreciação do Poder Judiciário para resolução do conflito de interesses oriundo de tais contratações.

Todavia, muito embora seja o consumidor amparado pelos princípios da equidade, boa-fé objetiva e, principalmente, reconhecido em sua esfera de hipossuficiência, é preciso destacar a viabilidade da revisão contratual em tais casos. Em que pese insculpida no art. 6º, V, do CDC, a possibilidade de alteração das cláusulas contratuais – acompanhando a tendência contemporânea do Direito no sentido da flexibilização do princípio da *pacta sunt servanda* – não pode ser analisada de forma irrestrita e infundada, havendo que se perquirir acerca da origem da lesividade ao consumidor, o que se procura demonstrar no presente trabalho.

Ademais, é importante ressaltar que não só a possibilidade de o consumidor se defender, em juízo ou fora dele, mas também a forma como essas contratações bancárias são efetivadas, com transparência, informações, confiança e colaboração de ambas as partes, é que permitirá se construir um sistema consumerista que seja ao mesmo tempo protetivo ao consumidor e, também, sirva de amparo às instituições bancárias, promovendo relações contratuais mais

sustentáveis, pautadas na confiança e informação, traduzindo o ideal de justiça e equidade.

2 Contratos bancários

Infere-se o acréscimo nos desdobramentos das relações econômicas, exigindo-se que em todos os ramos negociais aprimorem-se as pactuações, a fim de se trazerem melhores condições às partes contratantes.

Também em razão do elevado número das relações que envolvem circulação monetária, busca-se que os contratos que as veiculam sejam padronizados. Nesse sentido, sem pesar é a afirmação de que boa parte dos contratos bancários são contratos de adesão, ou seja, constituem-se de cláusulas estabelecidas pelo fornecedor, sem que o consumidor possa almejar modificá-las substancialmente.

Ademais, não se olvida que, ao procurar uma instituição financeira, o particular, corriqueiramente, assim o faz por necessitar de crédito, o que o leva, então, aceitar as condições pré-estabelecidas pelos bancos.

Complementa-se que os bancos, por constituírem instituições financeiras, são considerados, segundo o art. 17 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964,

as pessoas jurídicas públicas ou privadas, (sic) que tenham como atividade principal ou acessórias 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.

Nesse sentido, o objeto dos contratos em que uma das partes é um banco leva em conta a movimentação de valores que permite a aquisição de produtos e serviços, sendo, então, que vários são os instrumentos que terão como escopo a concessão de crédito.

A partir disso, instrutivo se faz expor as seguintes linhas:

Contratos bancários são aqueles em que uma das partes é, necessariamente, um banco. Isto é, se a função econômica do contrato está relacionada ao exercício da atividade bancária, ou, dizendo o mesmo de outro modo, se o contrato configura ato de coleta, intermediação ou aplicação de recursos

financeiros próprios ou de terceiros, então somente uma instituição financeira devidamente autorizada pelo governo poderá praticá-lo. Neste caso, o contrato será definido como bancário. (COELHO, 2006, p. 446).

Elucida-se que não basta a presença do banco como contratante para que o contrato seja bancário; na verdade, contratos bancários são “aqueles que configurariam infração à lei caso fossem praticados com pessoa física ou jurídica não autorizada a funcionar como instituição financeira” (COELHO, 2006, p. 446).

Neste trabalho, opta-se por tratar dos contratos bancários típicos, ou seja, relacionados com crédito, tendo em vista sua ampla incidência, assim como os vários temas que ensejam digressões e que a eles estão relacionados.

Dessa maneira, tece-se análise a respeito dos contratos de abertura de crédito, por meio do qual o banco coloca uma importância em dinheiro à disposição do consumidor, ficando este obrigado a restituir os valores de acordo com as obrigações acordadas.

Dispondo a respeito do aperfeiçoamento do contrato de crédito, consigna-se que “decorre do consenso entre as partes, assumindo o banco o compromisso de prestar o crédito ao creditado, podendo o creditante exigir a concretização de dada prestação” (EFING, 2000, p. 105).

No que tange à concessão do crédito e sua estreita relação com os contratos por ele veiculados, tem-se que, numa sociedade de consumo como esta em que vivemos, o crédito, sem dúvida, é poderoso instrumento a serviço do incremento da indústria e do comércio. Quanto mais crédito se coloca à disposição do consumidor, maior será a procura por bens, especialmente os duráveis, tais como eletrodomésticos, veículos e imóveis. Ocorre, no entanto, que o custo e a quantidade de crédito ofertado no mercado estão diretamente ligados à qualidade dos instrumentos legais que garantem ao credor a recuperação do empréstimo efetuado.

Relatam-se, oportunamente, alguns dos principais contratos bancários relacionados à concessão de crédito, ressaltando-se algumas de suas peculiaridades.

2.1 Contrato de *leasing* ou arrendamento mercantil

Retira-se da Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974, a definição de contrato de arrendamento mercantil:

Art. 1º [...]. Parágrafo único: Considera-se arrendamento mercantil, para os efeitos desta Lei, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta.

Quanto à definição doutrinária de arrendamento mercantil, pode-se retirar a seguinte noção. Para Coelho (2006, p. 466),

Em uma definição doutrinária, pode-se dizer que o arrendamento mercantil é a locação caracterizada pela faculdade conferida ao locatário de, ao seu término, optar pela compra do bem locado. Em termos de disciplina das relações de direito privado, isto é, no tocante às obrigações que as partes assumem uma com a outra em virtude do arrendamento mercantil, inexistente tipificação legal do negócio. Assim, rege-se este pelas cláusulas pactuadas entre os contratantes. O locatário por ato unilateral, dependente de sua exclusiva vontade, ao fim do prazo locatício, pode adquirir o bem locado, tendo o direito de amortizar no preço da aquisição os valores pagos a título de aluguel.

Trata-se de um contrato em que se permite ao arrendatário o uso de um bem (móvel ou imóvel), sem que tenha que custear o seu preço inicial. Ressalva-se, entretanto, que a propriedade permanece em nome do arrendador.

O arrendamento mercantil, conforme as normas do Banco Central do Brasil, somente pode ser contratado por sociedades anônimas ou instituições financeiras previamente autorizadas.

2.2 Alienação fiduciária de bem móvel em garantia

A salutar característica da alienação fiduciária em garantia é sua transitoriedade, ou seja, o credor tem o domínio resolúvel e a posse indireta do bem objeto de alienação, e o devedor, por sua vez, será o depositário e possuidor direito do bem. Bertoldi (2006, p. 698) expõe no que se consubstancia a alienação fiduciária em garantia:

A alienação fiduciária em garantia, também denominada propriedade fiduciária, nos termos do disposto no art. 1.361 do Código Civil, trata da transferência, pelo devedor, ao credor do domínio resolúvel e da posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se, o devedor, um possuidor direito e o depositário, com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal. Em outras palavras, é o contrato pelo qual o devedor – chamado de alienante ou fiduciante – transfere para o credor – chamado de fiduciário ou financiador – um determinado bem em garantia pelo pagamento da dívida contraída – quando do efetivo pagamento da dívida, a garantia se extingue automaticamente e o bem é revertido novamente em favor do devedor.

Rege a alienação fiduciária de bem móvel as disposições constantes nos arts. 1.361 e seguintes do Código Civil (CC) e no Decreto-Lei nº 911, de 3 de outubro de 1969.

Boa parte dos contratos é alienação fiduciária de veículo automotor, devendo ser providenciado para que o instrumento seja registrado na repartição competente para o licenciamento. Nesses contratos, o inadimplemento de qualquer das obrigações contratuais pelo devedor-fiduciante desemboca no vencimento antecipado de todas as obrigações contratuais e, ainda, passa a ser um permissivo para que o credor-financiador utilize-se de medida cautelar de busca e apreensão do bem alienado; até porque positiva o art. 1.365 do CC não poder o credor ficar com a coisa alienada em garantia se a dívida não for paga.

2.3 Crédito direto ao consumidor

Trata-se, de maneira simplificada, de financiamento concedido por bancos a pessoas físicas e jurídicas para se ter acesso a bens e serviços.

A contratação se procede de forma simples e célere, bastando que se escolha o bem que se entende necessitar. O crédito direto ao consumo é uma alternativa de financiamento, entre outros, de veículos, máquinas e equipamentos profissionais.

Apura-se que para se ter acesso à operação não é necessário ser cliente ou ter cadastro aprovado previamente, sendo que este, em geral, é feito na hora.

No que se refere à quitação do financiamento, indica-se que além de juros também há a cobrança do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros (IOF).

2.4 Contrato de crédito consignado em folha de pagamento

Analisa-se aqui, perfunctoriamente, aqueles contratos cujo regramento encontra-se disposto na Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003, a qual dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento de empregados celetistas (art. 1º), assim como dos titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social, que, por sua vez, poderão autorizar o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a proceder aos descontos (art. 6º).

Malucelli (2008, p. 39), ao debruçar sobre a Lei nº 10.820, de 2003, apresenta as seguintes linhas instrutivas:

o crédito consignado, objeto central desse estudo, constitui uma modalidade de contrato por meio do qual os consumidores recebem em empréstimo determinada monta das instituições financeiras fornecedoras, e, em contraprestação, autorizam estas a descontarem diretamente de seus vencimentos/proventos um certo percentual mensalmente, a título de amortização parcial da dívida. Os descontos ocorrerão até o reembolso total do valor emprestado, acrescido de juros, correção e demais encargos.

Raciocínio imposto pelo sistema de crédito consignado em folha de pagamento é que os valores são disponibilizados independentemente de qualquer prestação concedida como garantia, já que os riscos são exíguos para as entidades bancárias.

Em contrapartida, os destinatários do crédito consignado podem estar entrando em caminho pernicioso, uma vez que a referida lei anui com desconto das parcelas na folha até o limite de 30% da remuneração disponível.

2.5 Cartão de crédito

Há aqui necessariamente três partes envolvidas: titular (usuário), sociedade emissora e fornecedor.

Relacionando-se essas partes, averigua-se que,

Pelo contrato de cartão de crédito, uma instituição financeira (emissora) se obriga perante uma pessoa física ou jurídica (titular) a pagar o crédito concedido a esta por um terceiro, empresário credenciado por aquela (fornecedor). O cartão de crédito, propriamente dito, é o documento pelo qual o titular prova, perante o fornecedor, a existência do contrato com a instituição financeira emissora, servindo também para a confecção da nota de venda, que é o instrumento de outorga do crédito pelo fornecedor ao titular. (COELHO, 2006, p. 469).

Ilustra-se que a operação pactuada entre emissor e titular é a de abertura de crédito pessoal.

Todos os meses o titular recebe do emissor o apontamento das compras e serviços adquiridos por meio da utilização do cartão, para que, em determinada data previamente estabelecida, efetue o pagamento. Caso não haja a solvência, o emissor pode cobrar juros na fatura do mês seguinte.

Infere-se que em todos os contratos acima descritos há a incidência do diploma consumerista, encontrando-se superados os discursos que objetivavam a sua não aplicação às instituições financeiras, como se passa a tratar.

3 A incidência do Código de Defesa do Consumidor

A partir da década de 1990, com a entrada em vigor do CDC, o Poder Judiciário passou a receber um volume crescente de pedidos de revisão de contratos bancários, enfocando, principalmente, a vedação à capitalização de juros e a limitação das taxas e encargos praticados pelas instituições bancárias (OLIVEIRA, 2010, p. 22).

Isso porque com a vigência do Código consumerista, em 1990, o princípio da autonomia da vontade – construção do século XIX – cedeu espaço ao princípio da autonomia privada (MARTINS-COSTA, 1992, p. 132), passando a ser vigiado para obstar abusos da parte economicamente superior no contrato.

Igualmente foram incorporados às relações de consumo os princípios da boa-fé objetiva, equilíbrio contratual (art. 4º, III) e seus princípios correlatos a todos os contratos.

Nada obstante, o entrave na aceitação da aplicabilidade do CDC se corporificou no seio das instituições bancárias. Em que pese a norma contida no art. 3º, § 2º, do CDC expressar claramente que “serviço é qualquer atividade fornecida ao mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”, as instituições bancárias tiveram certa resistência em aceitar a aplicação do CDC em seus contratos.

Tal posicionamento é decorrente do fato de que, à época do surgimento do CDC, o antigo art. 192 da Constituição Federal, revogado em 2003, previa a necessidade de regulamentação por lei complementar das taxas de juros. Ademais, vigorava o Código Civil de 1916, que atribuía a limitação das taxas de juros a 6% ao ano, conforme seu art. 1.063.

O impasse foi objeto da Súmula nº 296 do Superior Tribunal de Justiça, de 12/5/2004, que determinou que

Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado.

Ocorre que a taxa média de mercado passou a ser veiculada pelo Banco Central do Brasil a partir de 1999 e, à época, ainda não contemplava todas as modalidades de operação de crédito, remetendo tais assuntos à apreciação do Poder Judiciário.

Todavia, após grandes discussões a respeito, sobretudo os mais fervorosos questionamentos acerca da limitação dos encargos e juros de capitalização praticados pelas instituições financeiras, o reconhecimento da aplicabilidade do CDC foi consolidado, confirmando o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça na Súmula nº 297, de 12 de maio de 2004.¹

Com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591/DF, do Supremo Tribunal Federal (STF) (anexo I), e Informativo nº 430/2006, também do STF (anexo II), restou pacificada a incidência do CDC nos contratos bancários, considerando-o como prerrogativa fundamental do cidadão, entendendo-se que:

o Código de Defesa do Consumidor não interfere com o Sistema Financeiro Nacional, art. 192 da Constituição, em termos institucionais, já que o Código limita-se a proteger e defender o consumidor, o que não implica, repete-se, interferência no Sistema Financeiro Nacional. Protegendo e defendendo o consumidor, realiza o Código o princípio Constitucional.²

E a efetividade dessa proteção ao consumidor assume “a condição de meio instrumental destinado, [...] a neutralizar o abuso do poder econômico praticado em detrimento das pessoas e de seu direito ao desenvolvimento e a uma existência digna e justa”.³ Pois, com o reconhecimento da possibilidade de controle judicial das taxas de juros bancários, no sentido de coibir os abusos praticados “quando instituições financeiras acrescentam à taxa base de juros, a chamada Selic,⁴ taxas adicionais de serviços e outros”,⁵ afirmou-se a prevalência da proteção contra abusos concretos, garantindo-se o respeito à Constituição e ao Estado democrático de Direito.

1 Súmula nº 297 do STJ: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.”

2 Trecho do voto do Ministro Carlos Velloso no Relatório da ADIn nº 2591/DF.

3 Trecho do voto do Ministro Celso de Mello no Relatório da ADIn nº 2591/DF.

4 “A fixação da Selic pelo Banco Central não pode ser revista no caso concreto, pois é assunto de ordem macroeconômica e interesse governamental. Agora, a diferença entre a taxa de mercado imposta pelo banco e a taxa Selic não só pode como deve ser analisada no caso concreto, posto que, ao contrário da fixação da Selic, diz respeito à relação microeconômica das partes, que é puramente contratual.” (OLIVEIRA, 2010, p. 25).

5 Trecho do voto do Ministro Eros Grau no Relatório da ADIn nº 2591/DF.

4 Viabilidade da revisão contratual

Nessa linha de respeito à Constituição e aos princípios consumeristas, sobretudo coibindo abusos praticados, quadra salientar a viabilidade da revisão dos contratos bancários, cuja contratação deve ser guiada por princípios como solidariedade e boa-fé objetiva.

Moraes (2003, p. 110 e 112) revela que a solidariedade é um princípio a ser considerado não somente na atividade de elaboração legislativa, como também na atividade interpretativa do Direito; anuncia ainda uma obrigação de não fazer ao outro aquilo que não se deseja que seja feito para si. Moraes (2003, p. 110 e 112) acentua que

A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, por todos os membros da sociedade. Se a solidariedade fática decorre da imprescindível coexistência humana, a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito. Esta regra não tem conteúdo material, enunciando apenas uma forma, a forma da reciprocidade, indicativa de que cada um, seja o que for que possa querer, deve fazê-lo pondo-se, de algum modo no lugar de qualquer outro. É o conceito dialético do reconhecimento do outro.

Quanto ao princípio da boa-fé, não cabe nesta oportunidade tecer grandes digressões a respeito da diferenciação entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. Trabalha-se, então, com concepções já consolidadas, quais sejam, na boa-fé subjetiva considera-se, de maneira preponderante, a intenção do sujeito, sua convicção de não pretender prejudicar ninguém.

Por outro lado, a boa-fé objetiva relaciona-se com a conduta social, sendo que deve a atuação do homem ser guiada pela retidão e pela honestidade. Desponta-se a lealdade como primado.

Na seara da boa-fé objetiva, não há a preocupação com a intenção das partes, analisa-se a prestação e a contraprestação existentes na relação firmada, sendo que o equilíbrio envolvendo estas deve se manter no decorrer de todo o contrato. É o que preconiza Martins-Costa (2000, p. 420), aclarando:

Trata-se da boa-fé objetiva porque, na sua concepção, não se examina a intenção das partes, mas a situação do sinalagma, isto é, a relação de equilíbrio entre a prestação e a contraprestação, à vista da concreta finalidade do contrato, considerado como um processo, que, podendo transformar-se no tempo, deve, contudo, guardar, muito embora as eventuais vicissitudes sofridas em razão do seu transcurso, a mesma relação de equilíbrio entre prestação e contraprestação originalmente pactuada. Em outras palavras, não só o sinalagma genético, mas o chamado sinalagma funcional.

Salienta-se que violações à boa-fé objetiva podem ocorrer no âmbito dos contratos que regem relações consumeristas, especialmente porque um dos polos é considerado agente vulnerável. Logo, no Direito dos Contratos, Miragem (2009, p. 47) apresenta que

há circunstâncias – como, por exemplo, de violação da boa-fé objetiva – em que se pode caracterizar a abusividade tanto em um contrato de consumo, quanto em um contrato civil. Contudo, também ocorre de cláusulas contratuais consideradas abusivas em um contrato de consumo, não o sejam em um contrato regulado pelo Código Civil, pelo fato de que, nesta segunda situação, poder presumir-se que a liberdade de contratar é exercida com a mesma amplitude pelas partes. O que determina o caráter abusivo destas cláusulas em um contrato de consumo é exatamente a consideração da vulnerabilidade de um dos sujeitos contratuais, o consumidor.

Nesta senda, enfatiza-se o que já admitido, o Código de Defesa do Consumidor tem sua aplicação ante as relações entre bancos e os seus clientes. Logo, não se afasta o dever daqueles em sempre visualizar os contratantes como parte mais frágil.

Oportuno se faz trazer as considerações elaboradas pelo Ministro Celso de Mello quando diante da ADIn nº 2.591/DF:⁶

6 Trecho do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADIn nº 2.591/DF.

Os agentes econômicos não têm, nos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, instrumentos de proteção incondicional. Esses postulados constitucionais – que não ostentam valor absoluto – não criam, em torno dos organismos empresariais, inclusive das instituições financeiras, qualquer círculo de imunidade que os exonere dos gravíssimos encargos cuja imposição, fundada na supremacia do bem comum e do interesse social, deriva do texto da própria Carta da República.

Devem as instituições financeiras, ao celebrarem contratos de mútuos com os consumidores, pautar-se por uma conduta proba, evidenciando eventuais percalços que podem vir a surgir; afinal, deve o mutuário, no mínimo, ter ciência do impacto do contrato sobre o orçamento familiar e ainda o potencial comprometimento das necessidades básicas do núcleo familiar ao se honrar o contrato.

Dessa feita, diante da bilateralidade existente nos contratos de crédito, veda-se que o fornecedor altere unilateralmente cláusulas, assim como se impõe que às adversidades passadas pela parte mais anêmica da relação seja concedido o devido tratamento, analisando se não é o caso de efetuar revisões nas cláusulas contratuais.

É inegável que a possibilidade de revisar o que entabulado representa uma evolução do Direito pátrio. Alerta Efing (2000, p. 80-81):

No direito brasileiro, por muito tempo, foi aceita com restrições pela jurisprudência a aplicação da teoria da imprevisão para a revisão das condições contratuais. Já no direito administrativo possibilitava-se a revisão das condições contratuais para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro durante o cumprimento da avença. Somente com a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) instaurou-se nova fase no direito brasileiro, com a expressa previsão legal da possibilidade de aplicação da teoria da onerosidade excessiva (art. 6º, inc. V, do CDC) para revisão ou modificação das condições contratadas.

Não se deve desprezar que a manutenção das cláusulas originariamente estipuladas só possuem razão de ser se as circunstâncias determinantes do contrato não se alterarem durante toda sua vigência. Decorrência lógica dessa afirmação é que se ocorrerem alterações relevantes de tais circunstâncias, mister se faz a apreciação de potencial revisão.

Recomendável passa a ser a flexibilização da regra da *pacta sunt servanda*, tanto que nesse sentido anda o CDC, em seu art. 6º, V:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Ocorre que, ao se estar diante de possível modificação contratual motivada por prejuízos ao consumidor, deve-se observar se a situação lesiva adveio de supervenientes e inesperadas ocorrências ou se a lesividade decorre do fato de se estar diante de uma cláusula abusiva digna de nulidade.

Se diante da primeira situação, o contrato bancário deverá se submeter a revisão; todavia, se diante da segunda conjuntura narrada, a cláusula que traz gravame a parte deve ser extirpada do contrato do contrato bancário.

Com intuito de não impor empecilhos à revisão dos contratos regidos pelo CDC, a doutrina dispõe ser necessário apenas demonstrar que foi após a celebração que surgiram os fatos que o tornaram excessivamente oneroso, não se indagando se na data em que foi firmado tinham ou não as partes condições de prever os acontecimentos futuros.

Diante do consignado, resta claro que a revisão do contrato bancário pode ocorrer não somente quando consumidor e banco, simultaneamente, estiverem insatisfeitos, como também quando se vislumbra que a parte mais vulnerável da relação encontra-se com dificuldade para cumprir a pactuação devido a acontecimentos pelos quais não contava, respeitando-se os princípios da solidariedade contratual, bem como da boa-fé objetiva.

Saliente-se que não se deixa de considerar a significativa evolução do ordenamento em permitir a revisão contratual quando adversidades acometem o consumidor. Ocorre, entretanto, que, além dessa possibilidade, outras medidas devem ser implementadas, para que assim noções de sustentabilidade sejam cada vez mais arraigadas também aos contratos bancários.

5 A expansão das relações sustentáveis aos serviços bancários

Trata-se, nesta oportunidade, de maneiras pelas quais se possam transportar conceitos voltados à sustentabilidade das relações também para os acordos bancários.

Os países europeus apresentam-se como referência à legislação brasileira no intuito de auxiliar para que os contratos bancários, especialmente os contratos voltados à concessão de crédito, atinjam relações que promovam a sustentabilidade e o compromisso com o social.

Tais países não ignoram quão grave são as consequências advindas do descumprimento dos contratos de concessão de crédito, antenando-se, inclusive, às prováveis ocorrências de situações de superendividamento.

O *Code de la Consommation* é exemplo disso, sendo tamanhamente elogiado, servido inclusive para parâmetro de aprimoramento das legislações. Narra Costa (2002, p. 37):

Por ocasião da *V Conférence Internationale en Droit de la Consommation*, evento realizado em maio de 1995, em Toronto/Canadá, a Prof. Claudia Lima Marques afirmou que o Código Brasileiro de Proteção do Consumidor trouxe uma importante reforma para o regime dos contratos de consumo no Brasil. Ela constatou, todavia, que dita lei de ordem pública tinha deixado de regulamentar aspectos importantes no domínio do crédito ao consumo. O prazo especial de reflexão, a ligação entre o contrato principal e o contrato acessório do crédito, o regime especial das garantias pessoais e o regime especial para o superendividamento foram os quatro pontos principais sobre os quais a professora preconizou “uma legislação mais específica” para ser adotada no Brasil, nos moldes do Direito francês.

Passa-se a comparar a legislação francesa e a legislação brasileira no tocante ao tratamento dos contratos de concessão de crédito, visando a traçar comentários dos pontos positivos de cada uma delas, para que, diante da presença de um instituto protetor do consumidor na França – porém inexistente no Brasil –, possa ser ele uma sugestão de incorporação ao ordenamento, primando-se por relações mais compromissadas com as partes vulneráveis.

A princípio, cabe assinalar a aplicação do *Code de la Consommation*, instruindo que as regras protetoras são aplicadas a toda operação de crédito, assim como a sua fiança eventual, consentida a título habitual por pessoas físicas

ou morais (art. L.311-2). Inclusive os empréstimos pessoais (não vinculados previamente à compra de determinado bem) são tutelados pela lei.

Ponto comum é que ambos os diplomas, tanto o francês como o brasileiro, buscam conceder proteção aos mais variados contratos de financiamento, como a locação com opção de compra, as vendas a crédito, a abertura de crédito em conta-corrente, a alienação fiduciária etc.

Há ainda a coincidência quando da interpretação das cláusulas contratuais, ou seja, busca-se a interpretação mais favorável ao consumidor em ambas as ordens jurídicas.

Contudo, a legislação brasileira é menos prudente que a francesa no que toca à prestação de esclarecimentos sobre a concessão de empréstimos, isso porque

Além da obrigação geral de informação (art. L.111-1), o *Code de la Consommation* impõe ao credor obrigações especiais em matéria de informações sobre o crédito ao consumo. Para proteger o consentimento do consumidor no momento da formação dos contratos de crédito, um formalismo informativo especialmente rígido foi instaurado.

Para assegurar a informação e a proteção dos consumidores de crédito, o Direito francês estipula uma formação sucessiva do contrato de crédito. O fator tempo é utilizado em benefício do consumidor. A lei quer que a grave decisão de tomar um empréstimo seja refletida suficientemente. O consumidor deve concluir o contrato em plena consciência de causa. Para que isso aconteça, a oferta e a publicidade do crédito foram solenemente enquadradas pela lei de ordem pública de proteção. (COSTA, 2002, p. 56). (grifo do autor).

Está-se fazendo alusão ao fato de que na França ao se realizar a oferta de crédito ao consumidor, esta deve permanecer intacta durante os quinze dias que se seguem, para que, após hábil período de reflexão, possa o mutuário chegar a conclusão de estar ou não celebrando uma negociação pela qual no futuro conseguirá arcar.

É desnecessário aduzir que, diante da existência de um período de meditação, é imprescindível que haja dados suficientes sobre os quais recairão as cogitações. Esta é a razão pela qual o Código francês mostra-se tão zeloso ao elencar os elementos que devem estar presentes quando da publicidade do crédito. Conforme Lima e Bertocello (2010, p. 58),

O exemplo francês da *offre préalable* é muito citado na doutrina porque atinge um maior grau de formalismo no que toca à proteção do consumidor que recebe uma oferta por escrito e individualizada antes da assinatura do contrato. Conforme o artigo L.311-10 e L.311-8 do *Code de la Consommation*, o fornecedor é obrigado a entregar ao consumidor uma oferta de crédito por escrito, com validade mínima de 15 dias a contar de sua emissão, na qual deve constar a identidade das partes e dos avalistas, o montante do crédito e as frações periodicamente disponíveis, a natureza, o objeto e as modalidades do contrato, as condições do seguro, o custo total do crédito, as despesas de dossiês e das prestações, devendo, também, informar ao consumidor o prazo de reflexão. (grifo do autor).

Há na doutrina posição intensa no sentido de afirmar que a oferta prévia deve ser apresentada não somente anteriormente à concessão do crédito, como quando advier modificação das condições contratuais, particularmente quando da alteração da taxa de juros.

Faz-se presente certo rigorismo na punição daqueles que deixam de fornecer a oferta prévia ou, ainda, se deixam de documentar as menções obrigatórias exigidas pela lei, pois tais inobservâncias são penalizadas com a perda do direito aos juros (L.311-33 e L. 312-33).

O *Code de la Consommation* acrescenta maiores proteções ao consumidor no seu art. 311-15: trata-se da *faculte de rétractation*, ou seja, o direito de arrependimento. Coloca-se, então, que “a lei estabelece um prazo de reflexão de sete dias, tratando-se de crédito mobiliário e, em caso de crédito imobiliário, a oferta de crédito somente poderá ser aceita dez dias após tê-la recebido” (CEZAR, 2007, p. 158).

A faculdade de retratação condiciona a eficácia da transferência de valores à expiação do prazo dado pela lei para potencial arrependimento, ou seja, o prazo de reflexão evita que o contrato tenha sua celebração satisfeita instantaneamente.

Nesse sentido, Costa (2002, p. 63) remete-se a violações julgadas pelo Tribunal francês, as quais demonstram que organismos de crédito, em suas publicidades, estavam violando o *Code de la Consommation*, pois ignoravam a previsão da faculdade de retratação, afirmando que o empréstimo estaria consolidado em poucas horas ou em poucos minutos:

A jurisprudência francesa se mostra atenta às ofertas publicitárias agressivas ao crédito. Com efeito, a Primeira Câmara Civil do Tribunal de Grande Instância de Nanterre condenou os organismos de crédito *Codifis*, *Cofinoga*, e *News Banque* a pagar 1 F a título de perdas e danos à União Federal dos Consumidores por publicidade enganosa, proibindo sob *astreinte* de 50.000 F por infração constatada, a difusão das publicidades recriminadas. O Tribunal ainda determinou a publicação das decisões em três jornais à escolha da União Federal dos Consumidores e às custas dos réus.

Constatou-se, nas espécies, que a sociedade *Codifis*, em seu anúncio publicitário, prometia créditos de 10.000 a 30.000 F “em 24 horas”. Verificou-se que a *Cofinoga*, oferecendo um crédito de 20.000 F, em quarenta e oito horas, utilizava-se de mensagens publicitárias, tal como: “Necessidade de dois pequenos tijolos? Telefone. Está resolvido”. E que a mensagem publicitária da sociedade *News Banque* propunha aos consumidores: “antes de desligar o telefone, você sabe que seu empréstimo está concedido.”

Na legislação brasileira, também existe a previsão de um prazo para a retratação do consumidor.⁷ Ela – a retratação – restringe-se, porém, a compras realizadas fora do estabelecimento do fornecedor, especialmente por telefone ou em domicílio, não lançando qualquer ingerência específica sobre os contratos bancários.

As exposições realizadas a respeito do ordenamento francês estão a se espalhar de tal forma que influenciam as diretrizes da União Europeia, as quais demonstram apreço por condutas que tenham como primazia o respeito ao princípio do empréstimo responsável no momento da concessão do crédito.

Lima revela no que se consubstancia o princípio do empréstimo responsável, comunicando inclusive sua adoção por diretiva do Parlamento Europeu. Assim sendo (Lima, 2009, p. 17 e 18):

Importante destacar que as decisões da Corte de Cassação Francesa inauguram uma corrente jurisprudencial inspirada no Princípio do Empréstimo Responsável que pode ser traduzido pela prudência na concessão do crédito, visando diminuir o risco dos consumidores serem

7 Art. 49 do CDC: “O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.”

vítimas de compromissos desequilibrados que não possam ser honrados e que tenham como consequência a sua exclusão econômica com intervenções sociais dispendiosas para os Estados.

Recentemente o legislador comunitário acompanhou a tendência da jurisprudência francesa ao incorporar o Princípio do Empréstimo Responsável na Diretiva do Parlamento Europeu 2002/0222, de 18.01.2008, determinando no art. 8º que o “mutuante deve avaliar a solvabilidade do consumidor com base em informações suficientes, se for o caso disso obtidas do consumidor e, se necessário, com base na consulta da base de dados relevante.”

Entende-se que o princípio do empréstimo responsável determina uma incumbência ao fornecedor, devendo ele solicitar os subsídios necessários, inclusive em registros específicos, para examinar a capacidade de solvabilidade do consumidor em reembolsar o montante requerido.

Decorrente dessa orientação é, então, o dever de aconselhamento que surge ao fornecedor em relação ao consumidor. Deve o mutuante alertar o mutuário a respeito dos inconvenientes surgidos com a tomada do crédito, indicando a forma contratual mais viável a este.

Adiciona-se que a obrigação de aconselhar não se restringe ao mutuante e ao mutuário. Costa (2006, p. 239-240) traz à tona decisão francesa sancionadora de instituição financeira que não advertiu o fiador de que o devedor não possuía suficientes condições financeiras para o adimplemento, informação essa conhecida pelo estabelecimento:

A obrigação de informar e a obrigação de aconselhar se baseiam na confiança necessária que o consumidor deposita no profissional que detém os conhecimentos técnicos da operação de crédito ofertada. Duas características marcam o correto cumprimento desses deveres anexos à boa-fé: a veracidade e a lealdade.

É por isso que a todo fornecedor de crédito é imposta uma obrigação primária de não enganar o consumidor (arts. 6º, III; 31; 37, §1º, c.c. o art. 67; e art. 38, todos do CDC). Nesse diapasão, a Corte de Cassação Francesa (*Cour de Cassation*), em um julgado de 10.05.1989, sancionou a título de **dolo por reticência** e de infração da obrigação de contratar de boa-fé o estabelecimento bancário que, mesmo sabendo da precária

situação financeira de seu devedor, omitiu esta informação ao fiador, induzindo este último a assumir a fiança. (grifo do autor).

Este não é um caso singular. Em outras ocasiões teve a Corte francesa a oportunidade de ratificar o dever de aconselhamento e a necessidade de se averiguar a capacidade de satisfação do débito. Expõe Lima (2009, p. 17) que

Em 8/6/1994, foi prolatada uma das primeiras decisões na qual a 1ª Câmara da Corte de Cassação responsabilizou o banco pela concessão de crédito. Tratava-se de um caso excepcional em relação à conduta do profissional que tinha concedido um empréstimo a um agricultor para financiar um trator, do qual ele não tinha nenhuma necessidade, pois já possuía outro trator que funcionava. O crédito provocaria a ruína do agricultor, a carga anual dos reembolsos excedia os seus rendimentos. Em vista dessas circunstâncias, julgou-se que o banco “tinha agido com uma leviandade repreensível (*légèreté blâmable*), cuja falta contribuiu para o prejuízo sofrido pelo estabelecimento financeiro em razão do não reembolso do empréstimo [...]”

O dever de aconselhamento justifica-se, pois normalmente o consumidor ao ir a busca do crédito detém menor conhecimento que o ofertante, assim a deficiência de esclarecimentos gerará responsabilização. Não se pode, porém, generalizar, uma vez que em determinados casos, por impossibilidade de se conhecer a real situação do mutuário, ou ainda tendo sido prestadas todas as informações devidas a este, a responsabilidade da instituição financeira será afastada.

Já no Brasil, nota-se que não há a distinção entre o dever de prestar informações e prestar o aconselhamento, restringindo-se a postura pátria em apenas prestar os esclarecimentos gerais, sem qualquer orientação tangente à postura a ser abraçada pelo consumidor. Lima e Bertencello (2006, p. 198-199) entendem que

A esta altura convém destacar que a doutrina brasileira não costuma diferenciar o dever de informação do dever de conselho, ao contrário da doutrina francesa em que já se verifica a tendência em separar e distinguir estas obrigações pelo caráter objetivo ou subjetivo da informação a transmitir.

Ambiciona-se, então, que a realidade vivida na França influencie as relações concretizadas no Brasil, pois inúmeras são as vezes em que o consumidor não recebe todas as informações necessárias, existindo circunstâncias de quase nenhum contato com o mutuante (banco), mesmo havendo previsão legislativa no sentido de se prestar um mínimo de orientação. Para Moura e Bessa (2008, p. 149-150),

A prescrição do art. 52 do CDC evidencia um rol mínimo de informações que, na prática, não têm se revelado. Mas, deveriam ser ostensivamente divulgadas ao consumidor (cumulando a orientação do art. 31 do CDC) no momento da oferta e da contratação do mútuo. A regra está ainda longe da realidade. Em especial, todos estes contratos estão também acessíveis a partir de caixas eletrônicos, onde é ainda reduzida a compreensão do consumidor, a oportunidade de esclarecimentos de dúvidas e orientações específicas acerca das vantagens ou desvantagens entre cada uma das modalidades de mútuo.

Diante do exposto e tendo como escopo o incentivo pela perseguição de relações profícuas entre as partes, sugere-se o acolhimento de condutas que, como visto, em outros ordenamentos, mostram-se de grande valia e ajuda. Não se deixa, assim, de ignorar a realidade, a força e o conhecimento dos contratantes, e, como consequência, o que indubitavelmente se observará será a celebração cada vez mais crescente, no âmbito dos contratos bancários concessores de crédito, de pactuações que primem pela sustentabilidade.

6 Considerações finais

O presente estudo almejou retratar as contratações bancárias, atentando para o fato da incidência do CDC nas relações pactuadas entre as instituições financeiras e seus respectivos clientes, consumidores.

Longe de visar ao debate acerca dos motivos que levaram ao julgamento da ADIn nº 2.591/DF, bem como o fervoroso debate em torno de sua legalidade, cujo assunto já está plenamente pacificado, buscou-se enumerar, no presente trabalho, alguns dos principais contratos bancários, os quais evidenciaram suas

funções creditícias, estendendo acesso no mercado a pessoas que anteriormente não possuíam condições financeiras para tanto.

Ponto pacífico é que, sobre os contratos nos quais participam os bancos, as normativas consumeristas possuem relevo e incidência, inclusive respeitando princípios constitucionais e do próprio CDC. Diante disso, com o intuito de perseguir relações solidárias e pautadas pela boa-fé, perquiriu-se a possibilidade albergada pelo diploma consumerista de revisão das cláusulas contratuais, atentando-se ao fato da viabilidade de referida nova análise.

Apresentou-se que incidentes inesperados podem vir a atingir os consumidores que celebraram contratos com instituições financeiras, impossibilitando-os de honrar as disposições entabuladas. Nesses casos, então, valoroso é admitir novo exame do estabelecido em momento precedente, como forma de fazer valer a proteção não só do consumidor, reconhecido como hipossuficiente, mas, também, a proteção do contrato, objeto da relação de consumo.

Ocorre, entretanto, que em que pese laudável a previsão de revisão contratual, esta se mostra insuficiente para consagrar a tão almejada sustentabilidade aos acordos bancários, carecedores de princípios informativos básicos, como a confiança, a colaboração e, principalmente, a informação do objeto a ser contratado, a fim de que ambas as partes possam estar cientes da relação de consumo e possam ter argumentos para discutir a contratação acaso venham a sofrer alguma lesão inesperada.

Nessa senda, descreveram-se experiências acolhidas pelos países europeus, que revelam hábitos protecionistas contra o superendividamento dos consumidores, primando por medidas informativas, nesse mesmo sentido de satisfação e proteção às partes.

Coloca-se, então, que no âmbito dos contratos bancários concessores de crédito não há nenhum óbice à elaboração de avenças que venham permeadas por primados que consagram a sustentabilidade, desenvolvendo contratações que traduzem as preocupações do Estado consolidado, pois este se desenvolve qualitativamente quando os princípios e diretrizes postos em sua legislação são amplamente respeitados, de forma a surtir relações jurídicas e/ou administrativas satisfatórias para ambas as partes.

Referências

- BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 3. ed. ref., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Biblioteca de direito do consumidor, v. 20).
- EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LIMA, Clarissa Costa de. O dever de informação nos contratos de crédito ao consumo em direito comparado francês e brasileiro: a sanção para a falta de informação dos juros remuneratórios. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 69, p. 9-31. 2009.
- LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiências no Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010.
- MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no Direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 3, p. 127-154, set./dez. 1992.
- _____. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MALUCELLI, Andressa Pacenko. **Crédito consignado: função social e superendividamento**. 2008. Dissertação de Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), Curitiba, 2008.
- MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 72, p. 41-77. 2009.

MOURA, Walter José Faiad de; BESSA, Leonardo Roscoe. Impressões atuais sobre o superendividamento: sobre a 7ª Conferência Internacional de Serviços Financeiros e reflexões para a situação brasileira. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 65, p. 144-162. 2008.

OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. A Defesa Judicial do Consumidor Bancário. **Revista Bonijuris**, Curitiba, ano XXII, n. 563, p. 22-28, out./2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2591/DF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: abr. 2011.

Anexo I

Supremo Tribunal Federal

142

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 29.09.2006
EMENTÁRIO Nº 2 2 4 9 - 2

07/06/2006

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.591-1 DISTRITO FEDERAL

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. CARLOS VELLOSO
RELATOR PARA O : MIN. EROS GRAU
ACÓRDÃO
REQUERENTE : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO SISTEMA
FINANCEIRO - CONSIF
ADVOGADOS : IVES GANDRA S. MARTINS E OUTROS
REQUERIDO : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

EMENTA: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL.

1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.
2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito.
3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência.
4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro.
5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia.
6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na economia, sem prejuízo do



Supremo Tribunal Federal

ADI 2.591 / DF

143

controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros.

ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO.

7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade.

8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro.

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.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar improcedente a ação direta.

Brasília, 7 de junho de 2006.

EROS GRAU

-

REDATOR
P/ O ACÓRDÃO

Anexo II

Aplicação do CDC aos Bancos – 6

Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif) contra a expressão constante do § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor (CDC) (Lei 8.078/90) que inclui, no conceito de serviço abrangido pelas relações de consumo, as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária (Lei 8.078/90: “Art. 3º [...] § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”) – v. Informativos 264, 417 e 425. Entendeu-se não haver conflito entre o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor, haja vista que, nos termos do disposto no art. 192 da CF, a exigência de lei complementar refere-se apenas à regulamentação da estrutura do sistema financeiro, não abrangendo os encargos e obrigações impostos pelo CDC às instituições financeiras, relativos à exploração das atividades dos agentes econômicos que a integram – operações bancárias e serviços bancários –, que podem ser definidos por lei ordinária. Vencidos, em parte, os Ministros Carlos Velloso e Nelson Jobim, que julgavam o pedido parcialmente procedente para emprestar interpretação conforme a CF ao § 2º do art. 3º da Lei 8.078/90, respectivamente, no sentido de excluir da sua incidência a taxa dos juros reais nas operações bancárias, ou a sua fixação em 12% ao ano, e no de afastar da sua exegese as operações bancárias.

ADI 2591/DF, rel. orig. Min. Carlos Velloso, rel. p/ o acórdão Min. Eros Grau, 7.6.2006. (ADI-2591)

Responsabilidade Civil do Administrador de Instituição Financeira: uma análise de Direito e Economia

Lucas Petri Bernardes*

1 Introdução. 2 Análise econômica do Direito. 3 O administrador e a teoria da agência. 4 Função e impactos da responsabilidade civil: 4.1 Indenização; 4.2 Nível de precaução, nível de atividade e mercado incompleto; 4.2.1 Possíveis impactos da redução do nível de atividade e do aumento do nível de precaução; 4.2.2 Padronização da instituições financeiras; 4.3. Seleção adversa. 5 Conclusão.

Resumo

Busca mostrar a responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras de uma perspectiva metodológica de Direito e Economia, evitando a abordagem usual da legalidade, sobretudo no que tange à evolução legislativa. Espera demonstrar por meio de algumas ideias centrais que a função da responsabilidade civil está mal colocada, principalmente quando considerado o regime da responsabilidade objetiva, sendo muito mais eficiente para o sistema o reforço da regulação e dos deveres fiduciários dos administradores, principalmente o dever de diligência.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Administradores. Análise de Direito e Economia.

* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), pós-graduando em nível de Mestrado pela mesma instituição.

Abstract

This paper aims to show managers liability from a perspective of Law and Economics, avoiding the usual legality approach, usually centered in an analysis of legislative evolution. We expect to demonstrate with a few main ideas that the function of liability is misplaced, especially considering its application on the form of strict liability, therefore, being more efficient to the financial system a stronger regulation and to strength fiduciary duties, in particular the duty of care.

Keywords: Civil liability. Managers. Law and Economics analysis.

1 Introdução

A definição da natureza da responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras – se subjetiva ou objetiva – é um tema bastante polêmico, dividindo opiniões desde a edição do Decreto-Lei nº 9.328, de 10 de junho de 1946, até a atual Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974. O debate ocorre usualmente pela análise das legislações que trataram da questão, procurando identificar elementos – ou a falta deles – que indiquem a opção do legislador.

Contudo, o que proponho aqui é olhar a questão de uma perspectiva diferente, procurando identificar argumentos de ambos os lados e chegar a uma conclusão acerca de qual regime seria mais eficiente, não necessariamente, portanto, qual teria sido o escolhido pelo legislador.

Nesse sentido, a discussão será feita não do ponto de vista da legalidade, mas da possível diferença de eficiência entre um regime e outro. A pergunta central é: para a sociedade, qual o melhor regime de responsabilidade civil para os administradores de instituições financeiras?

Ademais, é necessária uma segunda advertência: não se desconsidera que a atuação dos administradores acaba influenciada por outras normas, sobretudo provenientes da regulação bancária, com destaque para aquelas de natureza prudencial. Todavia, com o objetivo de focar a discussão na responsabilidade civil, esses outros aspectos não serão tratados.

2 Análise econômica do Direito

Como é de conhecimento, a análise econômica do Direito consiste, em linhas gerais, na aplicação de instrumentos da ciência econômica, sobretudo da microeconomia, às questões tratadas pelo Direito. Essa aplicação faz que o foco da análise seja deslocado para a eficiência da regulação, desconsiderando-se – a princípio – as questões de justiça ou legalidade. Vale dizer, no entanto, que um critério não necessariamente exclui o outro; são apenas formas distintas de enxergar o mesmo problema.

A análise econômica do Direito tem como fundamento filosófico o consequencialismo, procurando verificar nos comportamentos uma racionalidade calcada na escolha da melhor configuração entre meios e fins. Assim, identificado um objetivo, parte-se para a busca dos meios mais eficientes para alcançá-lo. Em outras palavras, faz-se uma análise de custo e benefício de cada uma das opções existentes. É importante notar que justiça e legalidade não são excluídas, simplesmente não são consideradas nessa abordagem.

Desse modo, ao considerarmos a responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras, trataremos do assunto como um incentivo dado ao administrador para o cumprimento de suas obrigações, ou seja, a responsabilidade serve para alcançar um objetivo; é meio, não um fim. A sua adequação se dá, para a análise econômica do Direito, na medida de sua eficiência em promover as condutas esperadas.

3 O administrador e a teoria da agência

O moderno Direito Comercial deixa para trás a figura do comerciante, bem como dos atos de comércio, e passa a centrar-se no conceito de empresa e naquele indivíduo – empresário – que a organiza, seja individual ou coletivamente.

Apesar de problemática, fato é que a legislação trouxe enormes mudanças. A forma de organização e administração da atividade ganhou importância. Assim, os fatores de produção são, isoladamente, bens, pessoas e capital; a empresa somente surge quando o empresário orienta a união desses elementos, iniciando sua atividade.

Dessa forma, isoladamente ou em grupo, a administração desses fatores é componente determinante para o sucesso da atividade, sobretudo quando a empresa é de vulto, envolvendo grandes investimentos, elevado número de empregados ou atuação em áreas de alta complexidade. Ademais, considerando-se o atual cenário mundial de globalização dos mercados, as empresas enfrentam uma realidade cada vez mais intrincada, exigindo dos responsáveis por seu gerenciamento cada vez mais habilidades.

Essas exigências fazem que a administração das empresas seja cada vez mais profissional, dissociando paulatinamente as figuras de sócio e de administrador, ou seja, separando a propriedade do controle da atividade. A posição antes ocupada pelo empresário é transferida àqueles que se especializam na gestão dos negócios, de tal sorte que os sócios passam apenas a escolher o responsável, acompanhar os resultados e, eventualmente, substituí-lo.¹

Paralelamente, o pensamento avançou em outras frentes, valendo destacar o surgimento de correntes que defendem a existência de outros interesses na administração da empresa, ou seja, não seriam somente considerados os interesses daqueles que delegam parte de seu patrimônio para terceiro gerir – os sócios –, mas também de eventuais empregados, credores, do mercado geral ou da economia do país.

Surge, portanto, a necessidade de se criar um sistema em que o administrador receba os incentivos corretos para o adequado exercício de suas funções.

A relação entre administradores e sócios é usualmente abordada pela economia por meio da teoria da agência, que abarca um espectro muito mais amplo de relações – jurídicas e econômicas –, não somente a de administradores e sócios, mas também toda e qualquer relação na qual o bem de um indivíduo dependa do comportamento de outro para quem esse tenha delegado poderes.

Na definição de Henry Hansmann e Reinier H. Kraakman (2004, p. 21),

For readers unfamiliar with the jargon of economists, an “agency problem” – in the most general sense of the term – arises whenever the welfare of

1 “ – O acionista, disse-me um amigo que passava, é um substantivo masculino, que exprime ‘possuidor de ações’ e, por extensão, credor de dividendos. Que a diretoria administre, vá, mas que lhe tome o tempo em prestar-lhe contas, é demais. Preste dividendos; são as contas vivas. Não há banco mau se dá dividendos. Aqui onde me vê, sou também acionista de vários bancos, e faço com eles o que faço com o júri, não vou lá, não me amolo.” Machado de Assis em crônica publicada em 4 de novembro de 1900, com o nome de “o acionista [...] é [...] credor de dividendo”. Disponível em: <<http://machado.mec.gov.br/>>.

one party, termed the “principal”, depends upon actions taken by another party, termed the “agent.”

A teoria tem como base toda relação em que alguém age em nome de outro, como ocorre entre mandante e mandatário (*agency*), mas abarca, conforme exposto acima, uma infinidade de situações que vão muito além desse contrato típico. O estudo mais citado sobre a teoria foi feito por William H. Meckling e Michael C. Jensen (1976, p. 5), que assim definem o problema:

We define an agency relationship as a contract under which one or more persons (the principal(s)) engage another person (the agent) to perform some service on their behalf which involves delegating some decision making authority to the agent.

Dizer tão-somente que o retorno que será recebido pelo principal depende do comportamento de seu agente não expressa, com precisão, o efetivo problema enfrentado e, por consequência, a necessidade de se escolherem adequadamente as regras que regularão as relações entre as partes, ou seja, os incentivos que serão recebidos pelo agente.

De fato, o problema subjacente é que vai determinar a importância do sistema de incentivos, a saber, o pressuposto de que os indivíduos são naturalmente egoístas e tendem a maximizar os seus benefícios próprios, ainda que em detrimento dos outros, e que na multiplicidade de escolhas enfrentadas pelo agente, sobretudo em uma relação continuada como a administração, os interesses poderão não ser os mesmos do principal.

Na franca explicação dada por John Rawls (2002, p. 15), não se deve dizer que os indivíduos objetivam prejudicar os interesses alheios, na verdade os interesses de terceiros, na maioria das vezes, sequer são considerados, ou seja, trata-se tão-somente de decisões tomadas pelos indivíduos com base em interesses deles próprios, que agem para maximizar o seu bem-estar sem se interessar pelo dos demais.

A teoria da agência serve, portanto, para identificar a questão e apontar soluções para que os interesses converjam ao máximo possível, evitando que os agentes ajam oportunisticamente, sobretudo quando possuírem informações melhores – quantidade e qualidade – que os principais.

Segundo William Meckling e Michael Jensen (1976, p. 5):

If both parties to the relationship are utility maximizers, there is good reason to believe that the agent will not always act in the best interests of the principal. The principal can limit divergences from his interest by establishing appropriate incentives for the agent and by incurring monitoring costs designed to limit the aberrant activities of the agent. (grifei).

É importante notar que quanto maior for a discricionariedade permitida ao agente maior será o risco enfrentado pelo principal, o que novamente ressalta a importância da teoria para o estudo dos administradores, já que sua atividade é por excelência uma atividade discricionária, exercida dentro dos limites da lei e dos estatutos sociais, cujas situações todas, conforme amplamente demonstrado, por mais que se tente, é impossível descrever ou prever (RAMOS, 2002, p. 77).

Aliás, no contexto do Direito Societário, os administradores estão sempre imiscuídos nas principais relações de agência de uma sociedade:² *i*) entre sócios e administradores contratados; *ii*) entre controladores e não controladores; *iii*) entre sociedade e empregados, credores ou consumidores. A lista é não taxativa, variando segundo ampliação dos grupos de interesse (*stakeholders*).

A recente crise internacional trouxe para o foco do debate a questão da remuneração dos administradores, sobretudo os das instituições financeiras. De fato, a definição da forma de remuneração desses administradores toca o núcleo da discussão acerca de incentivos. Aliás, a remuneração é um dos lados da moeda, ou, dito de forma diferente, comporá um dos dois lados da balança **custo versus benefício**, em conjunto com a responsabilidade civil.

Pode parecer estranho considerar a responsabilidade civil como incentivo, contudo, vale lembrar que para a teoria da agência os incentivos podem ser

2 “The first involves the conflict between the firm’s owners and its hired managers. Here the owners are the principals and the managers are the agents. The problem lies in assuring that the managers are responsive to the owner’s interests rather than simply to the managers’ own personal interests. The second agency problem involves the conflict between, on the one hand, owners who possess the majority or controlling interest in the firm and, on the other hand, the minority or noncontrolling owners. Here the noncontrolling owners are the principals and the controlling owners are the agents, and the difficulty lies in assuring that the former are not expropriated by the latter. The third agency problem involves the conflict between the firm itself (including, particularly, its owners) and the other parties with whom the firm contracts, such as creditors, employees, and customers. Here the difficulty lies in assuring that the firm, as agent, does not behave opportunistically toward these various other principals – such as by expropriating creditors, exploiting workers, or misleading consumers.” (KRAAKMAN, 2004, p. 21).

tanto “positivos” quanto “negativos”, ou seja, tanto a expectativa de remuneração quanto a de punição servem para incentivar o comportamento esperado.

Ademais, por óbvio que a responsabilidade civil e a remuneração não são os únicos incentivos, sendo possível citar outros, como a reputação, muito cara para os administradores de grandes companhias. Todavia, a responsabilidade civil e a remuneração apresentam uma característica comum bastante interessante e que nos permite colocá-las na mesma balança, a saber, a natureza financeira ou monetária de ambas. Em outras palavras, apresentam uma forma de valoração – positiva ou negativa – mais facilmente apreensível pelos agentes.³

Assim, desconsideradas as situações patológicas, a responsabilidade é o custo e a remuneração o benefício na formação da relação. Pois bem, a crise expôs – ainda que por meio de visões apaixonadas – a questão da remuneração, mas o outro aspecto da questão, o qual nos interessa tratar aqui, ficou relegado.

Infelizmente, a responsabilidade civil é, no mais das vezes, debatida somente em casos de fraude, como na Enron, mas não pode ser de forma alguma esquecida. Ela deve ser vista, portanto, da perspectiva da teoria da agência, ou seja, se é, como instituto jurídico, capaz de vincular o comportamento do administrador (agente) aos interesses do principal, conforme a relação analisada.

4 Função e impactos da responsabilidade civil

Ao conceituar responsabilidade civil, diz-se ser a obrigação de uma pessoa reparar o prejuízo causado a outra. Do ponto de vista da legalidade, diríamos que, diante da ocorrência de ato que é considerado ilícito pelo Direito, aplica-se uma sanção. Se o sujeito comete um ato danoso contra alguém, deve indenizar-lhe o prejuízo.

Vimos acima que, para a análise econômica do Direito, essa sanção – a responsabilidade civil – funciona como um incentivo de aspecto duplo: é um custo

3 “The main advantage of monetary incentives in this mosaic of organizational incentives is that general purchasing power is valued by almost everyone (because it is a claim on all resources), and it can be easily varied with performance. On the other hand, it often is difficult, and in some cases impossible, to vary other aspects of the organizational setting in a way that relates to organizational, group, or individual performance. I hasten to add that, for a variety of reasons, monetary incentives are not the best way to motivate every action. Because monetary incentives are so strong, and because it is sometimes difficult to specify the proper performance measure, monetary incentives are often dominated by other approaches. But in the end, where money incentives are required, they are required precisely because people are motivated by things other than money.” (JENSEN, 1994. p. 3-4).

e, portanto, um incentivo negativo à prática do ato proibido ou desencorajado e, da mesma forma, um incentivo positivo para atuar segundo a conduta esperada.

Assim, para o olhar da análise econômica do Direito importa muito mais o efeito de dissuasão da responsabilidade civil do que o seu efeito indenizador. O administrador – racional e maximizador – enxergará a responsabilidade civil como incentivo para cumprimento de seus deveres e um possível custo de sua atividade, o qual poderá ser contrabalançado com os benefícios dessa atividade.

Dito de outra maneira, a doutrina civilista considera a responsabilidade civil principalmente sob o ponto de vista da obrigação de indenizar, pois o que interessaria, ao final, seria a recomposição do prejuízo sofrido. Contudo, de uma perspectiva de Direito e Economia, analisando a questão dos comportamentos individuais, merece destaque o papel de incentivo da responsabilidade civil, que pode ser entendido como positivo – reforço ao comportamento esperado – ou negativo – punição do comportamento desconforme.

Poderíamos dizer que o primeiro aspecto, chamado aqui de civilista, considera a responsabilidade civil da perspectiva do lesado e que o segundo, de direito e economia, considera-a da perspectiva daquele que pode vir a ser responsabilizado.

Nessa perspectiva, qual seria o regime de responsabilidade civil mais eficiente?

4.1 Indenização

Conforme disse acima, o aspecto indenizatório da responsabilidade civil é o que recebe maior atenção do Direito. Todavia, é possível demonstrar que a indenização no caso de responsabilidade dos administradores de instituições financeiras exerce papel bastante reduzido.

Com efeito, na grande maioria das vezes, o patrimônio dos administradores será irrisório para cobrir eventuais dívidas deixadas pela instituição financeira, ou seja, ainda que se obtenha a condenação, que seja feita a apuração do montante devido, o patrimônio a ser atacado provavelmente será muito menor que o necessário.

Assim, do ponto de vista da indenização, a responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, contribui muito pouco com a situação, tendo em vista que se o

objetivo é compensar financeiramente os potenciais lesados, provavelmente não será o patrimônio dos administradores a garantia suficiente para tanto.

Nesse sentido, a responsabilidade objetiva não apresenta nenhum ganho de eficiência em relação à responsabilidade subjetiva. O procedimento muda de uma para outra, mas seu fim – a indenização – não.

Assim, só faz sentido considerar a responsabilidade civil dos administradores em sua perspectiva de incentivo ao comportamento esperado, pois, no que tange à indenização – compensação integral do prejuízo sofrido –, seus efeitos são praticamente inexistentes. Em outras palavras, no que respeita a indenização, o problema não está no regime – subjetivo ou objetivo –, pois em ambos os casos os patrimônios passíveis de constrição continuam o mesmos. Vale dizer que responsabilidade subjetiva não significa irresponsabilidade civil.

Portanto, se considerarmos a responsabilidade subjetiva como regra geral do ordenamento, afirmação também válida para o Direito Societário, a mudança para o regime da responsabilidade objetiva não traria qualquer ganho significativo de eficiência no que tange à indenização de eventuais lesados. Assim, eventual ganho de eficiência com a responsabilidade objetiva acabaria soterrado por todos os outros custos que acarreta, conforme demonstraremos a seguir.

4.2 Nível de precaução, nível de atividade e mercado incompleto

A atividade de administração é considerada – regra geral – como sendo uma obrigação de meio. As obrigações de meio são assim denominadas em contraposição com as obrigações de resultado. A nomenclatura é bastante intuitiva, mas cumpre tecer algumas considerações.

Nas obrigações de resultado discutir-se-á se o fim prometido pelo devedor da obrigação foi efetivamente cumprido, de tal sorte que o resultado vai implicar satisfação ou não da obrigação assumida, ou seja, para aferição do adimplemento é necessário verificar se o sujeito alcançou o resultado prometido. Ainda que o devedor tenha utilizado toda sua técnica de diligência, o inadimplemento ocorrerá diante da ausência do resultado esperado.

Nas obrigações de meio, o que se vai averiguar é a conduta do devedor da obrigação, visto que o sujeito assume apenas a obrigação de empenhar seus melhores esforços no cumprimento da obrigação, sempre almejando o melhor resultado. Mas sua consecução, ou não, não implicará adimplemento ou inadimplemento da obrigação, respectivamente.

Conforme explica Sílvio de Salvo Venosa (2004, p. 81):

Na grande maioria de casos, o que caracteriza a obrigação de meio é o fato de o credor insatisfeito ter de provar não apenas que a obrigação não foi executada, mas também, tomando por base um modelo de referência para o comportamento (de um bom pai de família, noção transplantada para os mais diversos contratos técnicos da atualidade, o profissional médio), que o devedor não se conduziu como devia.

Assim, se na gestão de uma sociedade o administrador assumir a obrigação de trazer os resultados esperados pelos sócios, a obrigação será de resultado; se, pelo contrário, assumir a obrigação de envidar seus melhores esforços para atingir esses resultados, mas sem se comprometer a consegui-los, a obrigação é de meio. Usualmente ocorre a segunda hipótese, não a primeira.

Os resultados esperados são sempre os melhores possíveis para a sociedade, mas, caso não aconteçam, o administrador não pode ser responsabilizado se agiu diligentemente; se prejuízos ocorrerem, devem ser imputados aos riscos do mercado e da condução de uma empresa, mas não aos administradores. Conclui-se, portanto, que a ocorrência de prejuízo por si só não é suficiente para aferir a necessidade de responsabilização do administrador.

Importante notar que a recíproca também é verdadeira. Com efeito, a existência de lucros nas operações da sociedade podem também resultar de álea, positiva no caso, da assunção de riscos não devidamente planejados e que por circunstâncias do mercado beneficiaram a sociedade. Como bem aponta Marcelo Vieira Von Adamek (2009, p. 134):

Os lucros podem ser fruto de ilícitos. Ou da assunção de riscos desmedidos e de operações estranhas ao objeto social. [...] Portanto, a simples obtenção de lucros não abona a gestão social nem isenta o administrador de ser chamado a responder pelos seus atos.

Assim, considerando-se que a obrigação de administrar uma sociedade é tida como de meio, usualmente se considera na análise da responsabilidade civil o **nível de precaução** do indivíduo no exercício de suas funções. A ocorrência do dano é um acidente, cuja probabilidade seria determinada pelas precauções tomadas pelos indivíduos (RODRIGUES, 2007; POLINSKY, 2003; MICELI, 2008). O cálculo do nível ótimo de precaução também segue a regra do custo marginal, ou seja, para cada incremento deve existir um benefício igual ou superior na prevenção do acidente ou na redução de seu montante (COOTER, 2010, p. 332 e seg.).

A ocorrência do evento indesejado depende, também, do **nível de atividade** da pessoa. A probabilidade de ocorrência de um acidente automobilístico depende não somente das precauções tomadas pelo motorista do veículo (nível de precaução), mas também do número de quilômetros que ele dirige (nível de atividade).

Com efeito, o exercício da atividade pela sociedade pode trazer riscos para terceiros, e não somente para ela mesma ou para seus sócios. A noção é bastante intuitiva, mas vale um exemplo: se uma empresa de transportes escolhe desenvolver suas atividades com o dobro de caminhões e em número muito maior de rotas, maior será o seu risco. O nível de atividade determina o volume de interações da sociedade com as outras pessoas, jurídicas ou naturais.

No caso de uma instituição financeira, o maior dos riscos estaria na impossibilidade de se devolver aos depositantes o dinheiro entregue por eles para as aplicações que a instituição realiza e, em segundo lugar, não restituir ao menos o capital aplicado pelos sócios. Esse risco cresce à medida que a atividade da sociedade cresce, ou seja, quanto mais ela captar e emprestar, maior poderá ser a sua responsabilidade.

Assim, o nível de atividade determinaria o volume de recursos com os quais a instituição financeira trabalha, e seu nível de precaução incidiria na forma como esses recursos são trabalhados, sobretudo do ponto de vista dos empréstimos. Com efeito, um nível maior de precaução da instituição financeira provavelmente seria percebido em duas frentes: *i*) promessa de pagamento de uma remuneração menor pelos recursos recebidos; *ii*) exigência de maiores garantias ou cobrança de maiores taxas de juros nos empréstimos.

Dito isso, qual seria o impacto da responsabilidade objetiva na questão?

Ora, o que a responsabilidade objetiva do administrador faz nada mais é do que atrelar sua responsabilidade à da instituição financeira. Em outras palavras, a responsabilidade objetiva do administrador faz que sua obrigação de meio torne-se uma obrigação de resultado e que, portanto, sua responsabilização não dependa mais de seu nível de precaução, mas do sucesso da atividade da instituição financeira. E na medida em que a responsabilidade da instituição financeira decorre de seu nível de atividade e de seu nível de precaução, o administrador somente poderá mitigar sua própria responsabilidade quando atuar diretamente na exposição da instituição.

Em outras palavras, o administrador somente conseguirá mitigar o seu risco na medida em que reduzir o risco da sociedade, o que poderá ser feito, de forma determinante, com redução do nível de atividade ou aumento do nível de precaução da instituição. **A responsabilidade objetiva do administrador afetará, portanto, a relação da instituição financeira tanto com seus depositantes quanto com os seus tomadores de empréstimo.**

4.2.1 Possíveis impactos da redução do nível da atividade e do aumento do nível de precaução

É desnecessário argumentar sobre a importância das instituições financeiras para a economia de um país. A intermediação realizada por elas e a concessão de crédito, principalmente por meio da criação de moeda escritural, são fundamentais, não somente para o consumo, mas também para a produção. Não são todas as sociedades que conseguem captar recursos em outros mercados, como o de capitais, sobretudo no Brasil.

Na perspectiva do nível de atividade, a redução geral pelas instituições provocaria um encolhimento do mercado, com uma redução do saldo total de crédito disponível. As instituições financeiras receberiam menos depósitos e emprestariam uma quantidade menor de recursos.

Como a atividade é reduzida, a expectativa de lucro da instituição financeira também deve ser, o que resultará em menor distribuição de dividendos para os sócios. Do ponto de vista da teoria da agência, seria do interesse dos sócios que

isso ocorresse? A tendência da instituição é se tornar mais sólida, perpetuando-se, mas com uma distribuição de lucros cada vez menor.⁴

Do ponto de vista do nível de precaução, vimos que a análise pode ser dividida entre a relação com os depositantes e a relação com os tomadores.

Com relação aos depositantes, o aumento do nível de precaução implicaria diminuição dos valores pagos, oferecendo remunerações menores pelo dinheiro aplicado na instituição. A situação poderia levar os depositantes a simplesmente perder o interesse nos depósitos, buscando outras formas de investimento. No limite, as taxas de remuneração poderiam ser tão baixas que a instituição financeira apresentaria duas funções: *i*) apenas evitar a perda do poder de compra da moeda, remunerando somente o suficiente para cobrir a correção monetária, algo cada vez menos importante em nosso país; *ii*) atuar como cofre, um local seguro para guardar os valores; o contrato de conta-corrente seria reduzido ao contrato de depósito.

Com relação aos tomadores, o aumento do nível de precaução traria aumento de exigências para concessão de empréstimos ou elevação das taxas de juros cobradas. O aumento das garantias reduz o risco de inadimplemento total, evitado pela execução. Em outras palavras, a elevação das taxas de juros faz que aqueles que pagam seus empréstimos arquem com a inadimplência daqueles que não efetuam seus pagamentos, ou seja, o cálculo leva em consideração a taxa de inadimplência média do mercado, e não as condições específicas de cada devedor.

Um dos resultados desse aumento no nível de precaução com certeza será a exclusão de tomadores do mercado.

Com efeito, na medida em que as garantias exigidas crescem e as taxas de juros aumentam, teremos uma parte do mercado – demanda – que não encontrará oferta. Diversas pessoas, jurídicas ou naturais, não serão capazes de cumprir com as exigências – garantias – ou não serão capazes de pagar taxas de juros tão altas. O mercado de crédito fica, nesse sentido, incompleto, tendo em vista que pessoas que desejam tomar empréstimos não conseguirão.

4 O impacto da responsabilidade do administrador nas questões do nível de atividade e do nível de precaução é tão claro nos Estados Unidos da América que em alguns estados – destaque para Delaware – é permitido aos sócios incluir no estatuto social uma isenção total ao administrador, desde que aja de boa-fé. Se o insucesso decorreu do risco natural do negócio, não se fala em responsabilidade do administrador. Ele, segundo essa visão, deve ter a tranquilidade necessária para assumir os riscos empresariais que entender por corretos, possibilitando aos sócios o maior retorno possível.

O cotidiano parece demonstrar essa situação, já que parte do crédito ao consumo foi transferida para as próprias fornecedoras de produtos, bem como parte considerável do crédito das pequenas e médias empresas vem de *factorings*.⁵ É, sem sombra de dúvidas, a exclusão de indivíduos do mercado formal de crédito.⁶ Nas duas situações, o crédito é concedido fora do Sistema Financeiro Nacional.⁷

A responsabilidade objetiva com certeza não é a única causa, mas, diante do raciocínio exposto acima, é razoável considerá-la como um dos elementos. Não se tem conhecimento de um estudo empírico específico sobre a questão, mas vale mencionar um realizado sobre a responsabilidade civil dos administradores de *trusts* (SCHANZENBACH, 2007).

Segundo esse estudo, nos últimos vinte anos, as legislações de diversos estados norte-americanos sobre a responsabilidade dos administradores dos *trust funds* foram modificadas, abandonando-se a *prudent man rule* em favor da *prudent investor rule*. De acordo com o primeiro paradigma, os administradores dos *trusts* deveriam optar por investimentos de baixo risco, com os títulos federais, bem como evitar a especulação no mercado de ações. Ademais, os investimentos seriam avaliados individualmente, e não como uma carteira, ou seja, um resultado geral positivo não afastaria a responsabilidade do administrador caso algum dos investimentos fosse negativo.

As consequências desse conservadorismo, segundo os dados levantados pelos autores do estudo, eram: *i*) redução geral da atividade econômica, tendo em vista que parte considerável dos recursos disponíveis para financiar a atividade produtiva poderia vir desses patrimônios; *ii*) alguns dos fundos passaram a apresentar rendimentos inferiores à taxa da inflação.

A conclusão do estudo corrobora com o exposto no presente artigo, a saber, que a responsabilidade dos administradores pelos resultados dos investimentos efetivamente os torna muito mais conservadores. Todavia, algo que parece bom,

5 Segundo a Associação Nacional de Sociedades de Fomento Mercantil, as operações de seus associados registraram no exercício de 2008 ativos financeiros em torno de R\$ 80 bilhões, um acréscimo de 14,5% sobre o ano anterior. (<<http://www.anfac.com.br/>>)

6 Uma prova da existência de milhares de pessoas sem acesso ao crédito formal é o crescimento do crédito consignado em folha, que aumentou em 705% entre dezembro de 2004 e agosto de 2010. Cf. Relatório de inclusão financeira elaborado pelo Banco Central do Brasil, disponível em <http://www.bcb.gov.br/Nor/relincfin/relatorio_inclusao_financiera.pdf>.

7 A situação é conhecida como desintermediação bancária, consistindo, em brevíssima síntese, na eliminação ou substituição dos bancos do papel de intermediação entre poupadores e tomadores.

a princípio, mostra-se, ao final, prejudicial, tanto aos próprios interessados quanto à economia do país.

4.2.2 Padronização das instituições financeiras

Ademais, as constatações acima podem indicar uma tendência que seria bastante ruim para o Sistema Financeiro Nacional, a saber, a padronização das instituições financeiras.

É desnecessário demonstrar que em um sistema financeiro – mercado de crédito – podem existir investidores e tomadores com diferentes perfis, ou seja, com posicionamentos diferentes em relação ao risco (avesso, neutro, favorável). É natural, portanto, encontrar pessoas nesse mercado com diferentes objetivos. Alguns estão lá realmente apenas para obter algum rendimento e conservar, ao menos em parte, o poder de compra da moeda; esses são os usuais utilizadores da poupança. Há outros, no entanto, que desejam aplicações de retorno maior, aceitando, nesse sentido, um risco maior.

Do lado dos tomadores, o mesmo. Há alguns que a depender das taxas de juros cobradas não tomarão o empréstimo, preferindo não realizar o investimento ou o consumo. Há outros que pela natureza do negócio estarão dispostos a assumir o pagamento de uma taxa maior de juros para financiar algo que pode ser considerado como uma oportunidade de crescimento ou um novo negócio para a empresa. Entre o maior risco e o menor risco, uma gama de variações.

Isso é possível porque os depositantes que desejam maior remuneração encontrarão instituições financeiras que trabalham com esse perfil, as quais, por sua vez, emprestam para tomadores também de maior risco, mas que a remuneram também em maior grau.⁸

8 “[...] what is the goal of the corporation? Is it profit, and for whom? Social welfare more broadly defined? Is there anything wrong with corporate charity? Should corporations try to maximize profit over the long run or the short run? Our response to such questions is: who cares? If the New York Times is formed to publish a newspaper first and make a profit second, no one should be allowed to object. Those who came in at the beginning consented, and those who came later bought stock the price of which reflected the corporation is tempered commitment to a profit objective. If a corporation is started with a promise to pay half of the profits to the employees rather than the equity investors, that too is simply a term of the contract. It will be an experiment. Professors might not expect the experiment to succeed, but such expectations by strangers to the bargain are no objection. Similarly, if a bank is formed with a declared purpose of giving priority to loans to minority-owned businesses or third-world nations, that is a matter for the venturers to settle among themselves. So too if a corporation, on building a plant, undertakes never to leave the community.” (EASTERBROOK, 1996. p. 35-36).

Contudo, se os incentivos dados pela legislação – aplicada de maneira uniforme a todos – forem no sentido de elevação cada vez maior do nível de precaução e diminuição do nível de atividade, passaremos a encontrar no mercado somente instituições de baixo risco. Isso quer dizer que os depositantes interessados em maior remuneração em troca de risco maior não encontrarão uma instituição nesse perfil, o mesmo vale para os tomadores. Assim, teríamos uma padronização excessiva do mercado, com a exclusão de parte de seus agentes. Nesse caso, existiriam pessoas dispostas a emprestar – oferta – e pessoas dispostas a tomar o empréstimo – demanda – que não seriam atendidas.

A legislação, sobretudo do ponto de vista da regulação, deve permitir a existência do chamado investidor racional.

Com efeito, conforme exposto acima, o investidor deveria ir ao mercado em busca do melhor retorno possível para o capital que possui, deparando-se com uma série de possibilidades, todas definidas em termos de risco *versus* retorno. O investidor racional será aquele que optar pela melhor configuração existente para o seu caso, provavelmente definido pela sua relação com o risco (avesso, neutro, favorável).

Assim, se um investidor opta pelo maior risco, mas igualmente recebe a possibilidade de obter o melhor retorno, podemos dizer que ele é racional; contudo, se ele opta pelo maior risco sem esperar o melhor retorno, podemos também com certeza dizer que ele não foi racional. Nesse sentido, o legislador deve se preocupar com a quantidade eficiente (ótima) de informações necessárias para que o investidor possa agir racionalmente e segundo o seu perfil (POSNER, 2010). É o que se convencionou chamar de *suitability* (CHOI, 2000).

Isso é igualmente válido também do ponto de vista dos sócios, ou seja, difícilíssimo dizer se aquele que adquire ações de uma instituição financeira pretende receber dividendos ou vender a participação com lucro no futuro. Assim, é impossível dizer que a responsabilidade objetiva é a melhor medida no sentido de vincular o comportamento do administrador, como agente, aos interesses dos sócios, como principais. No mesmo sentido, o melhor seria permitir a existência de perfis diferentes de instituição, deixando aos indivíduos a escolha da instituição na qual eles desejam adquirir uma participação. Isso vale tanto para controladores quanto para não controladores.

Não me parece que a responsabilidade objetiva atenda a esse pressuposto.

Ademais, existem formas muito mais eficientes de intervenção.

É o que sustentam Henry Hansmann e Reinier Kraakman (2000) ao discorrer sobre os diversos modelos de orientação do direito societário (*manager oriented, labor oriented, state oriented e shareholder oriented*). Segundo os autores, a prática mundial apontou que a intervenção do Estado nas sociedades, com fundamento no interesse social, mostrou-se catastrófica, causadora de terríveis ineficiências de mercado. Para a proteção dos outros grupos de interesse, que não o dos sócios, os melhores instrumentos são contratuais ou regulatórios.

De fato, o Estado – por meio da regulação – poderia cuidar apenas para que o perfil da instituição financeira ficasse bastante claro para o mercado, incluindo seus depositantes, seus tomadores e, inclusive, as outras instituições que com ela negociam (risco sistêmico).

Vale citar Friedrich Hayek (1985, p. 134 e seg.), quando discorre sobre os mercados:

o principal objetivo comum de todos os seus membros é aquele puramente instrumental de assegurar a formação de uma ordem abstrata que não tem propósitos específicos, mas que propiciará a todos maiores possibilidades de realizar os seus respectivos propósitos [...] a grande vantagem da ordem espontânea de mercado é ser apenas voltada para meios, tornando assim desnecessária a concordância com relação aos fins e possível a conciliação de propósitos divergentes.

Essa visão já é encontrada no mercado de valores mobiliários, no qual algumas operações são permitidas apenas aos investidores qualificados ou, de outro lado, proibidas para os investidores institucionais. Se determinado empreendimento fracassar logo após a sua abertura de capital, por exemplo, não há que se questionar sobre responsabilidade civil dos administradores. Para isenção da operação, basta, em brevíssima síntese, que o prospecto de lançamento valores mobiliários seja considerado adequado, contendo todas as informações necessárias para avaliação do risco e do possível retorno, segundo a categoria do investidor.

Vale dizer, por fim, que nas recentes normas regulatórias do sistema financeiro não se tem notícia de nenhuma que pregue medida semelhante à responsabilidade

objetiva. Nas recomendações da Basileia, todas no sentido de promover a solvência, evitar o risco sistêmico e permitir a constante evolução dos sistemas financeiros nacionais e internacional, não se encontra nenhuma indicação no sentido de agravar a responsabilidade dos administradores. Em geral, notamos uma preocupação com os instrumentos de acompanhamento da atividade, ou seja, nada mais do que levantamento, tratamento e disponibilização de informações, que serão utilizadas por investidores e pelos reguladores.

4.3 Seleção adversa

Sabemos que todo empreendimento envolve risco, e por mais que todos os agentes se esforcem a empresa pode falhar. Um empresário, ciente desse fato universal, pode decidir investir em diferentes ramos de negócio. Um investidor, também ciente dos riscos, pode escolher aplicar sua poupança em diferentes sociedades ou produtos financeiros. Essas medidas nada mais são que uma diversificação visando diminuir o risco médio até um nível que seja suportado pelo indivíduo.

Os administradores, pelo contrário, não poderiam fazer o mesmo.

Com efeito, não costuma ser permitido aos administradores trabalhar em duas ou mais sociedades, as quais ele escolheria segundo uma combinação de riscos. Considerando-se que a responsabilidade objetiva atrela o risco de administrador com o risco da atividade (obrigação de resultado) e que a diversificação não é possível, restaria ao administrador dois caminhos: *i)* fazer a opção pela sociedade de menor risco; *ii)* fazer que a sociedade por ele administrada diminua o risco.

A segunda foi discutida no tópico anterior, nos interessando agora a primeira.

Se considerássemos a existência de um mercado de administradores, seria o de instituições financeiras diferente dos demais ou teríamos, na verdade, um grande e indistinto mercado de trabalho? São necessários estudos empíricos para demonstrar a realidade, mas diante da ausência de proibições legais, posso presumir a mobilidade, ou seja, um administrador pode migrar tanto de uma instituição financeira para outra como para um ramo diferente de negócios.

Na verdade, considerando-se a existência de critérios legais para qualificação como administrador de instituições financeira, seria mais fácil sair do que ingressar nesse mercado.⁹

Assim, diante do risco de ver todo o seu patrimônio utilizado para pagar dívidas da instituição financeira administrada, ele pode escolher não atuar nesse ramo, migrando para outras áreas em que o risco seja suportável para ele ou, se optar pelo risco, requisitar uma remuneração muito superior àquela que seria acertada normalmente entre as partes. Todavia, essa remuneração possui um limite, dificilmente alcançando valores suficientes para cobrir eventual responsabilidade.¹⁰

A consequência imediata dessa conclusão é a perda de bons profissionais e, em um segundo momento, a substituição destes por outros não tão bons.

É o que conhecemos como seleção adversa.

Com efeito, sempre que observamos a substituição dos agentes ou produtos ótimos pelos de menor qualidade em razão de uma falha no mercado, estamos diante da seleção adversa, usualmente causada pela assimetria de informações (AKERLOF, 1970), mas que, segundo expus acima, parece-me aplicável ao caso.

Como se pode imaginar, a substituição desses profissionais somente seria evitada se os benefícios oferecidos alterassem significativamente o cenário. A primeira conclusão a respeito da responsabilidade civil, quando vista da perspectiva do administrador, é, portanto, que ela constitui um peso maior em um dos lados da balança – dos custos –, atuando como incentivo negativo para a assunção de um cargo de administrador em uma instituição financeira.

9 A entrada no ramo, na verdade, impõe barreiras aos interessados, exigindo algumas características especiais daquele que pretende administrar instituições financeiras. Todavia, a saída é plenamente livre. Destacamos a Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 3.041, de 2002, a qual determina que os administradores e os membros do Conselho Fiscal, além de outras características, possuam qualificação técnica para o exercício do cargo, *in verbis*: “Art. 4º É também condição para o exercício dos cargos de conselheiro de administração, de diretor ou de sócio-gerente das instituições referidas no art. 1º possuir capacitação técnica compatível com as atribuições do cargo para o qual foi eleito ou nomeado. § 1º A capacitação técnica de que trata o *caput* deve ser comprovada com base na formação acadêmica, experiência profissional ou em outros quesitos julgados relevantes, por intermédio de declaração, justificada e firmada pelas instituições referidas no art. 1º, submetida à avaliação do Banco Central do Brasil, concomitantemente aos correspondentes atos de eleição ou nomeação.”

10 “Finally, directors are not in the same position as the firm’s outside auditors or its investment bankers, who serve many firms and can thus spread their risk of liability. Rather, directors serve at most relatively firms, and this fact may make them poor ‘cost avoiders’ because they cannot effectively absorb potential liability as a cost of doing business by incorporating it into the price they charge for their services. Given the inevitability that some risky business decisions will result in failure, the prospect of judicial ‘second guessing’ might make corporate officials overly risk averse, to the detriment of shareholders.” (KLEIN, 2007. p. 157).

Assim, considerando-se a sua aplicação específica (exceção à regra geral da responsabilidade subjetiva) para esse ramo de negócios, dois movimentos são esperados: *i*) aumento dos benefícios concedidos ao administrador de interesse da sociedade, rebalanceando a relação entre custos e benefícios; *ii*) a migração de profissionais para outros ramos. Neste último caso, pressupondo-se que esses cargos ainda devam ser preenchidos, por melhores que sejam os indivíduos que o façam, não serão aqueles de preferência da instituição.

5 Conclusão

A conclusão que se chega é que do ponto de vista da sociedade – no “agregado” – a responsabilidade objetiva resulta em ineficiência do sistema.

Em primeiro lugar, porque o aspecto da indenização – recomposição dos prejuízos – não é relevante. Não será o patrimônio dos administradores que cobrirá eventual saldo na liquidação da instituição. Assim, o argumento de que a responsabilidade objetiva gera eficiência na responsabilização perde força, pois: *i*) não resolve o problema da apuração do dano, muitas vezes mais complexo do que a discussão acerca da existência de culpa; *ii*) teria como consequência atingir patrimônios provavelmente insuficientes para cobrir o saldo.

Assim, a responsabilidade civil nesse caso deve ser entendida muito mais como incentivo, positivo ou negativo, a depender do ponto de vista, valendo, para isso, a regra da responsabilidade subjetiva, que não é, de forma alguma, isenção de responsabilidade. As autoridades reguladoras e fiscalizadoras do mercado financeiro possuem plena capacidade e farta quantidade de informações para realizar seus procedimentos investigatórios e apurar eventual responsabilidade de cada um dos administradores.

Dessa forma, muito melhor manter o regime da responsabilidade subjetiva, calcado no dever de diligência e demais deveres fiduciários, responsabilizando os administradores individualmente por desvios de conduta, e não pelo insucesso da atividade.

Em segundo lugar, porque a diferenciação entre a responsabilidade dos administradores de instituições financeiras e das demais sociedades cria incentivos que podem resultar na opção dos melhores indivíduos por outras

atividades, que abandonarão o mercado financeiro, a não ser que os benefícios sejam igualmente incrementados.

Esses benefícios podem ser resumidos em duas categorias: *i*) remuneração maior; *ii*) seguro de responsabilidade. Desse modo, se o custo da atividade (risco de responder com seu patrimônio pessoal) não fosse tão alto, o administrador poderia ser remunerado em nível menor. Ademais, se fosse do interesse da instituição (sócios e pessoa jurídica), não seria ela própria a contratar seguro de responsabilidade, arcando com esse custo. A responsabilidade objetiva, nesse caso, não traz qualquer benefício, muito pelo contrário, acarreta o rearranjo do sistema contratual em níveis de custo superiores, ou seja, tem como resultado um aumento nos custos de transação.

Em terceiro lugar, porque atrela a responsabilidade do administrador à responsabilidade da instituição financeira, tornando sua obrigação, que é de meio, em de resultado. Diante da responsabilidade objetiva, o administrador só consegue diminuir seu risco se diminuir o risco da instituição. Isso se dá, conforme demonstrado, no aumento do nível de precaução ou na redução do nível de atividade da pessoa jurídica. Em ambos os casos, teremos uma retração do mercado de crédito, que pode se tornar incompleto. Existirão pessoas dispostas a investir – depositantes – que não o farão em razão da remuneração paga pela instituição, e existirão pessoas dispostas a tomar emprestado que não conseguirão remunerar as taxas de juros cobradas ou fornecer as garantias exigidas.

Referências

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Responsabilidade civil dos administradores de S/A e as ações previstas na lei nº 6.404/76 para efetivá-la**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, 1970.

CHOI, Stephen J. Regulating Investors Not Issuers: A Market-Based Proposal. **California Law Review**, 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=202049>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

COOTER, Robert; e ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R. **The Economic Structure of Corporate Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

EPSTEIN, Richard A. A Theory of Strict Liability. **Journal of Legal Studies**, v. 2, n. 1, 1973.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier H. Agency Problems and Legal Strategies. In: HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier H. *et al.* **The Anatomy of Corporate Law: A Comparative And Functional Approach**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. **The End Of History For Corporate Law**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=204528>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

HAYEK, Friedrich A. **Direito, Legislação e Liberdade**. Tradução de Henry Maksoud. São Paulo: Visão, 1985. v. II.

JENSEN, Michael C. Agency Cost Of Free Cash Flow, Corporate Finance, and Takeovers. **American Economic Review**, v. 76, n. 2, 1986.

_____. Self Interest, Altruism, Incentives, and Agency Theory. **Journal of Applied Corporate Finance**, 1994.

JENSEN, Michael C.; MURPHY, Kevin J. CEO Incentives: It's Not How Much You Pay, But How. **Harvard Business Review**, n. 3, 1990.

_____. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. **Journal of Financial Economics (JFE)**, v. 3, n. 4, 1976.

KLEIN, William A.; COFFEE JR., John C. **Business Organization and Finance: legal and economic principles**. 10th ed. Foundation Press: New York, 2007.

MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. **O acionista [...] é [...] credor de dividendo**. Disponível em: <<http://machado.mec.gov.br/images/stories/html/cronica/macr12.htm#C1900>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

MICELI, Thomas J. **The economic approach to law**. Palo Alto: Stanford University Press, 2008.

POLINSKY, Mitchell A. **An Introduction to Law and Economics**. 3th ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

POSNER, Eric A. ProCD v. Zeidenberg and Cognitive Overload in Contractual Bargaining. **University of Chicago Law Review**, v. 77, n. 4, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1499414>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

RAMOS, Maria Elisabete Gomes. Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas perante os credores sociais. **Boletim da Universidade de Coimbra**, v. 67. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. (Coleção Studia ivridica).

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito**. Coimbra: Almedina, 2007.

SCHANZENBACH, Max M.; SITKOFF, Robert H. Did Reform of Prudent Trust Investment Laws Change Trust Portfolio Allocation? **Journal of Law and Economics**, v. 50, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=868761>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2004. v. II.

A Proibição de Insuficiência Penal: o exemplo privilegiado dos crimes financeiros

Orlando Faccini Neto*

*1 Introdução. 2 Dimensão objetiva dos direitos fundamentais.
3 A vocação constitucional do Direito Penal e o fundamento
constitucional dos bens jurídicos penalmente tutelados. 4 A proibição
de insuficiência. 5 Conclusão.*

Resumo

A proibição de insuficiência é tema relativamente novo no Direito Penal. Diz respeito, enfaticamente, à relação que se deve estabelecer entre a atuação penal do Estado e a Constituição, já verificada em outros setores do Direito, mas que, no campo criminal, reduziu-se apenas a uma perspectiva limitante. Quando se tratam de crimes que afetam interesses coletivos, essa abordagem constitucional é em tudo necessária, a fim de que bens jurídicos de grande relevância não se vejam tutelados de forma deficiente.

Palavras-chave: Proibição de insuficiência. Direito Penal. Bem jurídico. Constituição.

* Mestre em Direito Público – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) (RS). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Luterana do Brasil (Ulbra) (RS). Professor de Direito Penal na Escola Superior da Magistratura – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris) (RS). Professor de Direito Constitucional na Faculdade Anhanguera (RS); Juiz de Direito (RS).

Abstract

The prohibition of insufficiency is relatively new in the Criminal Law. Concerns emphatically that the relationship must be established between the criminal activities of the State and the Constitution, already experienced in other sectors of law, but that in the criminal field, reduced to just a limiting perspective. When dealing with crimes that affect collective interests, the constitutional approach is needed at all, so that protected legal interests of great importance will not be poorly protected.

Keywords: prohibition of failure. Criminal Law. Legal interest. Constitution.

1 Introdução

São diversos os modelos por que se podem apresentar as constituições, de modo que fixar-se uma teoria geral, nesse ponto, mostra-se sempre bastante problemático. É preciso, portanto, no caso brasileiro, perceber que nosso texto jurídico-político maior destina-se a uma sociedade específica, com características próprias, para as quais a Constituição, além de estabelecer normas de regulação, revela fins e objetivos a serem perseguidos e, assim, propende a transformações.

As decisões judiciais devem-lhe obediência e devem situar-se no paradigma a partir do qual ao Estado incumbe **deveres de proteção** aos direitos fundamentais, proteção essa que, em certos casos, não dispensa a atuação penal.

Pretende-se, desse modo, expor que a quadra atual requer a superação do modelo iluminista – que entrevia no Estado o **inimigo a ser contido** –, porquanto, pela via dogmática dos bens jurídicos, expressam-se direitos constitucionais que exigem a tutela penal.

Ainda que à primeira vista tais lineamentos constitucionais se destinem ao legislador, haverá o juiz de, no julgamento de casos concretos, **julgar** também a legislação que haverá de aplicar. Porque toda decisão judicial implica um ato de jurisdição constitucional, que, infelizmente, é olvidado por significativa parcela de juízes e tribunais, ainda aferrada a um modelo de regras e, portanto, alheados do conteúdo principiológico da Carta.

De certo modo, a doutrina já se ocupou de tratar o Direito Penal a partir da Constituição, na perspectiva da vedação do excesso. Razão pela qual, aqui, objetiva-se assentar que essa atuação, legislativa num primeiro momento, mas, sobretudo judicial, quando do julgamento de casos, não pode descurar de que a Constituição também veda a atuação estatal deficiente, quando impõe normas de criminalização e intui que a proteção dos direitos fundamentais se faz, muitas vezes, penalmente.

A ausência de uma compreensão constitucional mais íntegra, em especial no que concerne à repressão de delitos mais sofisticados, que, muitas vezes, revelam preparação antecedente, com adoção de mecanismos de resguardo, tem ensejado, em nosso país, uma carência de efetividade do sistema de justiça quanto à criminalidade financeira, ou mesmo quando as infrações suplantam a lesão de interesses meramente individuais.

Por isso que, de maneira bastante singela, faz-se imperioso um novo paradigma, pelo qual, no fim das contas, ter-se-á uma íntegra constitucionalização do Direito Penal.

2 Dimensão objetiva dos direitos fundamentais

A proteção de direitos fundamentais pelo Estado é decorrência inequívoca da ordem constitucional. Confunde-se a própria razão de sua existência com a necessidade de salvaguardar aos indivíduos as posições jurídicas sem as quais, na antiga dicção de Silva (1997, p. 177), a pessoa humana “não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.” Essa é a ideia que há de ser levada em conta quando se fala em direitos fundamentais. São aqueles sem os quais o indivíduo não se realiza como pessoa humana.

A primeira geração de direitos dominou o século XIX e é composta pelos direitos de liberdade, que correspondem aos direitos civis e políticos. Tendo como titular o indivíduo, os direitos de primeira geração são oponíveis primacialmente ao Estado, traduzindo-se em faculdades ou atributos da pessoa humana, ostentando uma subjetividade que é seu traço marcante. No que toca à segunda dimensão dos direitos fundamentais, ter-se-ia a imposição de realização, pelo Estado, de prestações, tendentes à sua efetivação. Essas, contudo, não estão

situadas apenas no plano fático, mas, muitas vezes, concentradas na realização de atividades situadas na órbita do jurídico, no plano normativo.

Correntemente, sustenta-se que os direitos fundamentais de primeira dimensão impõem ao Estado o dever de se abster, ou seja, não afetar a órbita jurídica do particular. Conforme Canotilho (2002, p. 397), são os direitos de liberdade, cujo destinatário é o Estado e que têm como objeto a obrigação de sua abstenção relativamente à esfera jurídico-subjetiva por eles definida e protegida.

Desse modo, a satisfação dos direitos fundamentais de primeira dimensão – ou geração –, numa primeira análise, ocorre em vista da abstenção do Estado, que, assim, não intervindo, manteria hígida essa órbita concernente aos indivíduos. Não se estaria a exigir do ente estatal alguma atividade, mas, sim, que não ingressasse na esfera pertinente ao direito fundamental do particular.

A seu turno, resumidamente, os direitos econômicos, sociais e culturais, que compõem a denominada segunda dimensão de direitos fundamentais, consistiriam em “direitos a prestações ou atividades do Estado” (CANOTILHO, 2002, p. 401), que, já aqui, há de atuar no sentido de realizar ou tornar efetivo o direito fundamental consagrado.

Ocorre que, mesmo os **direitos fundamentais de primeira dimensão** não têm sua importância revelada apenas por consagrarem, no nível constitucional, a imposição de abstenções ao Estado, que, destarte, não os poderia violar. A ideia, enfim, de que apenas a inércia estatal bastaria, por exemplo, para fazer hígidos **direitos de liberdade** está superada. Com efeito, esses direitos fundamentais passaram a se apresentar no âmbito constitucional, como consignou Pérez Luño (1995, p. 20), como um conjunto de valores objetivos básicos, a impor fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, não consistindo apenas em garantias negativas de interesses individuais.

Quer dizer que os direitos fundamentais, mesmo os clássicos direitos de liberdade, devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuidam de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar (SARLET, 2005, p. 123).

Na lição de Mendes (2002, p. 4):

o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros.

Assim, axiologicamente, vê-se que os direitos fundamentais, em sua **dimensão objetiva**, incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade.

Nesse contexto, o Estado evolui da posição de adversário – ou de provável causador de ofensas aos direitos de primeira dimensão, que, assim, deve ser contido – para uma função de guardião dos direitos fundamentais. Mesmo os direitos fundamentais de primeira dimensão estão a exigir, para a salvaguarda de sua eficácia, certa atuação estatal. No mesmo sentido é o alvitre de Schäfer Streck (2009, p. 92), para a qual o Direito Penal e os penalistas, em sua parcela considerável, deixaram de lado a relevante circunstância de que o Estado pode ser protetor dos direitos fundamentais.

Isto é, ao Estado incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões oriundas de particulares e até mesmo de outros Estados.

Entre as múltiplas consequências advindas dessa perspectiva, está o surgimento de **deveres de proteção**, atribuíveis ao Estado, do qual passa a ser exigível a tutela dos direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente.

Nesse sentido, reafirma Sarlet (2001, p. 149) que incumbe ao Estado zelar pela proteção desses direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e de outros Estados.

Noutro texto enfatiza o autor citado:

as normas de direitos fundamentais implicam uma atuação positiva do Estado, notadamente, obrigando-o a intervir (preventiva ou repressivamente) inclusive quando se tratar de agressão oriunda de outros particulares, dever este que, para além de expressamente previsto em

alguns preceitos constitucionais contendo normas jusfundamentais, pode ser reconduzido ao princípio do Estado de Direito, na medida em que o Estado é detentor do monopólio, tanto da aplicação da força, quanto no âmbito da solução de litígios entre particulares, que (salvo em hipóteses excepcionais, como da legítima defesa), não podem valer-se da força para impedir e, especialmente, corrigir agressões oriundas de outros particulares. (SARLET, 2005, p. 129).

Em tal ordem de ideias, explana Mendes (2002, p. 6) que “pode-se ter aqui um autêntico dever constitucional de legislar, que obriga o legislador a expedir atos normativos ‘conformadores’ e concretizadores de alguns direitos.”

Constata-se, assim, que não apenas a existência de lei, mas também sua falta poderá ser afrontosa aos direitos fundamentais.

É que, com efeito, em alguns casos a edição de diploma normativo se faz imperiosa em vista de determinações constitucionais. A atuação legislativa, portanto, no campo penal, mostra-se contornada pelo que estabelecido constitucionalmente, o que parece curial.

Sucede, porém, e esse é aspecto que deve ser ressaltado, que os resquícios de uma compreensão ainda iluminista,¹ em termos de Direito Penal, fez com que parcela considerável de nossa doutrina se destinasse à crítica – algumas vezes merecida, é verdade – de excesso na atuação estatal, pela via do Direito Penal, e só.

Olvidou-se que, nos tempos que correm, tal compreensão já se faz ultrapassada, e que, para além de não excessiva, **a atuação penal do Estado não há de ser insuficiente.**

A asserção ganha relevo quando se verifica uma notável expansão da criminalidade em certos setores, digamos, mais sofisticados, entre os quais se pode referir o sistema financeiro, o sistema tributário e a proteção das divisas nacionais.

1 A título de exemplo apenas, a declarada opção pelo – ainda – paradigma iluminista, de Ferrajoli (2002, p. 8), revelada no prefácio de *Direito e Razão*, por Norberto Bobbio: “é importante, para a plena compreensão do conjunto, que não se perca de vista a ideia inspiradora da obra: a ideia iluminista e liberal – iluminista em filosofia e liberal em política”. A asserção tem sua relevância, porquanto o paradigma iluminista – que, naturalmente, a seu tempo foi de enorme importância à superação do modelo absolutista vigente –, redundou, no campo jurídico, no positivismo; tanto que Bobbio (2006, p. 38), em seu clássico sobre o tema, indica que “as codificações, que representam o máximo triunfo celebrado por este dogma, não são um produto do absolutismo, mas do iluminismo e da concepção liberal do Estado”. Insista-se: a crítica não é ao paradigma em si, mas a sua manutenção, em tempos nos quais o papel a ser desempenhado pelo Estado não se reduz mais àquele lhe destinado pela concepção liberal e, mais ainda, em que o papel do Poder Judiciário vê-se tingido pelas tintas de uma Constituição que fixa objetivos e compromissos, numa perspectiva transformadora, sobre os quais se não de assentar as decisões – *rectius*: respostas – judiciais, nos casos concretos.

Detalhando, a constatação de que certas condutas e certos comportamentos possam representar lesão ou ameaça de lesão a direitos alheios, a depender, evidentemente, de qual direito se cuide e da intensidade da lesão verificada, legitima o legislador a erigir cláusula de proibição, a partir da qual não mais se possa atuar dessa ou daquela maneira.²

Os direitos fundamentais, em suma, carecem de proteção estatal e o Direito Penal surge como um, entre outros, mecanismos de tutela, impondo ao legislador a necessidade de serem editadas normas de índole penal para o seu resguardo.

Nesse sentido, tratando do papel a que se destina o Estado nessa conjuntura, assenta Cunha (1995, p. 287) que o dever de proteção em face de agressões impõe-se ao legislador para que este crie sistemas preventivos e sancionatórios (à medida que a sanção seja necessária para a prevenção) dessas agressões. Um dos sistemas preventivos de que o Estado dispõe, o sistema preventivo mais forte, é o sistema penal.

É sob essa perspectiva que se prosseguirá, mormente no que ela tem de significativa na alteração da forma de atuarem os juízes criminais, se, ao decidirem os casos que lhes são submetidos, pretenderem fazê-lo de modo a adequarem-se à Constituição.

3 A vocação constitucional do Direito Penal e o fundamento constitucional dos bens jurídicos penalmente tutelados

A Constituição Federal de 1988 expressa, em variados dispositivos, a necessidade de tipificação de condutas, como se depreende dos incs. XLII, XLIII e XLIV do art. 5º, dispositivo que, justamente, é conhecido, com razão, como a fonte maior – não a única –, dos direitos fundamentais de nossa Carta.

A existência desses mandados constitucionais de criminalização traz duas questões que não se podem olvidar. A primeira está bem estabelecida na seguinte lição de Feldens (2005, p. 81):

2 Para Schäfer Streck (2009, p. 101), “a proibição de proteção deficiente permite ao jurista, então, verificar se um ato (ação ou omissão) do Estado viola um direito fundamental (de modo que se uma lei viesse a descriminalizar o crime de estupro, ela não seria constitucionalmente válida, uma vez que feriria frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana), pois todos os atos estatais têm um dever de atuação ativa em prol dos direitos constitucionalmente resguardados.”

o Direito Penal não mais pode ser visto sob uma obsoleta compreensão que nele identifica um braço armado do Estado, cujo único efeito consiste na redução do espaço de liberdade individual dos cidadãos. Há muito agrega-se-lhe outra função, a qual se vem, ao longo do texto, procurando sustentar. A proteção normativa ao bem jurídico visa ao pleno desfrute – ou a um maior ou a um mais intenso desfrute – do direito fundamental ameaçado pela lesão que se lhe faça lesiva.

Com efeito, os mandados de criminalização contidos na Constituição Federal revelam imposições inequívocas ao legislador, obrigação de atuação, demonstrando que, a depender da relevância do bem que se tenha em mira, a utilização do sistema criminal é irrenunciável. Como se sabe, o fenômeno da inconstitucionalidade sucede tanto em virtude de comportamento ativo do legislador, ao editar norma que discrepe da ordem constitucional, como, igualmente, em razão da omissão legislativa, que sucede quando, não obstante a imposição da Carta, persista o legislador em situação de inércia.

Dessa eventual inação legislativa surge o problema da inconstitucionalidade por omissão, por isso que, na expressão de Mendes (2001, p. 11):

os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção, expressando também um postulado de proteção. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso, mas também uma proibição de omissão.

É a essa vedação de omissão que aqui se denomina proibição de insuficiência.

A compreensão de que os bens jurídicos penais encontram sua base de fundamentação nos direitos fundamentais, expressos constitucionalmente, traz como consectário a observação de que, no sistema de proteção de tais direitos, insere-se o ordenamento penal. De tal modo, não pode o Estado omitir-se, nesse seu dever de tutela, ou seja, surge uma necessidade de atuação estatal, à qual não pode renunciar.

Assim, portanto, rompe-se com a ideia tradicional, já esboçada, de que o Estado, em tal campo, apenas se revelaria como o **inimigo a ser contido**.

Na quadra atual, diante de uma Constituição que pretende assegurar direitos coletivos, e que, quanto aos individuais, está a exigir muito mais do que meras

abstenções estatais, há de se requerer uma nova forma de atuação estatal, a qual inclui, inequivocamente, o Direito Penal.

É certo que numa visão inicial se pode conceber que as diretrizes constitucionais possuem o legislador como destinatário primeiro. Mas também a atuação judicial, evidentemente, há de estar adstrita àquilo prescrito pela Constituição, quando menos a partir do exercício, já revelado, do controle de constitucionalidade, presente em toda decisão judicial. Porque a aplicação da lei – penal – ao caso concreto faz-se, apenas, quando adequar-se à Constituição.

Sem dúvidas que, em termos políticos, essa compreensão revela às claras como o paradigma liberal se faz superado pela constatação de que há diversos setores da vida social em que a atuação estatal é inarredável.

Se a Constituição define obrigações essenciais do legislador, perante a sociedade, ter-se-á, como aponta a portuguesa Palma (2006, p. 107) que “esta função de proteção ativa da sociedade configura um Estado não meramente liberal, no sentido clássico, mas promotor de bens, direitos e valores”;³ inclusive a partir de sua atuação penal.

É sabido que o conceito de bem jurídico penal é tema que, mesmo entre os autores clássicos, não alcançou uniformidade. A análise, entretanto, justifica-se, porque é possível afirmar que a proibição de proteção deficiente tem uma relação direta com a teoria do bem jurídico: “ambas são conceitos que restringem a atuação do legislador, requerendo-lhe uma ação positiva e protetora” (SCHÄFER STRECK, 2009, p. 106).

E as compreensões antigas, a respeito de tal tema, estão a exigir uma nova compreensão. De forma aguda, indica Copetti (2002, p. 90) que diante de uma nova ordem social constante na Constituição Federal, para a consecução de um Direito Penal de fundamentação antropológica, necessário se faz reassentar a teoria do bem jurídico penal dentro de padrões e limites constitucionais, com a máxima atenção aos direitos individuais e sociais positivados.

3 Em sua obra *Direito Constitucional Penal*, a autora portuguesa, a par de estruturar todo um curso a respeito dessa disciplina – tristemente negligenciada em nossas universidades – indica, ainda, um dos pontos de controvérsia doutrinária, ao assentar que: “existe hoje, claramente, uma tensão entre uma perspectiva que claramente retira da Constituição um modo de argumentação sobre a validade das imputações e a dignidade dos bens jurídicos tutelados e uma perspectiva mais estreita que apela à necessidade de uma relação directa dos bens, direitos e valores fundamentais com o Direito Penal. Esta última perspectiva é corolário de uma concepção mais interventiva do Direito Penal na garantia dos direitos fundamentais, por imposição da Constituição.” (PALMA, 2006, p. 116). (grifei).

A admoestação se faz importante, para que não se pense que a estreita vinculação entre o Direito Penal e a Constituição pretenda encetar uma ampliação no campo das condutas puníveis. Ao contrário disso, estabelece-se que

il diritto penale potrebe munire legittimamente di tutela solo i beni costituzionalmente rilevanti, mentre per tutti gli altri il legislatore dovrebbe invece utilizzare strumenti di tutela extrapenale, amministrativa o civile, ecc. (PALAZZO, 2008, p. 70).⁴

Portanto, a justificação da eleição de um bem como merecedor de tutela penal deve advir de parâmetros externos, evitando-se que a atenção a aspectos de ordem meramente formal possa fazê-lo.

Isso, de um lado, revelará campos nos quais não se afigurará legítima a ocorrência de proteção penal, a qual, então, se presente, mostrar-se-á excessiva e, assim, descompassada com a ordem constitucional – registre-se que a análise pormenorizada deste tema escapa aos escopos deste texto; porém, criará órbita da qual não se pode furtar a incidência penal, mormente nos pontos de contato entre essa e os direitos fundamentais. Para Copetti (2000, p. 102):

face à existência de uma série de bens valorados em nível constitucional, cabe ao direito penal assegurar esses bens, seja pela criminalização de determinadas condutas, seja pela consideração da irrelevância de outras, por não atingirem qualquer bem jurídico, ou porque sua criminalização importará na violação de outros bens jurídicos contemplados constitucionalmente.

Eis o ponto a ser ressaltado, com o escopo de se evitar que os bens jurídicos se vejam reduzidos à categoria de ordem meramente formal, permitindo que os Estados os utilizem para tutelar aquilo que bem entenderem, inclusive dentro de concepções de ordem ideológica as mais variadas.

Deve-se definir como acertado o processo de constitucionalização, segundo o qual, na lição de Luisi (2005, p. 4), será nas constituições que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções.

4 Em livre tradução: “o direito penal poderia munir de tutela somente os bens constitucionalmente relevantes, enquanto para todos os outros o legislador deveria, em vez disso, utilizar instrumentos de tutela extrapenal, administrativa ou civil etc.”

Segundo as lições de Palazzo (2008, p. 70-71), diversos outros méritos se podem apontar quando fixado o paradigma constitucional para a eleição de bens jurídicos, pela legislação ordinária. Antes de tudo, porque se

lo strumento punitivo penale è quello ‘estremo’ che ha a disposizione l’ordinamento, ad esso il legislatore potrebbe ricorrere per la tutela solo dei beni giuridici di rilevanza ‘estrema’, come sono per l’appunto quelli che hanno trovato eco positiva nella Costituzione.⁵

Ademais, retira-se do legislador o papel de protagonista, no concernente à decisão sobre a quais interesses vão corresponder à tutela penal e, assim, conseqüentemente, afasta-se a possibilidade de maiorias parlamentares eventuais erigirem, quiçá por critérios políticos, à condição de delitos certos fatos que se contraponham às pretensões dos mandatários da vez.

Tem-se, pois, dois pontos de vista como corolários: o primeiro, já referido, concernente à impossibilidade de, por intermédio do Direito Penal, pretender-se dar guarida a bens ou valores de pouca significação jurídica; o segundo, a delimitar um campo em que a atuação do Estado, por via do Direito Penal, far-se-á necessária, dado que em tal campo se farão presentes direitos eminentes, os quais, sem a atuação estatal protetiva, ver-se-ão sujeitos a violações inequívocas.

O segundo enfoque, saliente-se, mostrou-se alvo de poucos estudos doutrinários. Em verdade, como resultado de se abordar o tema concernente aos pontos de contato entre a Constituição, e notadamente os direitos fundamentais, e os bens jurídicos penais, tem-se alcançado a tese da limitação da incidência penal apenas, a qual, conseqüentemente, não se faria legitimada ao ultrapassar tal campo.

Poucos são os estudos que, avançando na análise, reconhecem a segunda face decorrente do argumento, que é a da necessidade da tutela penal, em virtude da importância de certos direitos.

Prado (2003, p. 92), por exemplo, reflete que “o legislador deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados, para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal.” (grifei).

5 Em livre tradução: “o instrumento punitivo penal é aquele ‘estremo’ que tem à disposição o ordenamento jurídico, ao qual o legislador poderia recorrer para a tutela somente dos bens jurídicos de relevância ‘estrema’, como são precisamente aqueles que encontrem eco positivo na Constituição.”

Ou seja, embora reconheça que se encontram na norma constitucional as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de conduta, o autor o faz emprestando maior relevo à limitação que daí decorre à atuação penal estatal.

Sucedendo que a Constituição Federal, além de impor limites ao legislador ordinário na escolha dos bens jurídicos penais, impõe ao legislador penal a obrigação de incriminar a ofensa de determinados bens jurídicos ou determina a exclusão de benefícios ou até mesmo a espécie de pena a ser aplicada a certos crimes (SMANIO, 2004, p. 6).

Avançando nessa análise, então, ter-se-á que o bem jurídico se mostra exatamente como o ponto de contato entre a dogmática e a política criminal, ou seja, nas palavras de Carvalho (1992, p. 35), o ponto de contato entre “teoria do delito e realidade social.”

Desse modo, reconhecendo a dupla face decorrente da imbricação entre o Direito Penal e o sistema constitucional, assinala Carvalho (1992, p. 38) que daí decorrerão dois fenômenos:

despenalização com referência a infrações, abrigadas nas leis penais, mas que não ofendem, significativamente, os novos interesses tutelados pela Constituição, perdendo a sua razão de ser, a sua relevância social. Penalização de fatos, até então indiferentes ao legislador, mas que não poderão continuar sendo por ofenderem, significativamente, interesses tutelados constitucionalmente. Aqui, pode-se observar, ainda, a existência de fatos que já eram apenados mas cuja apenação deverá ser melhor graduada, diante de seu significado de maior relevo para a Constituição.

Portanto, onde essa tutela faltar, ou mostrar-se deficiente ao fim lhe destinado pela Carta, cogitar-se-á de situação de inconstitucionalidade.

4 A proibição de insuficiência⁶

A noção de proporcionalidade – que, atualmente, pode-se dizer que se constituiu numa espécie de *álibi* teórico a permitir a expressão de variadas facetas do decisionismo judicial – refina-se, adensa-se, com a alusão à proibição de insuficiência, sem cair numa espécie de figura retórica por meio da qual toda e qualquer decisão encontra justificativa.⁷

Por isso que não se esgotará a proporcionalidade na categoria de proibição de excesso, já que abrange um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões de direitos fundamentais provenientes de terceiros (SARLET, 2005, p. 107).

É certo que um redimensionamento da hierarquia dos bens jurídicos se impõe no nível do Direito Positivo, em que a tutela empreendida pelo legislador penal faz parecer que o patrimônio individual – e a propriedade – é o centro em torno do qual gravitam todos os interesses, relegando-se ao olvido, ou minimizando-se, a proteção dos assim denominados bens de natureza difusa ou transindividual.

De modo que se sustenta, no concernente a bens jurídicos que se revelem como consecutórios dos direitos fundamentais e, ainda, aqueles de ordem

6 Poder-se-ia, sem qualquer receio, aludir à proibição de insuficiência como um princípio. Não, entretanto, na perspectiva de Alexy (1985, p. 86-87), que, distinguindo-os das regras, assim refere: “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas e reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandados de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. [...] En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.” Em livre tradução: “o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida de seu cumprimento não apenas depende das possibilidades reais mas também das jurídicas. [...] Ao contrário, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então se deve fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras possuem determinações no âmbito do fático e juridicamente possível.” Vê-se, com Oliveira (2008, p. 62), que: “Alexy deixa claro que o elemento discricionário no ato de julgar é inevitável. Isso fica evidente em seu conceito de princípios como mandados de otimização. Ou seja, os princípios funcionam como cláusulas de abertura para o julgador, no momento da decisão.” De maneira que, situando a proibição de insuficiência como um princípio, isso se faz a partir do sustentado por Dworkin. Explica Oliveira (2008, p. 91): “em Dworkin, os princípios são a via de acesso para determinação da resposta correta.” Porque, ao contrário de abrirem campos à interpretação, fecham-no, no que afastados os decisionismos. O situarmos a proibição de insuficiência na categoria de princípios, entretanto, não afasta a admoestação de Streck (2009, p. 537), que tem toda a razão quando afirma: “não é possível nomear qualquer coisa como princípio; não é possível inventar um princípio a cada momento, como se no direito não existisse uma história institucional a impulsionar a formação e identificação dos princípios.”

7 Com efeito, autores como Michael (2010, p. 190), fugindo do generalismo, refinam a ideia de proporcionalidade, indicando que, nela, embutem-se três estruturas de argumentação: “a proibição de excesso como barreira perante intervenções em liberdades, a proibição de insuficiência como elemento condutor de deveres de proteção jurídico-fundamentais e a barreira do princípio da igualdade.”

transindividual, a exemplo do meio ambiente e da ordem econômica, não se poder afastar a necessidade da tutela penal. Sua ausência ou rebaixamento a níveis irrisórios traria inequívoca pecha de inconstitucionalidade.

Com efeito,

não há liberdade (absoluta) de conformação legislativa nem mesmo em matéria penal, ainda que a lei venha a descriminalizar condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais. Nesse sentido, se de um lado há a proibição de excesso (*übermassverbot*), de outro há a proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*). Ou seja, **o direito penal não pode ser tratado como se existisse apenas uma espécie de garantismo negativo, a partir da garantia da proibição de excesso.** A partir do papel assumido pelo Estado e pelo Direito no Estado Democrático de Direito, o direito penal deve ser (sempre) examinado também a partir de um **garantismo positivo**, isto é, devemos nos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais, através do direito penal. Isto significa dizer que, quando o legislador não realiza essa proteção via direito penal, é cabível a utilização da cláusula de “proibição de proteção deficiente.” (STRECK, 2004, p. 4). (grifei).

Com esse enfoque, a teoria do bem jurídico, da qual se extraem os tipos penais, passa a depender da materialidade da Constituição, razão por que, para Streck (2004, p. 5) as baterias do Direito Penal no Estado democrático de Direito devem ser direcionadas preferentemente para o combate dos crimes que impedem a concretização dos direitos fundamentais-sociais e que colocam em xeque os objetivos da República.

Este o ponto: a legislação penal e, sobretudo, as decisões penais, devem observar os ditames constitucionais, também nesta perspectiva, que se pode chamar de garantismo positivo, o qual aponta para a preocupação do sistema jurídico com o fato de o Estado não proteger suficientemente dado direito fundamental.

O valor que se atribui aos direitos fundamentais e o nível de importância que ostentam, para a realização mesma de uma existência apta a revelar-se plena, justificam a proteção penal e, mais que isso, em nosso discurso constitucional, impõem a proteção penal. Nesse sentido, vê-se que os bens jurídicos não são criados pela legislação penal. Decorrem da Constituição, representando sua tutela no nível penal mecanismo de reforço destinado ao cumprimento de seus

escopos, mormente à vista das lesões de maior gravidade que se lhes pode impor. Para Zaffaroni (2002, p. 486),

la legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que éstos son creados por la Constitución, el derecho internacional y el resto de la legislación [...] La ley penal solo eventualmente individualiza alguna acción que le afecta de cierto modo particular [...] El derecho penal recibe el bien jurídico ya tutelado y la norma que se deduce del tipo no hace más que anunciar un castigo para ciertas formas particulares e aisladas de lesión al mismo, incluso quando lo hace por expreso mandato constitucional o internacional. Estos mandatos ordenan la criminalización primaria de algunas acciones que los afectan, pero aunque no lo hiciesen, no por ello dejarían de ser bienes jurídicos.⁸

O critério de eleição dos bens jurídicos a serem tutelados pela via penal, destarte, não pode se revelar arbitrário, na medida em que o legislador estará vinculado, sob pena de produzir leis inválidas, a direcionar o Direito Penal ao combate de crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado e aqueles que protegem direitos fundamentais. A deliberação legislativa, a esse respeito, está vinculada aos ditames constitucionais e, portanto, é suscetível de controle judicial, quando os desatenda.

O sistema penal, assim, está condicionado por preceitos constitucionais que o colocam, como instância mais radical de controle, no limite possível entre evitar sua banalização, ou seja, sua utilização como mecanismo de tutela de bens de pouca valia ou em vista de agressões de pouca expressão, e evitar sua omissão – porque há situações em que o acionamento do Direito Penal se mostrará imprescindível, sob pena de resultar carente de tutela dado direito fundamental.

Daí se infere o enriquecimento da atividade judicial, porquanto, além de apurar se dado fato posto a julgamento se enquadra em determinada norma, deverá, ademais, verificar se essa norma é dotada de validade constitucional. Por

8 Em livre tradução: “a legislação penal não cria bens jurídicos, senão que estes são criados pela Constituição, o Direito internacional e o mais da legislação [...]. A lei penal apenas eventualmente individualiza alguma ação que a afeta de certo modo particular [...]. O Direito Penal recebe o bem jurídico já tutelado e a norma que se deduz do tipo não faz mais do que anunciar um castigo para certas formas particulares e isoladas de lesão a ele, inclusive quando o faz por expressa ordem constitucional ou internacional. Essas ordens determinam a criminalização primária de algumas ações que os afetam, porém, ainda que não o fizessem, nem por isso deixariam de ser bens jurídicos.”

isso que, ao fim e ao cabo, toda decisão judicial implica, em última análise, um ato de jurisdição constitucional.

Palazzo (1989, p. 103) denominou de **cláusulas expressas de criminalização** essas manifestações contidas nas Constituições, por intermédio das quais se impõe ao legislador ordinário a tipificação de condutas. Em seu entendimento, de tal enfoque passa-se a oferecer a imagem de um Estado empenhado e ativo (inclusive penalmente) na persecução de maior número de metas propiciadoras de transformação social e da tutela de interesses de dimensões transindividuais e coletivas, exaltando, continuamente, o papel instrumental do Direito Penal com respeito à política criminal, ainda quando sob os auspícios, por assim dizer, da Constituição.

Noutra obra, acentua Palazzo (2008, p. 72) que, nalguns casos,⁹

la Costituzione si spinge ad indicare espressamente l'obbligo per il legislatore di tutelare penalmente determinati beni giuridici: così, ad esempio, nella nostra Costituzione l'art. 13.4 stabilisce che "È punita ogni violenza física e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di liberta [...]".¹⁰

O alvitre refletirá na atividade judicial e propiciará discussão que traz importantes contornos ao mecanismo de controle de constitucionalidade.

9 Parece importante a constatação de que, no plano do Direito Internacional, há diversos documentos pelos quais são criadas obrigações, em nível penal, para os Estados. O tema é bastante sugestivo, aliás, todavia escapa aos limites deste trabalho. Fica, porém, a referência de Palazzo (2008, p. 73) a respeito, pois afirma o autor que deve "essere rilevato come oggi obblighi di penalizzazione tendano a manifestarsi sempre più numerosi nel diritto internazionale. Basti ricordare, tra i tanti documenti internazionali, la Convenzione di New York del 9 dicembre 1948 sulla prevenzione e repressione del delitto di genocidio; la Convenzione di New York del 7 marzo 1966 sulla repressione della discriminazione razziale; la Convenzione delle Nazioni Unite di Vienna del 20 dicembre 1988 sulla lotta al traffico degli stupefacenti, ecc. **La violazione degli obblighi di incriminazione da parte di uno Stato che abbia aderito allá convenzione che impone la previsione di determinate fattispecie criminose, dà luogo ad una sua responsabilità internazionale.** (grifei). Ou seja, em tradução livre: "ser relevado como hoje obrigações de criminalização tendem a manifestarem-se sempre mais numerosas no Direito Internacional. Basta recordar, entre tantos documentos internacionais, a Convenção de Nova Iorque de 9 de dezembro de 1948 sobre a prevenção e repressão do delito de genocídio; a Convenção de Nova Iorque de 7 de março de 1966 sobre a repressão à discriminação racial; a Convenção das Nações Unidas de Viena, de 20 de dezembro de 1988, sobre a luta contra o tráfico de drogas etc. **A violação das obrigações de incriminação por parte de um Estado que tenha aderido às convenções que impõem as previsões de determinados tipos penais, dá lugar à sua responsabilização internacional.**"

10 Em livre tradução: "a Constituição se adianta ao indicar expressamente a obrigação para o legislador de tutelar penalmente determinados bens jurídicos: assim, por exemplo, em nossa Constituição, o art. 13.4 estabelece que é punida qualquer violência física ou moral sobre pessoas de qualquer modo submetidas à restrição de liberdade [...]".

Tem-se, pois, que o garantismo não desponta apenas como limite do sistema punitivo (proteção contra o Estado), mas, igualmente, como garantismo positivo, a requerer do Estado, em certos casos, a irrenunciabilidade da proteção penal. Conforme assenta Díez-Picazo (2003, p. 403),

a veces la protección de ciertos derechos fundamentales – y, más en general, de determinados valores constitucionalmente relevantes – sólo puede ser efectiva si se hace por vía penal.^{11, 12}

Afirmado o alvitre de que a Constituição Federal traça as linhas básicas a serem adotadas pela legislação ordinária penal, seja por intermédio de comandos explícitos de criminalização, seja em decorrência da consagração de certos direitos fundamentais, aos quais se deverão agregar o rótulo de bens jurídicos penais, tendente ao robustecimento de sua proteção, tem-se, num e noutro caso, a possibilidade de desatendimento das ordens ou comandos constitucionais pelo legislador e o conseqüente que dessa situação advirá.

Nesse sentido, é que se farão acionar os mecanismos de controle de constitucionalidade.¹³ Os quais, evidentemente, não serão aprofundados neste texto.

11 Em tradução livre: “às vezes a proteção de certos direitos fundamentais – e, mais em geral, de certos valores constitucionalmente relevantes – somente pode ser efetiva se realizada pela via penal.”

12 Nos autos do RE 418376, em voto-vista, o Ministro Gilmar Mendes aludiu às balizas da proibição de insuficiência, assentando que: “Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.”

13 Como é cediço, a Suprema Corte Americana, desde 1803, em *Marbury v. Madison*, afirmou a possibilidade de os atos legislativos serem sindicados a partir da atividade judicial. Cabe transcrever o histórico de Renquist (2001, p. 32-33), relevante por se tratar de juiz que ocupou o cargo de *Chief Justice* no interregno de 1986 a 2005: “The Court decided without much hesitation that the Constitution, which had been ratified by assemblies representing all of the people which was simply one branch of the federal government exercising powers delegated to it by the people through the Constitution. [...] The proposition for which the cases stands in United States constitutional law – that a federal court has the authority under the Constitution to declare an act of Congress unconstitutional – was not seriously challenged by contemporary observers, and has remained the linchpin of our constitutional law ever since *Marbury vs. Madison* was handed down.” Em tradução livre: “A Corte decidiu sem muita hesitação que a Constituição, que havia sido ratificada por assembleias representando todas as pessoas dos Estados Unidos, deveria ter de prevalecer acima de um ato do Congresso, que era simplesmente um dos ramos do governo federal exercitando poderes delegados a ele pela população através da Constituição. [...] A proposição para os casos sustentados nos Estados Unidos sob a lei constitucional – que uma corte federal tinha autoridade abaixo da Constituição para declarar um ato do Congresso inconstitucional – não foi um sério desafio para os observadores contemporâneos, e permaneceu como peça vital de nossa lei constitucional desde que *Marbury v. Madison* foi estabelecido.”

Fiquemos, em síntese, no controle repressivo de inconstitucionalidade, em que o ato normativo já ingressou no sistema jurídico, cabendo seu afastamento se em descompasso com a Constituição Federal. O controle repressivo é exercido pelo Poder Judiciário – livrando-o, ao menos em linha de princípio, do vezo político – e se processa em duas vias, como explana Serrano (2005, p. 28):

uma difusa, também chamada de indireta, de exceção ou de defesa, que consiste basicamente na arguição de inconstitucionalidade dentro de um processo judicial comum. Outra concentrada, também denominada de direta ou de ação ou ainda de controle abstrato, cujas características bem se resumem na existência de uma ação cujo propósito único e exclusivo seja a declaração de inconstitucionalidade de uma norma.

O controle difuso de constitucionalidade, destarte, há de ser exercido pela totalidade dos integrantes do Poder Judiciário, observado apenas o art. 97 da Constituição Federal, quando suceder nos tribunais; no concernente ao controle concentrado, sua atuação dá-se no Supremo Tribunal Federal. Em nossa ordem constitucional, portanto, os dois sistemas de controle encontrados no Direito Comparado se fazem presentes: controle difuso e controle concentrado.¹⁴

Mostra-se idôneo, portanto, o acionamento dos mecanismos judiciais de controle de constitucionalidade, naqueles casos em que resultar violada a proibição de insuficiência penal. E acrescente-se que a justiciabilidade dos deveres de proteção não remove, nisso, a distribuição de funções entre o legislativo que age ou executivo e a jurisdição constitucional controladora (MICHAEL, 2010, p. 197).

Poderá ocorrer que, atendido o comando constitucional de incriminação, venha, posteriormente, o Poder Legislativo a pretender descriminalizar a conduta anteriormente tipificada, deixando a descoberto o bem jurídico tutelado pela norma. Nesse caso, a par da possibilidade de se manejar a ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, com o escopo de

14 Embora Mendes (1999, p. 254-258) reflita sobre a redução da importância do controle difuso pós 1988, em vista da ampliação da legitimação ativa para as ações de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, segundo Streck (2004, p. 256), a importância do mecanismo do controle difuso mostra-se “absolutamente relevante, uma vez que permite que juizes de primeiro grau e tribunais em suas composições plenárias, mediante incidente de inconstitucionalidade devidamente suscitado, realizem a filtragem constitucional, que vai desde a simples expunção de um texto inconstitucional até a correção de textos através da interpretação conforme a constituição e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.” Uma baixa pré-compreensão constitucional, todavia, tem contribuído, lamentavelmente, para o não acionamento dos riquíssimos mecanismos de atuação constitucional do Poder Judiciário, em sede de controle difuso, entre os quais se poderia apontar a declaração de nulidade parcial sem redução de texto e a interpretação conforme a Constituição.

afastar do sistema a lei revogadora, poder-se-á, no controle difuso mesmo, assentar-se a peia e, conseqüentemente, fazer incidir a lei que, por meio da norma inconstitucional, pretendia-se afetar.

Conforme Dolcini (1994, p. 177),

nesta eventualidade – se, por exemplo, fosse despenalizada a norma do Código Penal Italiano que incrimina o abuso de autoridade contra presos ou detidos (art. 608) – poderia ser denunciada, por desconformidade com a expressa obrigação constitucional de incriminação, a inconstitucionalidade da norma despenalizadora: a sua conseqüente declaração de inconstitucionalidade arrastaria também o efeito abrogativo da precedente norma incriminadora, fazendo reviver a disposição ilegitimamente abrogada.

As obrigações de proceder-se à tipificação de condutas, entretanto, não decorrem apenas dos mandados constitucionais expressos; do arcabouço constitucional se extrai, ainda que de modo implícito, o alvitre de que a tutela penal deverá direcionar-se a outros bens que não, apenas, aqueles explicitamente apontados. Permitir o afastamento da jurisdição constitucional em relação às ofensas decorrentes de omissões legislativas, ao não atender aos imperativos de tutela a determinados direitos fundamentais, ou de suas ações, que eventualmente rebaixem os níveis de proteção desses direitos a patamares ínfimos, isso, sim, é que se mostraria contrário aos escopos constitucionais.

5 Conclusão

Pretendeu-se, neste trabalho, traçar algumas ideias a respeito da proibição de insuficiência, tema que por razões variadas ainda não se incorporou a nossa atividade forense. Muito mais poderia ser dito, entretanto o escopo aqui estabelecido era o de apresentar essa perspectiva de se laborar em temas afetos ao Direito Penal, máxime porque, em nosso país, de alguma maneira ainda persiste o ideário iluminista, pelo qual o Estado se concebe como um adversário e, assim, em termos acadêmicos, têm prevalecido as correntes que propendem unicamente à limitação de sua atividade.

É inequívoco o avanço por que passou a denominada vedação de excesso, no que se refere à atuação estatal, porém, em alguns setores da prática ilícita, entre os quais está a criminalidade financeira, a evasão de divisas e a sonegação fiscal, essa leitura constitucional pela metade tem comprometido seriamente a persecução de fatos graves, que, não punidos, proliferam.

Atinar à Constituição, no que ela estabelece também mecanismos de proteção aos direitos fundamentais, no que ela preconiza a higidez do sistema financeiro, no que ela compele ao adimplemento regular de tributos, enfim, no que ela determina a tutela de interesses transindividuais e coletivos, é mais do que uma necessidade, é um imperativo.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone Editora, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARVALHO, Márcia Dometila. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.
- COPPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- COPPETTI, André; STRECK, Lenio Luiz. **Direito Penal e os influxos legislativos pós-constituição de 1988: um modelo normativo eclético consolidado ou em fase de transição?** Disponível em: <http://www.ij.org.br/_novo/professores/Professores_11.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2010.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DÍEZ-PICAZO, Luis M. **Sistema de derechos fundamentales.**

Madrid: Civitas, 2003.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 4, fascículo 1, jan./mar. 1994.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal** – a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUIZI, Luiz. **Bens constitucionais e criminalização.** Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero4/artigo13.htm>>. Acesso em: 7 jan. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.** 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

_____. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 dez. 2010.

MICHAEL, Lothar. As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direito natural, Direito positivo, Direito discursivo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: A Hermenêutica e a (in)determinação do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PALLAZZO, Francesco. **Corso di Diritto Penale.** 3ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008.

_____. **Valores constitucionais e direito penal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito Constitucional Penal**. Coimbra: Almedina, 2006.

PÈRES LUÑO, Antonio-Henrique. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico penal e constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RENQUIST, William H. **The Supreme Court**. New York: Morrow, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 98, jun. 2005.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHÄFER STRECK, Maria Luiza. **Direito Penal e Constituição: A face Oculta da proteção dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SERRANO, Vidal Nunes Junior; ARAÚJO, Luis Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **O bem jurídico e a constituição**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus. Disponível em: <http://www.damasio.com.br/novo/html/frama_artigos.htm>. Acesso em: 11 dez. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Verdade e Consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Porto Alegre: Lumen Juris, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Derecho Penal:** parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

Parecer PGBC-86/2011

Parecer que analisa a aplicabilidade, às sociedades limitadas, de determinadas normas previstas para as sociedades anônimas.

Norma do Rego Monteiro Ferreira
Procuradora

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira
Coordenadora-Geral

Ailton Cesar dos Santos
Subprocurador-Geral

Parecer PGBC-86/2011
Pt. 1001492856

Brasília, 8 de agosto de 2011

Ementa: Consultoria Bancária e de Normas. Consulta formulada pelo Departamento de Organização do Sistema Financeiro (Deorf). Sociedades limitadas. Previsão, nos respectivos contratos sociais, de regência supletiva pelas normas das sociedades anônimas (art. 1.053, parágrafo único, do Código Civil). Impossibilidade de elevação do capital social, em espécie, quando ainda não totalmente integralizado o capital anteriormente subscrito. Assunto disciplinado por regra própria e impositiva (art. 1.081 do CC). Possibilidade de aquisição pelas mencionadas sociedades, para manutenção em tesouraria, de quotas de seu próprio capital – Aplicação supletiva da Lei nº 6.404/76 (art. 30, §1º, alínea b). Impossibilidade de redução do capital social por meio de diminuição proporcional do número de quotas. Procedimento que conflita com determinação legal aplicável diretamente às sociedades da espécie (arts. 1.083 e 1.084, caput, do CC). Considerações

Senhora Coordenadora-Geral,

ASSUNTO

Relata o Departamento de Organização do Sistema Financeiro (Deorf) que, no exame de pleitos de sociedades limitadas sujeitas à esfera de atribuições deste Banco Central, algumas matérias vêm sendo conduzidas de forma diferente por suas subunidades, à vista do entendimento diverso adotado, máxime quanto a assuntos em que as regras próprias de regência contidas no Código Civil (arts. 1.052 a 1.087) são silentes ou remetem às normas referentes às sociedades simples.

2. A unidade técnica esclarece que as dúvidas surgidas decorrem do conflito entre as disposições constantes do Código Civil e as normas estabelecidas na Lei nº 6.404, de 1976,¹ para as sociedades anônimas, por cuja regência supletiva as sociedades limitadas supervisionadas pela Autarquia são orientadas a optar nos respectivos contratos sociais, consoante faculdade instituída pelo art. 1.053, parágrafo único, do mencionado Código Civil.²

3. Aduz o Deorf que a argumentação defendida internamente por cada corrente de entendimento, embasada, em alguns casos, em manifestações doutrinárias, não oferece conclusão bastante a espantar todas as incertezas que envolvem as matérias objeto da controvérsia, o que só seria possível, segundo o referido componente técnico, mediante interpretação da lei, tarefa alheia ao rol de atribuições da Unidade.

4. Desta forma, após mencionar os assuntos em debate e a forma pela qual vêm sendo diversamente conduzidos, o Deorf consulta esta Procuradoria-Geral a respeito das seguintes questões, a fim de que possa oferecer orientações adequadas e uniformes às suas subunidades (item 17, alíneas *a*, *b* e *c* da Nota Técnica Deorf/Digep-2010/08583-fls1/3):

- a) a adoção, por sociedade limitada, da regência supletiva pelas normas da sociedade anônima, nos termos do parágrafo único do art. 1.053 do Código Civil, de 2002, admite a interpretação de que os termos do art. 1.081 permitem que ela promova aumento de seu capital, em espécie, sem que ele esteja totalmente integralizado, desde que respeitado o limite mínimo de $\frac{3}{4}$ de realização?
- b) a adoção, por sociedade limitada, da regência supletiva pelas normas da sociedade anônima, nos termos do parágrafo único do art. 1.053 do Código Civil, de 2002, dispensa a observância do que estabelece o *caput* do mesmo artigo, quanto à aplicação das normas da sociedade simples, nas omissões do Capítulo “Da Sociedade Limitada”, do citado Código Civil? Nesse caso, é admissível que a sociedade limitada mantenha em tesouraria quotas de seu próprio capital?
- c) se a sociedade limitada promover redução de seu capital por meio de diminuição do número de quotas, e desde que não seja constatada

1 “Dispõe sobre as sociedades por ações.”

2 “Art. 1.053 [...] Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.”

qualquer outra impropriedade, o Deorf pode aprovar o pleito, ou deve exigir a retificação do ato societário, por força do que estabelecem o art. 1.083 e o *caput* do art. 1.084 do Código Civil, de 2002?

APRECIÇÃO

5. A sociedade limitada encontra-se regida pelos artigos 1.052 a 1.087 do Código Civil, aplicando-se-lhe subsidiariamente, caso haja omissão em tais dispositivos, os artigos 997 a 1.038 do mesmo Diploma Legal, referentes à sociedade simples. Se houver previsão no contrato social, incidirão, de forma supletiva, as regras atinentes à sociedade anônima.

6. Antes de responder às questões formuladas, cabe tecer rápidas considerações a respeito da aplicação supletiva da Lei das Sociedades Anônimas às sociedades limitadas.

7. Registro de início que o tema, desde a vigência do já revogado art. 18 do Decreto nº 3.708, de 1919,³ não é isento de controvérsias, que ainda persistem sob o pálio da regra constante do parágrafo único do art. 1.053 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.

Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.

8. A respeito da inteligência do referido dispositivo legal, vale trazer à colação o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho:⁴

A aplicação às sociedades limitadas da Lei das Sociedades Anônimas, nos assuntos não regulados pelo capítulo próprio do Código Civil e quando prevista pelo contrato social, está sujeita a duas condições: omissão do contrato social e contratualidade da matéria. Essas condições

3 “Regula a constituição de sociedades por quotas, de responsabilidade limitada.”

“Art. 18. Serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da lei das sociedades anônimas.”

4 COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Volume 2, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 365-366.

são dependentes. Quer dizer, não se aplicam às sociedades limitadas as disposições da Lei das Anônimas (ainda que previsto ser desta lei a regência supletiva ao regulamento específico do tipo societário constante do Código Civil) nos aspectos sobre os quais os sócios contrataram e naqueles sobre os quais não podem contratar. A contratualidade da matéria – isto é, a possibilidade de os sócios a regularem por manifestação de vontade – é pressuposto para a invocação da lei do anonimato como supletiva da disciplina específica das limitadas constante do Código Civil.

9. Sobre o tema, reproduzo, por pertinente, excerto do Parecer PGBC-153/2010:⁵

16. Com efeito, existem disposições cogentes das sociedades simples que se aplicam às sociedades limitadas, também de forma obrigatória, a despeito da vontade dos sócios e da existência de previsão supletiva da lei do anonimato no contrato social. Cite-se, por exemplo, as regras que dizem respeito à constituição (arts. 997 a 999 do CCB) e dissolução (arts. 1.033 a 1.038 do CCB) da sociedade, à instituição de sucursal ou filial (art. 1000 do CCB) e aos direitos e obrigações dos sócios (arts. 1.001 a 1009 do CCB). Nessas hipóteses, porque não há disciplina específica no regime da sociedade limitada, as regras cogentes da sociedade simples se impõem por força da previsão legal disposta no *caput* do art. 1.053 do CCB, e não em virtude da manifestação de vontade dos sócios, que, desse modo, não podem afastar os efeitos dessas normas, optando pela incidência supletiva da lei do anonimato e remoção das disposições da sociedade simples.

10. Cabe, aqui, a advertência lançada no mencionado Parecer PGBCB-153/2010, no sentido de que “embora a sociedade limitada seja uma organização de pessoas e de capital (híbrida), não é possível aplicar-lhe pura e simplesmente qualquer norma da sociedade anônima, sem atentar para a compatibilidade dessas regras com a natureza da sociedade limitada” (item 24). Entendo também oportuno trazer à baila o seguinte trecho da referida manifestação:

25. Em suma, dependendo da existência ou não de cláusula no contrato social prevendo a regência supletiva pelas normas da lei das anônimas e

5 De autoria de Alexandre Forte Maia, com despacho de Eliane Coelho Mendonça.

dos termos e alcance de tal cláusula,⁶ a sociedade limitada pode ser regida das seguintes formas:

- **sem previsão** de regência supletiva pelas normas da sociedade anônima: aplicam-se de forma subsidiária e supletiva as regras da sociedade simples;
- **com previsão** de regência supletiva pelas normas da sociedade anônima: aplicam-se subsidiariamente as regras da sociedade simples, no que se refere às disposições cogentes (constituição e resolução da sociedade, v.g.), e, supletivamente, as regras da sociedade anônima, relativamente às matérias que podem ser objeto de deliberação pelos sócios (acordo de cotista, v.g.); e [...]"

11. O entendimento anteriormente transcrito permite que se responda, de logo e objetivamente, à primeira indagação contida na alínea *b* do item 17 da Nota Técnica do Deorf (fls. 1/3). Ou seja, nas hipóteses em que esteja prevista, no contrato social de uma sociedade limitada, a regência supletiva das normas da sociedade anônima (parágrafo único do art. 1.053 do Código Civil) poderá, caso silentes as normas próprias, ser dispensada a observância das regras relativas à sociedade simples, desde que tais normas sejam dispositivas, vale dizer, possam ser alteradas ou desprezadas em razão da vontade dos sócios. Ao contrário, a aplicação subsidiária das normas da sociedade simples não poderá ser afastada, quando tais regras forem cogentes, imperativas, devendo ser obedecidas independentemente da vontade dos sócios.

12. Quanto à questão objeto da primeira indagação formulada pelo Deorf (alínea *a* do item 17 da mencionada Nota Técnica), cumpre aduzir as considerações que seguem.

13. Dispõe o artigo 1.081 do Código Civil:

Ressalvado o disposto em lei especial, integralizadas as quotas, pode ser o capital aumentado, com a correspondente modificação do contrato.

14. A propósito, aduz o Deorf que a simples leitura do dispositivo transcrito não se mostra suficiente à apreensão do seu exato alcance, dando ensejo a visões diferentes. A primeira delas – ao partir do pressuposto de que a

⁶ No caso concreto examinado no Parecer PGBC-153/2010, a cláusula de regência supletiva pelas normas da sociedade anônima seria aplicável apenas à disciplina do acordo de cotista.

lei do anonimato, por ser uma lei especial, estaria incluída na ressalva constante do referido artigo – apregoa a adoção, na espécie, do artigo 170 da Lei das Sociedades Anônimas,⁷ que autoriza aumentos de capital em espécie, quando realizados $\frac{3}{4}$ do capital social. Já o outro entendimento condiciona o aumento de capital à total integralização das quotas anteriormente subscritas.

15. A respeito, cabe registrar que a Lei nº 6.404, de 1976, não é uma lei especial relativamente às sociedades limitadas, constituindo legislação especial, sim, mas das sociedades anônimas. Aliás, conforme estatuído pelo Código Civil, em seu art. 1.089, “a sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código.”

16. A circunstância de a Lei das S.A. ser aplicável supletivamente às sociedades limitadas, conforme contratualmente previsto, não autoriza, a meu ver, possa aquele Diploma ser incluído na exceção do referido art. 1.081, dispositivo esse que estabelece regra expressa e impositiva quanto ao aumento de capital das limitadas. Não há que se fazer uso, na espécie, pois, de normas de natureza subsidiária ou supletiva, já que omissão não há quanto ao assunto, disciplinado que é direta e especificamente pelo Código Civil, na parte própria.

17. Cumpre consignar que os diferentes tratamentos conferidos, no particular, às sociedades limitadas (art. 1.081 do Código Civil) e às sociedades anônimas (art. 170 da Lei das S.A.) encontram justificativa no fato de que os sócios das primeiras são todos solidariamente responsáveis pelo valor que eventualmente faltar para a total integralização do capital subscrito, nos termos do art. 1.052 do Código Civil, enquanto que, nas segundas, a responsabilidade dos sócios ou acionistas limita-se ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas, de acordo com o art. 1º da Lei do Anonimato. Daí o entendimento externado por Modesto Carvalhosa,⁸ a seguir transcrito:

Diferentemente do que dispõe a Lei Societária (Lei nº 6.404/76), em seu art. 170, que permite novo aumento [de capital] depois de realizados três quartos do capital social, o Código Civil de 2002 foi rigoroso ao tratar dessa matéria no âmbito das limitadas. A exigência de realização integral

7 “Art. 170. Depois de realizados três quartos, no mínimo, do capital social, a companhia pode aumentá-lo mediante subscrição pública ou particular de ações.”

8 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil. Parte Especial. Do Direito de Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 277.

do capital subscrito, antes de novo aumento de capital, fundamenta-se na proteção ao sócio, que, apesar de dissidente, fica solidariamente responsável com os demais pela total integralização do capital (art. 1.052), o que não ocorre no âmbito das sociedades anônimas.

18. A propósito, observa Tarsis Nametala Sarlo Jorge⁹ que “o aumento de capital social é basicamente disciplinado pelo art. 1.081 do Código Civil, sendo apenas possível após a integralização das quotas subscritas [...]”

19. A impossibilidade de elevação do capital das limitadas, em espécie, quando ainda não totalmente integralizado o capital anteriormente subscrito, é corroborada por José Edwaldo Tavares Borba,¹⁰ Egberto Lacerda Teixeira,¹¹ Nelson Abrão,¹² e Maria Helena Diniz,¹³ dentre outros.

20. A segunda indagação constante da alínea *b* do item 17 da mencionada manifestação do Deorf, refere-se à possibilidade de a sociedade limitada adquirir quotas de seu próprio capital, para manutenção em tesouraria. Passo à análise da matéria.

21. Pelo que se depreende, a dúvida manifestada pela unidade técnica deve-se, além da inexistência de disposição específica para as sociedades limitadas sobre o assunto, ao alegado conflito entre o art. 1.077 (face à remissão por este feita ao art. 1.031) e o parágrafo único do art. 1.053, todos do Código Civil (que autorizaria a aplicação, no caso, dos arts. 30, § 1º, alínea *b* e 45, § 5º, ambos da Lei das S.A.).

22. Conforme já registrado, o Deorf aponta como elemento que poderia ser considerado em desfavor da negociabilidade em questão a regra transcrita no § 1º do art. 1031 do Código Civil (regra destinada diretamente às sociedades simples), objeto de remissão pelo art. 1077 do mesmo Diploma (norma essa inserida no capítulo próprio das sociedades limitadas). Reproduzo, a seguir, os dispositivos em referência:

9 NAMETALA SARLO JORGE, Társis. *Manual das Sociedades Limitadas*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007, p. 238.

10 BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*, 11 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 143.

11 TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 212. Atualizada por Syllas Tozzini e Renato Berger.

12 ABRÃO, Nelson. *Sociedades Limitadas*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 120. Atualizada por Carlos Henrique Abrão

13 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 746.

Art. 1077. Quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subsequentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no art. 1.031.

[...]

Art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.

§ 1º O capital social sofrerá a correspondente redução, salvo se os demais sócios suprirem o valor da quota.

§ 2º A quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário.

23. Percebe-se que a aplicabilidade do art. 1031 às hipóteses tratadas no referido art. 1.077 só se dará caso o contrato social seja omissivo a respeito (“no silêncio do contrato social antes vigente”, diz o mencionado art. 1.077). Ou seja, não é interdito aos sócios dispor sobre a matéria, tratando-se, pois, de norma de natureza não cogente.

24. Portanto, dada a contratualidade da matéria em questão com relação às sociedades limitadas, creio que a remissão ao citado art. 1.031 não tem o condão de impor àquelas sociedades a adoção do procedimento ali traçado. Desta forma, caso o contrato social discipline a matéria, ou caso o referido pacto social preveja a aplicação supletiva das normas das sociedades anônimas, poderá ser afastada a aplicação subsidiária do art. 1.031, prevalecendo, na espécie, as disposições contratuais ou as normas da Lei nº 6.404, de 1976, desde que estas últimas não se revelem incompatíveis com a natureza das sociedades limitadas.

25. Registro, nesse passo, que na vigência do revogado Decreto nº 3.708, de 1919, o assunto era tratado da seguinte forma:

Art. 8º É lícito às sociedades a que se refere esta lei [sociedades limitadas] adquirir quotas liberadas, desde que o façam com fundos disponíveis e sem ofensa do capital estipulado no contrato. A aquisição dar-se-á por acordo dos sócios, ou verificada a exclusão de algum sócio remisso, mantendo-se intacto o capital durante o prazo da sociedade.

26. No âmbito das sociedades anônimas, o *caput* do art. 30 da Lei nº 6.404, de 1976, veda, em termos gerais, à sociedade anônima negociar com as ações de sua própria emissão, excetuadas da proibição, entretanto, as hipóteses elencadas no § 1º do referido artigo, dentre as quais se inclui “a aquisição, para permanência em tesouraria ou cancelamento, desde que até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social” (alínea *b* do mencionado § 1º). Por sua vez, o § 5º do art. 45 do mesmo Diploma prescreve que, quando o valor de reembolso ao acionista dissidente for pago pela companhia à conta de lucros ou reservas, exceto a legal, as ações reembolsadas ficarão em tesouraria.

27. Contrariamente ao procedimento em questão, pronuncia-se Sérgio Campinho:¹⁴

[...] pela sistemática do [novo] Código, vedou-se à sociedade limitada adquirir suas próprias quotas. O silêncio da lei foi proposital, vindo corroborado pelos artigos 1.057 e 1.058 [...] Exclui-se, pois, a possibilidade de a sociedade adquirir suas próprias quotas. Mesmo no caso de aplicação subsidiária da Lei das S/A à sociedade limitada, decorrente de expressa previsão contida no contrato social, a outra conclusão não se pode chegar. Como existe um regramento sistêmico da matéria no Capítulo próprio da sociedade limitada, não há que se invocar a regra da alínea *b*, do parágrafo 1º do art. 30 da Lei 6.404/76 para legitimar a aquisição, posto que para a situação não há necessidade de se buscar regra supletiva.

28. Entretanto, a propósito do assunto, é farta a doutrina favorável à discutida negociação, como se poderá constatar a seguir.

29. Transcrevo, a respeito, as oportunas palavras de José Edwaldo Tavares Borba:¹⁵

Nesse passo, cabe indagar se as sociedades limitadas continuam autorizadas a adquirir as próprias cotas. Deve-se começar pela constatação de que não existe incompatibilidade lógica ou jurídica para essa aquisição, tanto que na sociedade anônima continua admitida. Além disso, a Lei nº 6.404/76 pode ser adotada contratualmente como legislação supletiva do contrato,

14 *apud* NAMETALA SARLO JORGE, Tarsis, *op. cit.*, p. 281.

15 *op. cit.*, p. 137-138

atuando nesse caso no sentido de permitir a auto-aquisição das cotas. Ora, se o contrato pode, por via da supletividade, acolher determinadas regras, poderá também, e por idênticas razões, incorporar diretamente essas regras. Cabe, pois, estabelecer as seguintes assertivas: a) o contrato social poderá prever expressamente a aquisição das próprias cotas pela sociedade; b) no silêncio do contrato, caso este adote a regra da aplicação supletiva da lei das sociedades anônimas, a auto-aquisição estará admitida; c) sem previsão contratual e sem supletividade, a aquisição dependerá, em face do inusitado da medida, de decisão unânime dos sócios.

No mais, deverão ser observadas as exigências de que as cotas estejam integralizadas, para que não se crie o risco de afrontar o princípio da realidade do capital; de que a aquisição se faça com reservas livres ou lucros acumulados, a fim de preservar o princípio da intangibilidade do capital; cuidando-se ainda de que, enquanto em tesouraria, conforme já analisado, essas cotas não votem nem concorram à distribuição de lucros.

30. Por pertinente, vale colacionar o entendimento de Modesto Carvalhosa sobre a matéria:¹⁶

No âmbito do Decreto n. 3.708/19 era facultado à sociedade limitada ser sócia de si mesma, podendo inclusive adquirir quotas de seus sócios (art. 8º). A aquisição das quotas integralizadas e livres de quaisquer ônus deveria ser realizada com fundos disponíveis, sem ofensa ao capital social. Ainda que o Código Civil de 2002 silencie sobre a matéria, poderá o contrato social continuar prevendo a possibilidade de aquisição de quotas pela própria sociedade, em atendimento ao interesse social. Poderá, para esse fim, a sociedade adquirir suas próprias quotas, desde que estejam liberadas [integralizadas, esclareço] e que seja realizada com fundos disponíveis, sem ofensa ao capital social.

31. A propósito do tema, observa Maria Helena Diniz¹⁷ que, consoante o Enunciado n. 391 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, “a sociedade limitada pode adquirir suas próprias quotas, observadas as condições estabelecidas na Lei das Sociedades por Ações.”

¹⁶ *op. cit.*, p. 88.

¹⁷ *op. cit.*, p. 724.

32. Manifestam-se, também, a favor da aquisição pelas sociedades limitadas de suas próprias quotas, Edmar Oliveira Andrade Filho,¹⁸ Nelson Abrão¹⁹ e Tarsis Nametala Sarlo Jorge,²⁰ os dois últimos, aliás, foram citados pelo Deorf no item 10 da Nota Técnica de fls. 1/3.

33. À luz das considerações aduzidas e com apoio na doutrina trazida à colação, creio que pode ser aceita por este Banco Central a aquisição pelas sociedades limitadas, para manutenção em tesouraria, de quotas de seu próprio capital, em caráter de excepcionalidade, nos moldes traçados pela Lei das S.A. (aqui aplicável supletivamente o art. 30, § 1º, alínea *b*) e, evidentemente, desde que preservada a integridade do capital social (razão principal da vedação genérica do procedimento em discussão), de forma a que não haja diminuição da garantia dos credores sociais. Registro também que, caso haja interesse societário, tal possibilidade poderá constar no respectivo pacto social.

34. Passo, agora, à análise da indagação formulada pelo Deorf na alínea *cdo* item 17, da multicitada Nota Técnica de fls. 1/3, referente à viabilidade jurídica de aquela unidade técnica acolher pleito de sociedade limitada supervisionada que tenha promovido redução do respectivo capital social, mediante a diminuição do número de quotas.

35. Prescrevem os arts. 1.082, 1.083 e o *caput* do art. 1.084 do Código Civil:

Art. 1.082. Pode a sociedade reduzir o capital, mediante a correspondente modificação do contrato:

I – depois de integralizado, se houver perdas irreparáveis;

II – se excessivo em relação ao objeto da sociedade.

Art. 1083. No caso do inciso I do artigo antecedente, a redução do capital **será realizada com a diminuição proporcional do valor nominal das quotas**, tornando-se efetiva a partir da averbação, no Registro Público de Empresas Mercantis, da ata da assembleia que a tenha aprovado.

Art. 1.084. No caso do inciso II do art. 1.082, a redução do capital **será feita** restituindo-se parte do valor das quotas aos sócios, ou dispensando-se as prestações ainda devidas, **com diminuição proporcional, em ambos os casos, do valor nominal das quotas.** (negritei).

18 *apud* NAMETALA SARLO JORGE, Társis, *op. cit.*, p. 281.

19 *op. cit.*, p. 105.

20 *op. cit.*, p. 281.

36. A respeito, pondera a unidade consulente:

13. A estrita observância de tais disposições apresentam, em certas situações, dificuldades práticas, pois levam a excessivo fracionamento do valor nominal das quotas. Talvez por essa razão, é comum a submissão, ao Deorf, de pleitos de redução de capital nos quais os sócios deliberam a efetivação da medida por meio da diminuição do número de quotas, principalmente naqueles em que a motivação da redução é ter sido considerado o valor do capital excessivo em relação aos objetivos da sociedade, havendo, portanto, restituição de valores a sócios.

14. A obrigatoriedade estabelecida na lei me parece ainda ser inócua, pois os sócios, salvo melhor juízo, podem alterar, do modo que julgarem mais adequado, a composição do capital, em relação ao número de quotas de que é composto e ao seu valor nominal. Registre-se ainda que, no próprio ano de 2002, foi apresentado o Projeto de Lei 7.160/2002, propondo alteração na redação de diversos artigos do Código Civil, inclusive os citados artigos 1.083 e 1.084, justamente para permitir a redução de capital também pela diminuição do número de quotas. Porém, a tramitação do projeto não foi concluída naquela legislatura e ele foi arquivado, conforme determina o art. 105 do Regimento Interno da Câmara Federal.

37. O Deorf traz à colação os seguintes pronunciamentos doutrinários, que fundamentam os posicionamentos divergentes que vêm sendo adotados por suas subunidades a respeito do tema:

[...] o Código Civil de 2002 prevê, no art. 1.083 e no art. 1.084, que as reduções de capital por perdas irreparáveis ou por capital excessivo nas sociedades limitadas devem ser realizadas mediante a diminuição proporcional do valor das quotas. O fundamento da diminuição proporcional do valor das quotas é a manutenção da estrutura social interna. Não é permitida a redução do capital realizada por meio da diminuição do número de quotas existentes, tendo em vista a expressa determinação de ambos os dispositivos supramencionados. (Modesto Carvalhosa).

O CC/2002 indica a redução proporcional do valor nominal das quotas como forma de operacionalizar a redução do capital. Ocorre que, consagrado o regime de pluralidade de quotas dos sócios, não há qualquer justificativa para impedir a redução proporcional do número de quotas, sem alteração de seu valor nominal. Efetivamente não há diferença ou

prejuízo aos sócios ou a terceiros, pois trata-se de mero ajuste matemático: 10 quotas com valor de R\$1,00 significam o mesmo que 20 quotas com valor de R\$0,50. Entendemos que as Juntas Comerciais não deveriam recusar o registro de redução de capital com diminuição proporcional do número de quotas. Na verdade, tal prática pode até evitar dificuldades decorrentes de quotas com valores ínfimos ou quebrados (R\$0,67, R\$0,08 etc). (Syllas Tozzini e Renato Berger, atualizadores da obra *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, de Egberto Lacerda Teixeira).

38. Percebe-se, da leitura dos dispositivos legais anteriormente transcritos, que a questão encontra-se disciplinada expressa e especificamente na parte do Código Civil destinada à sociedade limitada, não cabendo a adoção, no caso, de normas de natureza subsidiária ou supletiva. Não há que se falar, portanto, em omissão quanto à forma de se realizar a redução do capital de instituição da espécie, objeto de regra impositiva, não sujeita a alteração pela vontade dos sócios.

39. Desta forma, não me animo a orientar a unidade consulente no sentido do acolhimento de pleitos em que a redução do capital tenha sido realizada por meio de diminuição do número de quotas, por entender que tal procedimento conflita com determinação legal.

40. Registro, por oportuno, que o pronunciamento doutrinário anteriormente transcrito que critica a opção adotada pelo legislador, na espécie, não se fundamenta em divergência de interpretação quanto aos dispositivos em discussão (arts. 1.083 e 1.084, *caput*, do Código Civil), ou em razões de ordem legal, mas, sim, em aspectos de conveniência e oportunidade. Portanto, a solução do impasse reside, em meu sentir, na alteração da legislação.

41. Cumpre consignar, ainda, que na doutrina consultada a respeito do tema não foram detectadas discordâncias quanto ao alcance do comando legal, no sentido de que a redução do capital de sociedade limitada só pode ser realizada mediante a diminuição proporcional do valor nominal das quotas. Cito, a propósito, Nelson Abrão,²¹ Tarsis Nametala Sarlo Jorge,²² Maria Helena Diniz²³ e Modesto Carvalhosa,²⁴ dentre outros.

21 *op. cit.*, p. 127

22 *op. cit.*, p. 240.

23 *op. cit.*, p. 747-748.

24 *op. cit.*, p. 292.

CONCLUSÃO

42. Ante todo o exposto, concludo, objetivamente, com relação às sociedades limitadas cujos contratos sociais tenham previsto a regência supletiva pelas normas das sociedades anônimas:

- a) Pela impossibilidade de elevação do capital social em espécie, quando ainda não totalmente integralizado o capital anteriormente subscrito, não cabendo a adoção de normas de natureza subsidiária ou supletiva, já que omissão não há, na espécie, eis que o assunto está disciplinado por regra própria e impositiva (art. 1.081 do Código Civil);
- b) Pela possibilidade de ser aceita por este Banco Central a aquisição pelas mencionadas sociedades, para manutenção em tesouraria, de quotas de seu próprio capital, observadas as condicionantes mencionadas no item 33 da presente manifestação;
- c) Pela impossibilidade de redução do capital social por meio de diminuição proporcional do número de quotas, já que tal procedimento conflita com a determinação legal aplicável de forma direta, expressa e impositiva às sociedades da espécie (art. 1.083 e art. 1.084, *caput*, do Código Civil).

À consideração de Vossa Senhoria.

Norma do Rego Monteiro Ferreira

Procuradora

De acordo.

Ao Sr. Subprocurador-Geral, titular da CC1PG, nos termos da Ordem de Serviço nº 4.445, 2009

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira
Coordenadora-Geral

De pleno acordo com o judicioso parecer.

Ao Deorf.

Ailton Cesar dos Santos
Subprocurador-Geral

Petição PGBC-2192/2011

Recurso de revista interposto ao Tribunal Superior do Trabalho em que, utilizando-se da nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, questiona a atribuição de responsabilidade subsidiária de entidades públicas por débitos trabalhistas de terceirizados.

Maurício Saliba Alves Branco

Procurador

Amílcar Ramirez Figueiredo M. de Lemos

Procurador

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO,

RECURSO ORDINÁRIO Nº 72685-02.2008.5.10.0008
RECORRENTE: BANCO CENTRAL DO BRASIL
RECORRIDOS: JOSÉ GILVAN OLIVEIRA DE SOUSA E OUTROS

BANCO CENTRAL DO BRASIL, autarquia federal criada pela Lei 4.595/64, por seus procuradores signatários (Lei Complementar 73/93, art. 17, I, c/c Lei 9.650/98, art. 4º, I), nos autos do recurso ordinário em epígrafe, com esteio no artigo 896, alínea c, da CLT, vem à presença de Vossa Excelência interpor

RECURSO DE REVISTA

em face de acórdão proferido pela Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10.ª Região, o fazendo nos termos das anexas razões, cuja juntada requer, a fim de que, após as formalidades de praxe, seja encaminhado ao colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Nesses termos,
Pede deferimento.

Brasília, 24 de março de 2011.

Maurício Saliba Alves Branco
Procurador

Amílcar Ramirez Figueiredo M. de Lemos
Procurador

COLENDO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO,

Recurso de Revista no RO 72685-02.2008.5.10.0008

Recorrente: BANCO CENTRAL DO BRASIL

Recorridos: JOSÉ GILVAN OLIVEIRA DE SOUZA E OUTRO

RAZÕES DE RECURSO DE REVISTA DO BANCO CENTRAL DO BRASIL

Eméritos Julgadores:

I – BREVE SÍNTESE DA DEMANDA

Nos termos da inicial, o reclamante aduz que foi contratado pela empresa DELTA ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, na data de 1.9.2004, para exercer a função de auxiliar de manutenção. Afirma, ainda, que prestou serviços no Banco Central do Brasil, de 1.9.2005 até 20.2.2008, por meio de contrato de prestação de serviço firmado com a referida empresa, tendo sido dispensado, sem justa causa, nessa última data.

2. O reclamante alega, também, não ter recebido adicional de periculosidade ao qual afirma ter direito, no percentual de 30%, durante o pacto laboral. Diante disso, requer seu pagamento no período laborado, e sua consideração para reflexo em todas as parcelas salariais devidas, considerando a nova base remuneratória incorporada pelo adicional de periculosidade. Por fim, pleiteia as multas dos art. 467 e 477 da CLT e a condenação subsidiária do Banco Central do Brasil pela aplicação do Enunciado 331 do TST.

3. A douta Juíza da 8ª Vara do Trabalho de Brasília julgou parcialmente procedentes os pedidos do reclamante, condenando a reclamada DELTA ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA e o Banco Central do Brasil, ora recorrente, **de forma subsidiária** (fls. 367/380), ao pagamento das verbas descritas na fundamentação.

4. Devido ao fato de o Banco Central não ter sido intimado dessa decisão, o Tribunal Superior do Trabalho anulou o processo a partir do momento em que ocorreu a referida nulidade. Restituído o império do Direito, ao menos em termos processuais, foi interposto o pertinente recurso ordinário, o qual foi “parcialmente conhecido e desprovido”, nos termos da decisão recorrida, cuja ementa se transcreve:

Ementa: 1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA IN VIGILANDO. ADC Nº16/STF. Mesmo diante da regra prevista no artigo 71 da Lei nº 8.666/93 – de constitucionalidade já expressamente declarada pelo excelso STF na ADC Nº 16, julgada em 24/11/2010 –, a aplicação do dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro das regras e dos procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades. Do mesmo modo, o ente da Administração que o contratou. Se *inexistem provas nos autos de que o ente público tenha adotado providências no sentido de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em virtude de seu comportamento omissivo, incorre na modalidade de culpa in vigilando, devendo, portanto, responsabilizar-se subsidiariamente pelo inadimplemento do contrato durante todo o período em que se caracterizou a relação de emprego.* 2. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. LAUDO PERICIAL. ARTIGO 436 DO CPC. A caracterização da periculosidade é matéria afeta à prova técnica, conforme disciplina o artigo 195, do Texto Consolidado. Nos termos do artigo 436, do CPC, o Juiz não está adstrito à conclusão do laudo, prova que também se submete ao sistema da persuasão racional, utilizado pelo magistrado no momento em que forma o seu convencimento. Entretanto, não havendo outro elemento de prova apto a desconstituir a conclusão do laudo, este deve prevalecer. 3. Recurso ordinário do segundo reclamado parcialmente conhecido e desprovido (destaques acrescidos).

5. Interessa a este recurso de revista, especialmente, o ponto da decisão no qual se inverteu o ônus da prova para firmar a responsabilidade do Banco Central do Brasil por não ter comprovado que não agiu com culpa na fiscalização do contrato, como se verifica pelo trecho destacado da ementa e pelos seguintes trechos do voto do eminente relator:

Nessa seara, se os dispositivos legais transcritos impõem à Administração Pública o dever de fiscalização quanto ao cumprimento de todas as obrigações assumidas pela empresa prestadora de serviços, vencedora da licitação, por óbvio que dentre essas encontram-se as de natureza trabalhista, de molde a atrair para o ente público a responsabilidade subsidiária caso incorra em omissão nesse mister. **Seguindo as regras de distribuição do encargo probatório no processo, o ônus, nesse caso, é cometido à Administração Pública, à qual caberá trazer, aos autos, elementos capazes de demonstrar o cumprimento das obrigações assumidas.** Não o fazendo, conseqüência é a condenação subsidiária, nos moldes já previstos na malfadada Súmula nº 331, inciso IV. Em síntese, mesmo diante da regra prevista no artigo 71 da Lei nº 8.666/93 – de constitucionalidade já expressamente declarada –, cumpre notar que a aplicação do dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro das regras e dos procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades. Do mesmo modo, o ente da Administração que o contratou; o que, de fato, não é o caso tratado nos autos. Na presente hipótese, não há provas de que o ente público tenha cuidado de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, desatendendo o **ônus processual que lhe era acometido.**¹ Dessarte, em virtude de seu comportamento omissivo, incorreu na modalidade de culpa in vigilando, devendo, portanto, responsabilizar-se subsidiariamente pelo inadimplemento do contrato durante todo o período em que se caracterizou a relação de emprego (destaques acrescidos).

6. Com efeito, apesar de não ter feito a inversão do ônus da prova de forma expressa, tal medida foi adotada quando se entendeu caber ao Banco Central do Brasil a incumbência de demonstrar que não agiu com culpa. Assim, diante da patente violação de normas constitucionais e legais pela decisão embargada, impõe-se ao Banco Central a interposição deste recurso de revista.

7. Ademais, restará demonstrado, ao final, que o Banco Central do Brasil não pode ser responsabilizado subsidiariamente pelo descumprimento do contrato por parte da empresa prestadora de serviço, porque sempre agiu com zelo e foi diligente na fiscalização do cumprimento do respectivo contrato de prestação de serviços.

¹ Como se verá adiante, esse ônus cabe ao reclamante, ao contrário do que afirma a decisão recorrida.

II – DO CABIMENTO DO RECURSO

8. O artigo 896, alínea *c*, da CLT, determina que cabe recurso de revista contra decisões proferidas com violação literal de lei federal ou afronta à Constituição Federal. Na hipótese dos autos, a ofensa reside na violação dos arts. 5º, *caput*² e incisos LIV³ e LV⁴, 102, § 2º,⁵ e 103-A,⁶ todos da CF/88, bem como dos arts. 818 da CLT, 2º e 333, do CPC,⁷ e 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

9. Registre-se que, apesar de as violações adiante apontadas terem surgido no julgamento do recurso ordinário, é dispensada a oposição de embargos de declaração para fins de prequestionamento, como dispõe a Orientação Jurisprudencial nº 119, da SDI-1:

OJ-SDI1-119 PREQUESTIONAMENTO INEXIGÍVEL. VIOLAÇÃO NAS-CIDA NA PRÓPRIA DECISÃO RECORRIDA. SÚMULA Nº 297. INAPLICÁVEL (inserido dispositivo) – DEJT divulgado em 16, 17 e 18/11/2010)

É inexigível o prequestionamento quando a violação indicada houver nascido na própria decisão recorrida. Inaplicável a Súmula nº 297 do TST. Histórico:

Redação original – Inserida em 20/11/1997

10. Registre-se, por oportuno, que as questões de fato envolvidas no processo são, em suma, as seguintes: (i) trabalho em condições perigosas e (ii) culpa do Banco Central do Brasil pelo inadimplemento da empresa contratada no que tange ao adicional de periculosidade. A primeira questão foi objeto da prova pericial e não será rediscutida neste recurso de revista. A segunda, entretanto, não foi objeto de nenhuma prova no processo, como reconheceu a decisão recorrida. A despeito disso, foi fixada a condenação subsidiária desta Autarquia com base no argumento de que o Banco Central não provou que não agiu com culpa, apesar de esse ônus caber ao reclamante.

2 Segurança jurídica.

3 Devido processo legal.

4 Contraditório e ampla defesa.

5 Efeito vinculante e erga omnes de julgamento em Ação Declaratória de Constitucionalidade.

6 Súmula vinculante.

7 Artigos que dispõem acerca da distribuição do ônus da prova e do princípio da inércia.

11. É precisamente essa camuflada inversão do ônus da prova, feita de forma ilegal e inconstitucional, que é objeto deste recurso de revista, sendo, como se percebe, questão eminentemente de direito, motivo pelo qual é cabível este recurso excepcional para discuti-la.

MÉRITO RECURSAL

III – DA IMPOSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA AO BACEN – ADC 16/STF

12. Inicialmente, deve-se pontuar que o pedido do reclamante relativo a esta Autarquia é o de responsabilização subsidiária pelo inadimplemento da empresa contratada no que tange ao adicional de periculosidade. Esse pedido **deveria ter** como causa de pedir a culpa *in vigilando* da Administração (o que restou consignado, inclusive, no julgamento da ADC nº 16, melhor analisada adiante).

13. Entretanto, em momento algum de sua peça inicial o reclamante descreve qualquer ação ou omissão do Bacen que tivesse algum nexo de causalidade com o alegado inadimplemento da empregadora, configurador do suposto prejuízo. E assim não o fez exatamente porque não houve qualquer resquício de culpa do Banco Central. Sendo a culpa da Administração fato constitutivo do alegado direito do reclamante, deveria (a culpa) (i) ser demonstrada na petição inicial; e (ii) restar patentemente comprovada no curso do processo, cabendo este ônus probatório ao reclamante, conforme dispõem os arts. 818 da CLT e 333 do CPC.

14. A consequência de não constar a culpa do Banco Central como causa de pedir é a impossibilidade de o Judiciário afirmar essa culpa, pois assim estaria agindo de ofício em campo permeado pelo princípio dispositivo (também chamado de princípio da demanda ou da inércia). Tendo a petição inicial pretendido a responsabilização objetiva, o Poder Judiciário deveria se limitar a afirmar sua inviabilidade jurídica.

15. Com efeito, o que o reclamante pretende, nitidamente, é a responsabilização da Administração de forma objetiva – o que foi vedado pelo STF no julgamento da ADC 16 – e pela teoria do risco integral, há muito afastada pelo ordenamento jurídico.

16. Em suma, as conclusões do STF no julgamento da ADC nº 16 foram: (i) o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, é constitucional, de modo que “a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, [...] não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento”, e, (ii) **excepcionalmente, desde que reste patentemente comprovada a culpa da Administração (o que não pode ser feito de forma objetiva)**, pode haver responsabilização do Poder Público. Com efeito, eis a transcrição de trecho de notícia veiculada no sítio do STF (em 24.11.2010) e do informativo nº 610, *in verbis*:

Notícia: “Ao decidir, a maioria dos ministros se pronunciou pela constitucionalidade do artigo 71 e seu parágrafo primeiro, e houve consenso no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e **terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante**” (destaques acrescidos).

Informativo nº 610: “Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado 331 do TST. O Min. Marco Aurélio, ao mencionar os precedentes do TST, observou que eles estariam fundamentados tanto no § 6º do art. 37 da CF quanto no § 2º do art. 2º da CLT (‘§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.’). Afirmou que o primeiro não encerraria a obrigação solidária do Poder Público quando recruta mão-de-obra, mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da prestadora de serviços. Enfatizou que se teria partido, considerado o verbete 331, para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versaria essa responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço. No que

tange ao segundo dispositivo, observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle, ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria a direção, a administração, ou o controle da empresa prestadora de serviços. Concluiu que restaria, então, o parágrafo único do art. 71 da Lei 8.666/93, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal” (sem destaques no original).

17. Ora, para que a **força normativa da Constituição e a autoridade da decisão do STF** sejam respeitadas, é imperativa a cabal demonstração da culpa do Banco Central do Brasil, o que não ocorreu no presente processo, pois o juízo *a quo* seguiu a tendência da Justiça do Trabalho, aventada no informativo transcrito, de não “analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado 331 do TST”, e o fez de forma camuflada, por meio de inconstitucional e ilegal inversão do ônus da prova, como se verá melhor adiante.

IV – DA INDEVIDA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

18. Neste ponto, cumpre analisar alguns aspectos relativos ao ônus da prova. Inicialmente, é necessário definir ônus da prova subjetivo e objetivo. O primeiro é uma regra de atividade, ou de conduta, para as partes; o segundo é regra de julgamento a ser aplicada pelo magistrado em caso de insuficiência probatória.⁸ Pelo critério subjetivo, verifica-se a quem incumbe provar, e o que se deve provar. Já pelo critério objetivo, verifica-se quem sofre as consequências caso o arcabouço probatório seja deficiente.⁹ Em regra, a parte que tem o ônus subjetivo terá, também, o ônus objetivo.

19. No que tange à distribuição do ônus da prova, existem duas correntes teóricas principais: (i) *teoria da distribuição estática do ônus da prova* e (ii) *teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*.

8 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, v. 2, p. 74.

9 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2009, p. 361-362.

20. Quanto à teoria estática, Didier assim se manifesta:

Compete, em regra, a cada uma das partes o ônus de fornecer os elementos de prova das alegações de fato que fizer. A parte que alega deve buscar os meios necessários para convencer o juiz da veracidade do fato deduzido, como base de sua pretensão/exceção, afinal é a maior interessada no seu reconhecimento e acolhimento.¹⁰

21. Como se percebe, essa foi a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro nos artigos 818 da CLT e 333 do CPC, ora transcritos:

CLT: Art. 818 - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

CPC: Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

22. Quanto à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, tem-se que foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), nos seguintes termos:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...];

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

23. No que tange à natureza dessa inversão prevista no CDC – se é matéria de instrução ou técnica de julgamento –, a doutrina diverge. Fredie Didier, Daniel Neves,¹¹ Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero,¹² por exemplo, entendem que a regra do art. 6º, VIII, do CDC é matéria de instrução. Por todos, eis a lição de Didier:

10 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, v. 2, p. 76.

11 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2009, p. 365.

12 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo*. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2008, p. 338.

Reservar a inversão do ônus da prova ao momento da sentença representa uma ruptura com o sistema do devido processo legal, ofendendo a garantia do contraditório. Não se pode apenar a parte que não provou a veracidade ou inveracidade de uma determinada alegação sem que se tenha conferido a ela a oportunidade de fazê-lo (lembre-se que o *ônus subjetivo* acaba por condicionar a atuação processual da parte).¹³

24. Por outro lado, parte da doutrina afirma que a referida norma contempla regra de julgamento. Filiam-se a essa corrente, por exemplo, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe,¹⁴ Nelson Nery e Rosa Nery,¹⁵ sendo que os três primeiros foram, inclusive, autores do anteprojeto do CDC. Por todos, eis as lições de Kazuo Watanabe:

Quanto ao momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova, mantemos o mesmo entendimento sustentado nas edições anteriores: é o do *julgamento da causa*. É que as regras de distribuição do ônus da prova são **regras de juízo**, e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa. Constituem, por igual, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória. [...] Efetivamente, somente após a instrução do feito, no momento da valoração das provas, estará o juiz habilitado a afirmar se existe ou não situação de *non liquet*, sendo caso ou não, conseqüentemente, de inversão do ônus da prova.¹⁶

25. Quanto à alegação de que o fornecedor seria pego de surpresa com a inversão realizada na sentença, eis a doutrina de Nelson Nery Jr., a refutá-la:

[...] a parte que teve contra si invertido o ônus da prova [...] não poderá alegar cerceamento de defesa porque, desde o início da demanda **de consumo**, já sabia quais eram as regras do jogo e que, havendo *non liquet* quanto à prova, poderia ter contra ela invertido o ônus da prova. Em suma, o fornecedor (CDC 3º) já sabe, de antemão, que tem de provar tudo

13 op. cit., p. 85.

14 GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

15 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 723.

16 op. cit., p. 812-815.

que estiver a seu alcance e for de seu interesse **nas lides de consumo**. Não é pego de surpresa com a inversão na sentença.¹⁷ (destaques acrescidos).

26. Ocorre que a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova demanda previsão legal expressa, como consta do CDC no caso das relações de consumo. Isso porque, da mesma forma que o ônus da prova é uma regra de julgamento, é, também, uma regra de atividade, pois as partes pautam sua conduta processual de acordo com as previsões legais aplicáveis (arts. 818 da CLT e 333 do CPC), como bem ressaltou Didier, em trecho já transcrito acima.

27. Ao analisar o art. 6º do CDC, a segunda corrente doutrinária apresentada acima afirma que não restariam violados os princípios da não-surpresa, cooperação, segurança jurídica, ampla defesa, contraditório e devido processo legal, pois **o fornecedor** já sabe, de antemão (devido à previsão expressa contida no art. 6º do CDC), que poderá sofrer a inversão do ônus da prova, sendo que a ninguém é dado o desconhecimento da lei. Daí não se falar, **no caso das relações de consumo**, em violação aos referidos princípios.

28. Ademais, em se tratando de relação consumerista, o art. 333 do CPC é afastado devido ao princípio da especialidade. Diferente é a situação em relações jurídicas diversas das de consumo, como é o caso da relação de trabalho.

29. No caso das relações de trabalho, a única forma de aplicação da teoria dinâmica para redistribuir à Administração um ônus que originariamente cabe ao reclamante é a declaração incidental de inconstitucionalidade dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, o que não ocorreu no presente caso.

30. Isso porque não há falar em aplicação analógica do art. 6º do CDC, eis que a analogia só tem cabimento no caso de lacuna na lei, a qual permite aplicar analogicamente à situação não prevista na lei um dispositivo aplicável a situação diversa, mas semelhante. Havendo, no caso, os referidos artigos da CLT e do CPC, impossível aplicar-se o CDC por analogia.

31. Assim, repita-se, a única forma de transferir o ônus de provar a inexistência de culpa da Administração ao Banco Central é a declaração incidental da inconstitucionalidade dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC. Relevante anotar, neste ponto, que afastar a aplicação dos citados artigos é o mesmo que considerá-los inconstitucionais, de modo que é necessário, mesmo

¹⁷ op. cit., p. 723.

no caso de mero afastamento do dispositivo legal, o respeito à regra da reserva de plenário contida no art. 97 da Constituição Federal, como, aliás, consigna a Súmula Vinculante nº 10 do STF:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

V – DO MOMENTO ADEQUADO PARA INVERSÃO NO PRESENTE PROCESSO

32. Ultrapassadas essas questões, resta abordar aquela relativa ao momento em que a inversão é cabível, na hipótese de declaração incidental de inconstitucionalidade dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC e aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova neste caso concreto.

33. Como visto acima, a doutrina consumerista controverte-se a respeito do momento em que pode ser feita a inversão. A corrente mais acertada afirma que deve ser feita no despacho saneador, exatamente para permitir à parte onerada a oportunidade de se desincumbir do referido ônus, em atenção aos princípios da não-surpresa, cooperação, segurança jurídica, ampla defesa, contraditório e devido processo legal. Por outro lado, a outra corrente afirma a possibilidade dessa inversão na própria sentença.

34. Quanto aos princípios aventados pela primeira corrente, a parte da doutrina que defende a possibilidade de inversão na própria sentença afirma que eles são respeitados, **no caso das relações de consumo**, porque o fornecedor sabe, desde o início, que poderá ser a ele redistribuído ônus que cabe originariamente ao consumidor. Isso por causa da expressa previsão legal contida no art. 6º, VIII, do CDC, e do princípio de que a ninguém é dado alegar o desconhecimento da lei.

35. Entretanto, em relações trabalhistas, uma vez que não existe norma legal expressa acerca da possibilidade de inversão do ônus da prova, não há como defender a ausência de afronta aos princípios da não-surpresa, cooperação, segurança jurídica, ampla defesa, contraditório e devido processo legal no caso de inversão na própria sentença. Assim, no caso de o juízo entender aplicável

a teoria dinâmica, deverá declarar incidentalmente a inconstitucionalidade dos arts. 818 e 333 do CPC, notificando tempestivamente a parte reclamada acerca da redistribuição do ônus da prova, para que esta possa dele se desincumbir.

36. No presente caso, o desrespeito aos listados princípios regentes do processo ocorreu de forma ainda mais afrontosa, pois a inversão se deu no acórdão que julgou o recurso ordinário! Se já seria inconstitucional tal inversão na sentença, apesar de o Banco Central poder rediscutir os fatos na segunda instância, o que se dirá da inversão feita no julgamento do recurso ordinário, situação em que se tolhe em absoluto o direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório, pois inviável a discussão fática na instância extraordinária?

37. Se a culpa do Bacen não constou da causa de pedir da inicial, nem foi demonstrada ao longo de toda a instrução, não tendo sido, conseqüentemente, demonstrada na sentença, não é possível, agora, a inversão do ônus da prova para condenar esta Autarquia subsidiariamente, fazendo-se letra morta o entendimento do STF no julgamento da ADC nº 16.

38. De fato, é o que está acontecendo: por via transversa está sendo violado o entendimento vinculante e dotado de eficácia *erga omnes* manifestado no julgamento da ADC 16. Se o STF entendeu que a Justiça Trabalhista deveria analisar a existência de culpa, inverter o ônus da prova, mormente em sede de julgamento de recurso ordinário, é, com todas as vênias, esquivar-se do referido dever, impondo as conseqüências maléficas dessa inversão à Administração, que pautou sua conduta processual nas regras que regem o procedimento probatório: arts. 818 da CLT e 333 do CPC.

39. Na insuficiência da produção probatória relativa à culpa da Administração, o correto seria aplicar-se o ônus da prova como regra de julgamento, para julgar improcedente o pedido de condenação subsidiária do Banco Central, tendo em vista que cabia ao autor trazer essa causa de pedir na inicial e comprovar sua ocorrência ao longo da instrução probatória.

VI – DA DILIGÊNCIA DO BACEN NA FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

40. Como afirmado por esta Autarquia ao longo de todo o processo, o Banco Central manteve um controle firme e diário sobre a execução das normas

legais e obrigações contratuais, inclusive quanto ao pagamento das verbas devidas, materializando-se por meio de instrumentos de fiscalização como o livro de atendimento de reclamações e descumprimentos. Qualquer ato suspeito por parte da contratada, que indicasse descumprimento legal ou contratual, seria devidamente lançado no livro, demandando resposta formal da contratada em tempo reduzido, a qual, não sendo satisfatória, teria como consequência o acionamento da fiscalização do trabalho, com a notificação da empresa.

41. Também restou consignada a existência de uma Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA) por parte do Banco Central,¹⁸ o que demonstra a diligência e o cuidado desta Autarquia no tocante aos assuntos relativos à segurança do trabalho.

42. Portanto, as obrigações diretas e indiretas do Banco Central foram prontamente efetivadas, não restando qualquer outra conduta a ser adotada no que tange ao controle dos atos da contratada, sendo impossíveis medidas repreensivas superiores, pois a Autarquia não goza de poderes de coação como o INSS e a DRT, lhe cabendo o encargo de acionar os agentes competentes em caso da verificação ou denúncia de algum ilícito trabalhista.

43. Desse modo, diante da conduta apresentada pelo Banco Central, efetivando todas as medidas ao seu alcance fiscalizatório, fica excluída a culpa *in vigilando*, o que obsta a caracterização de responsabilidade subsidiária frente ao possível inadimplemento da contratante.

VII – CONCLUSÃO E PEDIDO

44. Em síntese, restou demonstrada a efetiva violação dos arts. 5º, *caput*¹⁹ e incisos LIV²⁰ e LV,²¹ 102, § 2º,²² e 103-A,²³ todos da CF/88, bem como dos arts. 818 da CLT, 2º e 333, do CPC,²⁴ e 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, pelas razões fartamente demonstradas na fundamentação deste recurso.

18 Como reconhecido pelo próprio perito judicial.

19 Segurança jurídica.

20 Devido processo legal.

21 Contraditório e ampla defesa.

22 Efeito vinculante e *erga omnes* de julgamento em Ação Declaratória de Constitucionalidade.

23 Súmula vinculante.

24 Artigos que dispõem acerca da distribuição do ônus da prova e do princípio da inércia.

45. Por todo o exposto, o Banco Central requer o conhecimento e o provimento deste recurso de revista para:

a) a reforma da decisão recorrida, para que seja aplicada a regra do ônus da prova constante dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, com a consequente improcedência do pedido de responsabilização subsidiária desta Autarquia, por não ter o reclamante se desincumbido do ônus da prova da culpa da Administração, aplicando-se, portanto, o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, reconhecido constitucional pelo STF no julgamento da ADC nº 16;

b) ou, subsidiariamente, caso se entenda aplicável a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a anulação da decisão recorrida, por não ter respeitado o devido processo legal (com todos os princípios dele decorrentes e acima aduzidos), para que, após a eventual declaração incidental de inconstitucionalidade dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC pelo Juízo *a quo*, seja oportunizada ao Banco Central do Brasil a produção de prova que demonstre não ter agido com culpa na fiscalização do contrato, no que tange ao inadimplemento da empresa contratada quanto ao adicional de periculosidade.

Nesses termos,
Pede deferimento.

Brasília, 24 de março de 2011.

Maurício Saliba Alves Branco
Procurador

Amílcar Ramirez Figueiredo M. de Lemos
Procurador

Petição PGBC-3340/2011

Recurso de apelação contra decisão que reconheceu prescritas as pretensões a 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 nº 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 significativa, 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 escorреitamente 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 apegar-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, reprimir 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 consorciados, 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 4/4/2006, DJ 16/5/2006, 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 – SUCUMBENCIA RECIPROCA – DISTRIBUIÇÃO DE ONUS (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 3/5/1993, 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 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*:

2 Da mesma cepa, veja-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 18/04/2005, p. 217.

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 Pólo Passivo da Demanda

3.17. A sentença rejeitou a prefacial 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 (as administradoras 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 rejuízo 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.

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

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 7/12/2010, 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)

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 percucientemente 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. 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. 3.º, *caput* e V, h, do Regulamento Anexo à Circular 2.766, de 3 de julho de 1997:

Art. 3.º 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 31/1/2002, 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. Dependirão, 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 31/1/2002?

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 dogmaticamente 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 31.01.2002, 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

4.23. 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 No mesmo sentido, dentre outros, os seguintes precedentes: REsp 239537/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 08/02/2000, DJ 20/03/2000, p. 79; REsp 261.888/MG, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 3/5/2001, DJ 20/8/2001, p. 473.

4.24. 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 ingênuo 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.

4.29. 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.

4.28. 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.

4.29. 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.

4.30. 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.”

4.31. 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.

4.32. Também se equivoca 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.

4.33. 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.

4.34. 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.

4.35. 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.

4.36. 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.

4.37. 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.

4.38. 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).

4.39. 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.

4.40 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, arts. 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-4292/2011

Memorial em recurso especial contra condenação do Banco Central a pagamento de danos morais, por ausência de comunicação prévia a clientes de instituição financeira sobre o registro, no Sistema de Informações de Crédito (SCR), de dados referentes a operações de crédito.

Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos
Coordenador-Geral

Luiz Ribeiro de Andrade
Subprocurador-Geral

EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
COLETA SEGUNDA TURMA

MEMORIAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL

POR OCASIÃO DE

PEDIDO DE VISTA

DO

MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.220.394/RS (2010/0190892-5) – RECORRENTE:
BANCO CENTRAL DO BRASIL – RECORRIDO: METALÚRGICA BERETTA
LTDA – ASSUNTO: CONDENÇÃO DA AUTARQUIA AO PAGAMENTO DE
INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS POR AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO
PRÉVIA A CLIENTES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SOBRE O REGISTRO, NO
SISTEMA DE INFORMAÇÕES DE CRÉDITOS (SCR), DE DADOS REFERENTES A
OPERAÇÕES DE CRÉDITO – ILEGITIMIDADE PASSIVA – RESPONSABILIDADE
CIVIL DO ESTADO NÃO CONFIGURADA – AUSÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DA
AUTARQUIA DE COMUNICAR REGISTROS NO SCR – IMPOSSIBILIDADE DE
CARACTERIZAR O SISTEMA COMO CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO
OU DE INADIMPLENTES COMO SPC OU SERASA – DIFERENÇAS QUANTO A
TIPO DE INFORMAÇÃO REGISTRADA, RESTRIÇÕES DE ACESSO, SISTEMÁTICA
REGISTRAL, FINALIDADE, RELAÇÃO JURÍDICA SUBJACENTE, REGIME
NORMATIVO E PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

Petição PGBC-4292/2011

Pt 9900977239

EMINENTE MINISTRO,

O Recurso Especial nº 1.220.394/RS foi interposto pelo Banco Central, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região que firmou a condenação desta Autarquia ao pagamento de indenização por danos morais por não ter comunicado previamente aos recorridos o registro, no hoje denominado Sistema de Informações de Créditos (SCR),¹ de dados referentes a operações de crédito que realizaram. No mesmo acórdão, assentou-se também a condenação do Banco do Brasil S.A. por ter inscrito tais dados no SCR de modo considerado indevido, tudo conforme o esposado no voto condutor da respeitável decisão recorrida, nos seguintes termos:

Nada há a alterar na irretocável sentença proferida pelo Magistrado de primeiro grau, que bem deslindou a controvérsia:

A controvérsia posta nos autos cinge-se em estabelecer a licitude da inscrição da parte autora no “Sistema Central de Risco de Crédito” em relação a dívidas discutidas em juízo, assim como a ausência de sua notificação prévia, consoante prelaciona o art. 43, § 2º, do CDC.

Alegam os autores que estão discutindo o débito na seara judicial, razão pela qual é indevido que o Banco do Brasil repasse informações ao “Sisbacen” em que os demandantes figurem como devedores em relação a estes débitos, por ocasionar restrições à obtenção de crédito.

[...]

[...], sendo vedado, consoante jurisprudência corrente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a inclusão do devedor enquanto pendente de revisão judicial o débito informado [...].

Nos documentos acostados nas fls. 23 a 96, constata-se que houve execução judicial dos débitos informados, tendo os autores apresentado embargos, após seguro o juízo (fls. 26, 46, 82, 83 e 92). Configura-se, portanto, ilícita

¹ Antes denominado Central de Risco de Crédito e designado pelas siglas CRC ou Ceris.

a conduta do **Banco do Brasil** em enviar informações ao “Sistema Central de Risco de Crédito”.

Em relação à **falta de notificação prévia** aos autores, de sua inclusão no referido sistema, não merecem prosperar as alegações do **Bacen**.

Sendo o **Bacen** responsável pela manutenção do “Sistema Central de Risco de Crédito”, **impõe-se-lhe a obrigação de cientificar o devedor sobre a inscrição** em seu banco de dados, nos termos do **art. 43, § 2º, do CDC**.

Incumbia ao BACEN provar que havia procedido à **prévia comunicação** da parte autora, porém, nada comprovou nos autos.

[...]”.

2. No que diz respeito ao Banco Central, pois, o acórdão recorrido, contrariando, em seu real sentido, o disposto no art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), proclamou a tese da responsabilização civil do Estado, na figura desta Autarquia, por ausência de comunicação prévia a clientes de instituições financeiras sobre o registro, no SCR, de dados referentes a operações de crédito por eles mesmos realizadas.

3. Ainda contrariando o mencionado dispositivo do CDC, proclamou também a tese de que o Banco Central é que seria obrigado a proceder à mencionada comunicação. E proclamou igualmente a tese de que incidiria sobre a atuação desta Autarquia, em relação ao SCR, o mesmo regime jurídico aplicável à atuação de instituições privadas como SPC e Serasa relativamente aos cadastros de proteção ao crédito ou de inadimplentes por elas explorados empresarialmente.

4. Demais disso, o respeitável acórdão recorrido, ao proclamar as mencionadas teses, além de ter contrariado o art. 43, § 2º, do CDC, e de não ter enfrentado efetivamente questões que lhe foram postas pelo Banco Central, contrariou também o disposto no inciso VI do art. 267 do Código de Processo Civil (CPC), por desconsiderar a ilegitimidade passiva desta Autarquia, e deu a leis federais interpretação divergente da que lhes têm atribuído decisões de outros Tribunais Regionais Federais e desse egrégio Superior Tribunal de Justiça.

5. As teses de direito encampadas no *decisum* recorrido, todavia, não podem ser acolhidas, em absoluto, por não ser possível, na hipótese vertente, responsabilizar o Estado, na figura do Banco Central, haja vista não ser esta Autarquia obrigada a proceder à mencionada comunicação aos clientes das

instituições financeiras, por não incidir sobre sua atuação, em relação ao SCR, o mesmo regime jurídico aplicável à atuação de instituições privadas como SPC e Serasa relativamente aos cadastros de proteção ao crédito ou de inadimplentes por elas explorados empresarialmente, como vem sendo reiteradamente reconhecido pela jurisprudência.

6. A questão jurídica controvertida no recurso em foco, pois, consiste em definir se há, ou não, a obrigação desta Autarquia de proceder à mencionada comunicação aos clientes das instituições financeiras, tal como se dá com SPC e Serasa. Se não houver, inviável cogitar responsabilização do Banco Central pela ausência da comunicação em referência, impondo-se o provimento do recurso autárquico.

7. Não se discute neste recurso, portanto, a condenação imposta, no processo, à instituição financeira (Banco do Brasil S.A.), em razão de ter efetuado inscrição de informação tida por equivocada ou indevida no SCR.

8. O que se discute no recurso, como referido, é a condenação imposta à Autarquia Banco Central pelo fato, em si, de não ter cumprido suposta obrigação sua de comunicar previamente a clientes de instituição financeira que seriam registrados, no SCR, dados referentes a operações de crédito realizadas por esses próprios clientes.

9. Há, ou não, pois, esse alegado dever do Banco Central de, como SPC e Serasa, proceder à comunicação em destaque? Eis a questão.

10. Esta Autarquia procura, no presente memorial, sumariar as razões que sustentam sua firme convicção de que a resposta a esse questionamento é inequivocamente negativa, por força das distinções radicais entre um sistema de informações como o SCR e cadastros de proteção ao crédito ou de inadimplentes, como SPC e Serasa. **Afinal, a própria natureza dos interesses em jogo, o tipo de informação registrada, as restrições de acesso, a sistemática registral, a finalidade, a relação jurídica subjacente, o regime normativo, os precedentes jurisprudenciais, tudo é distinto entre essas figuras e o SCR, como se estampa no quadro comparativo anexo**, que expõe, de modo objetivo e sintético, as radicais diferenças entre um sistema de informações como o SCR e cadastros de proteção ao crédito ou de inadimplentes como SPC e Serasa.

I – INEXISTÊNCIA DO DEVER DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA DOS REGISTROS NO SCR PELO BANCO CENTRAL

11. A jurisprudência tem reconhecido, reiteradamente, tanto as radicais diferenças destacadas no referido quadro comparativo anexo quanto a consequente inexistência de um dever do Banco Central de notificar previamente clientes de instituições financeiras sobre o registro, no SCR, de dados referentes a operações de crédito por eles mesmos realizadas. Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados:

11 – Na espécie, a liminar teve como seu principal fundamento o fato de que a inserção de qualquer dado relativo aos consumidores no Sistema Central de Risco de Crédito somente poderá ser efetivada após prévia comunicação escrita àqueles.

12 – [...] o Sistema em comento tem por finalidade primordial evitar abalo na situação econômica das instituições financeiras, haja vista que eventual quebra de um banco como os acima citados repercutirá nas finanças nacionais, na imagem internacional e, indiretamente, sobre todos os consumidores, tomadores ou não de empréstimos bancários.

13 – Não fora isso, diferentemente do que ocorre com a inscrição do nome do consumidor no cadastro de inadimplentes, não se faz, no aludido Sistema, qualquer valoração negativa pertinente ao consumidor.

[...]

[...]

16 – Nessa ordem de ideias, reveste-se de relevante plausibilidade jurídica a resistência à execução da decisão em comento.

Pelo exposto, defiro o pedido formulado a fls. 02/10.

(TRF-1, Suspensão de Segurança nº 2002.01.00.044239-0/BA, Des. Fed. Catão Alves, j. 31/12/2002);

EMENTA

AÇÃO ORDINÁRIA. PEDIDO DE CANCELAMENTO DE REGISTRO NO SISTEMA CENTRAL DE RISCO DE CRÉDITO DO BANCO CENTRAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

Os registros contidos no SISBACEN possuem caráter restrito, estando protegidos pela garantia do sigilo bancário, não possuindo natureza de cadastro de inadimplentes.

Improvemento da apelação.

PASSAGEM DO VOTO DO RELATOR

Em seu parecer [...], anotou o douto MPF, *verbis*:

[...]

II – Não merece provimento o recurso. Adotam-se os fundamentos da sentença da MM.^a Juíza Federal, Dra. ANDRÉA CASTRO DIAS, que se transcreve em parte:

“[...]

Pela análise dos elementos insertos nos autos, não merece acolhimento a pretensão dos demandantes. Veja-se:

O Sistema Central de Risco de Crédito do Banco Central do Brasil (Sisbacen), que tem por fundamento a Resolução do Conselho Monetário Nacional 2.390, de 22/5/1997, que foi substituída pela de nº 2.724, de 31 de maio de 2000, publicada em 10 de junho de 2000, **tem a finalidade de subsidiar as operações de monitoramento e fiscalização do sistema financeiro por parte do Banco Central do Brasil, através de informações acerca do montante dos débitos, responsabilidades por garantias e créditos de clientes de instituições financeiras, sejam eles vencidos ou vincendos.**

[...]

Dessarte, em sendo o sistema de carácter restrito, protegido pela garantia do sigilo bancário, não atesto natureza de cadastro de inadimplentes (que tem por base legal o próprio CDC), já que é vedada a publicidade das informações nele insertas. Além do que diverso é o seu objetivo, uma vez que subsidia o Bacen no monitoramento das instituições financeiras, jamais sendo utilizado para conhecimento do comércio (público) em geral.

Repita-se que as informações são prestadas internamente, de forma restrita, no âmbito das instituições mencionadas no art. 1º da Resolução nº 2.724/00 do Bacen, abrangendo inclusive as obrigações vincendas, o que afasta, também sob esse prisma, qualquer similitude com os cadastros restritivos de crédito, que se circunscrevem às dívidas impagas, informando à comunidade comercial em geral quem são os maus pagadores.

[...]”

O Regulamento do Sisbacen, divulgado pela Circular nº 3.232 (obtido em consulta ao site do Banco Central do Brasil - www.bcb.gov.br). nos arts. 16 e 17 estabelece o sigilo das informação contidas no Sisbacen:

[...]

III – Em face do exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL opina pelo DESPROVIMENTO do recurso.”

Por esses motivos, acolhendo o parecer do MPF, nego provimento à apelação.

(TRF-4, Apelação Cível nº 2003.71.00.078437-5/RS, 3ª T., Rel. Des. Fed. Thompson Flores, j. 20.2.2006, DJU 17/5/2006, p.745);

RESPONSABILIDADE CIVIL. LANÇAMENTO DAS INFORMAÇÕES BANCÁRIAS NO CADASTRO DE RISCO DO BANCO CENTRAL. RESOLUÇÃO Nº 2.724/00 DO BACEN. OBRIGAÇÃO IMPOSTA ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR EXCESSIVO. REDUÇÃO.

1. Por imposição da Resolução nº 2.724/00 do Bacen, **todas as instituições financeiras são obrigadas a prestarem informações ao Banco Central do Brasil sobre o montante dos débitos e responsabilidades por garantias de seus clientes. O cadastro não implica em nenhuma restrição ao crédito, apenas traz informações acerca do estado de endividamento do cliente.** [...].

(TRF-1, Apelação Cível nº 2001.36.00.006978-5/MT, 5ª T., Rel. Des. Fed. Selene Maria de Almeida, DJ 7.12.2007).

EMENTA

1. A **CERIS – Central de Risco de Crédito** – destina-se a aprimorar a fiscalização e prevenção do BACEN sobre todas as instituições financeiras, contendo todas as operações financeiras a partir de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Ele não contém apenas informações sobre devedores das instituições bancárias, mas todas as informações referentes a grandes operações. **Não é um cadastro restritivo**, tendo por **finalidade fornecer dados estatísticos ao sistema financeiro nacional, visando à prevenção contra riscos globais**, nos termos da Resolução nº 2.390, de 22/05/1997 do Conselho Monetário Nacional e da Circular nº 2.938, de 14/10/1999 do Bacen.

PASSAGEM DO VOTO DO RELATOR

Quanto à ausência de notificação pessoal da inscrição na CERIS, não enxergo a menor infringência ao direito, de modo a macular a conduta irreprochável das demandadas. Ora, **não há porque se exigir uma intimação pessoal, noticiando a anotação de informações na CERIS**, vez que ausente qualquer repercussão de cunho jurídico na prática do referido ato. A criação da CERIS está diretamente atrelada ao implemento da política financeira nacional.

(TRF-5, Apelação Cível nº 262497/RN (2000.84.00.000508-5), 1ª T., Rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde Cavalcante, DJ 13/12/2007).

12. No âmbito desse egrégio Superior Tribunal de Justiça também já foi ressaltado o caráter diferenciado da atuação do Banco Central relativamente ao SCR, afastando-se, no julgamento de questões relacionadas especificamente à Autarquia, entendimentos aplicáveis a entidades mantenedoras de cadastros de proteção ao crédito ou de inadimplentes como SPC e Serasa.

13. O entendimento aplicado a essas entidades quanto à questão da comunicação prévia de registros é o de que esta cabe ao mantenedor do cadastro de proteção ao crédito, conforme já se encontra consagrado na súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça desde agosto de 2008, nos termos de seu enunciado 359, cujo conjunto de julgados em que se baseou – destaque-se! – não apresenta nem uma única decisão referente ao SCR. Assentaram-se nos precedentes dessa Corte Superior, ademais, entendimentos como o de que a “responsabilidade pela inclusão do nome do devedor no cadastro incumbe à entidade que o mantém” (AgRg nos EDcl no REsp 907.608/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso, 3ª T., DJe 5/11/2010) e de que haveria “[d]ireito do ofendido tanto junto ao credor como ao arquivista” em caso de manutenção indevida de registro no SPC após a quitação da dívida (AI 550.002/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, decisão monocrática, DJ 4/8/2004).

14. Em sentido bem diverso, todavia, já em abril de 2010, Vossa Excelência, à vista das diferenças destacadas no quadro comparativo anexo e da consciência do extraordinário custo público implicado na indevida imposição de um dever de comunicação de registros no SCR, deferiu pedido de suspensão de liminar (SLS nº 1.214/SP) justamente para afastar a imposição de que o Banco Central notificasse clientes de instituições financeiras sobre tais registros, nos termos da escorreita decisão cujo inteiro teor segue anexo.

15. Também em sentido francamente diverso daquele assentado em relação a entidades como SPC e Serasa, a colenda Primeira Seção dessa Corte Superior, no julgamento unânime do *Habeas Data* nº 160/DF (Rel. Min. Denise Arruda, DJe 22/9/2008), reconheceu como alheias ao Banco Central questões relacionadas a inclusões, atualizações ou exclusões do SCR, de exclusiva

responsabilidade das instituições financeiras.² Ao fazê-lo, é bem de ver, assentou implicitamente a inviabilidade lógico-jurídica de se considerar esta Autarquia obrigada a proceder à comunicação prévia de registros no SCR, já que não faria sentido exigir do Banco Central que comunicasse previamente um ato de responsabilidade exclusiva de terceiros (no caso, das instituições financeiras e congêneres). Afinal, como se poderia comunicar previamente uma ação de registro da qual só se tem conhecimento depois de sua efetivação?

16. E note-se que o julgamento desse HD nº 160/DF, com suas inequívocas implicações lógico-jurídicas, veio a lume também, assim como a decisão da SLS nº 1.214/SP, após o advento da Súmula 359 do STJ.³

17. Registre-se, ademais, que os provimentos liminares nos termos dos quais se pretendeu impor ao Banco Central a obrigação de promover a comunicação prévia de registros no SCR – suspensos pelas decisões proferidas nas mencionadas SLS nº 1.214/SP e SS nº 2002.01.00.044239-0/BA, no STJ e no TRF-1, respectivamente – advieram, em sede de cognição sumária, no contexto das Ações Civis Públicas nº 2006.61.00.003761-0/SP e nº 2002.33.00.028383-3/BA, cujas recentes sentenças, todavia, após o aprofundamento da cognição da causa, acabaram sendo, ambas, pela improcedência dos pedidos.

18. Presentes essas informações jurisprudenciais, indaga-se: por que o Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Juízos de primeiro grau, estes após o aprofundamento da cognição de ações civis públicas sob sua jurisdição, têm reiteradamente demarcado diferenças entre a atuação do Banco Central em relação ao SCR e a de entidades como SPC e Serasa no tocante aos cadastros que exploram economicamente? Por que, especificamente quanto a esta Autarquia, tem sido reconhecida a inexistência de um dever de comunicar previamente registros no SCR à luz da adequada interpretação do alcance normativo do § 2º do art. 43 do CDC?

2 “[...] 3. Ademais, ainda que superado tal óbice, como bem demonstrado nas informações apresentadas, ‘é incontestável a ilegitimidade do Presidente do Banco Central para figurar no pólo passivo da presente demanda no que pertine à inclusão, exclusão ou alteração de dados constantes na Central de Risco de Crédito’ (fl. 97). Isso, porque, consoante se observa no art. 2º, II, da Resolução 2.724 do Conselho Monetário Nacional, as informações constantes do referido banco de dados são de inteira responsabilidade das instituições financeiras, inclusive no que se refere a inclusões, atualizações ou exclusões do sistema.” (HD 160/DF, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Seção, j. 27/8/2008, DJe 22/9/2008).

3 A Súmula 359 foi publicada no DJe de 8/9/2008, tendo ocorrido o seu julgamento em 13/8/2008. Já o HD 160/DF foi julgado em 27/8/2008 e publicado no DJe em 22/9/2008.

19. A resposta detalhada a essas indagações consta no inteiro teor, anexo por cópia, de decisões mencionadas no presente memorial, bem como no igualmente anexo memorial veiculado na Petição PGBC-1794/2011. De modo sumário, a questão é que, diante das diferenças listadas no quadro comparativo também anexo, revela-se o fato de que o SCR simplesmente não constitui um cadastro de proteção ao crédito ou de inadimplentes como SPC e Serasa; não constitui um cadastro sobre consumidores, como delineado no *caput* do art. 43 do CDC, em relação ao qual a comunicação prévia desponte como algo necessário ao conhecimento do consumidor e ao exercício do seu direito de defesa em face de um juízo de valor que possa ser divulgado a seu respeito.

20. O SCR, muito diversamente, configura-se como um registro objetivo sobre operações de crédito, independentemente de estarem ou não vencidas, que não contém juízo de valor sobre clientes de instituições financeiras e cujas informações não podem ser divulgadas, sendo acessíveis apenas pelo Banco Central e pelos referidos consumidores – em relação às operações nas quais tomaram parte –, os quais podem, se e quando assim desejarem, apresentá-las a essa ou àquela instituição financeira da qual pretendam tomar empréstimo, mediante autorização específica⁴ para que consulte informações consolidadas do SCR sobre o montante de seus débitos e responsabilidades relacionados a operações de crédito no ambiente do sistema financeiro nacional.

21. Veja-se, pois, que, no caso de um cadastro de proteção ao crédito ou de inadimplentes, como SPC e Serasa, a divulgação do juízo de valor que contém sobre o consumidor, para quem estiver disposto a pagar pela informação, nasce com o registro mesmo do que informado por um fornecedor ao cadastro, no contexto de relação que só se “triangulariza” antes dessa divulgação se o consumidor for previamente comunicado de que o registro será levado a efeito.

22. No caso do SCR, bem diferentemente, suas informações não são objeto de nenhuma divulgação ao serem registradas no sistema, sendo acessíveis apenas pelo próprio cliente da instituição financeira e pelo Banco Central, para fins de subsidiar o desempenho das atribuições regulatórias, de supervisão e de política econômica e monetária da Autarquia. As informações do SCR só podem ser consultadas por alguém mais, e ainda assim de modo consolidado, se e quando o cliente, a seu

4 Arts. 2º, II, 7º, I, e 8º, I, da Resolução CMN nº 3.658, de 17 de dezembro de 2008, mantidos na mesma linha do disposto nos arts. 2º, I, e 3º da Resolução CMN nº 2.724, de 31 de maio de 2000, bem como nos arts. 2º e 3º da Resolução CMN nº 2.390, de 22 de maio de 1997.

critério, resolver autorizar especificamente uma instituição da qual pretenda tomar empréstimo a consultar o montante de seus débitos e responsabilidades constantes no sistema. Ocorre, porém, que, antes desse momento, o cliente já tem pleno acesso às informações registradas no SCR sobre suas operações de crédito, inclusive via *internet*, mediante credenciamento no Banco Central.

23. Vê-se, pois, que uma comunicação prévia de registros no SCR não tem o menor sentido. Afinal, o registro, em si, não implica divulgação de nenhuma informação a alguém que não o próprio cliente e o Banco Central. Só há “triangularização” se houver eventual apresentação de informações a essa ou àquela instituição financeira pelo próprio cliente, mediante autorização específica de sua parte, da qual, por óbvio, o cliente já é o primeiro a saber.

24. Em outros termos, no caso do SCR, o registro não implica divulgação e o que a implica – a autorização específica – é um ato do próprio cliente.

25. E veja-se que não altera em nada essa realidade o fato de a autorização específica do cliente estar associada, ou não, a contrato de adesão. Afinal, o fato de ser mais ou menos transigível o fornecimento da autorização em foco não elide o fato de o cliente saber se e quando a forneceu, nem tampouco o fato de ter pleno acesso aos registros do SCR antes de fazê-lo. Ademais, uma comunicação prévia não modificaria em nada o poder do cliente de transigir no contexto de um contrato de adesão, prestando-se apenas ao despropósito de “informá-lo” sobre algo de que, todavia, ele já foi o primeiro a saber no caso do SCR.

26. E se já não bastassem essas constatações, a revelar o completo despropósito de impor ao Banco Central uma obrigação de comunicar previamente os registros no SCR, tem-se ainda que o sistema configura-se como um registro objetivo de elementos patrimoniais (operações de crédito) – tal como o registro de imóveis ou o registro de veículos dos departamentos estaduais de trânsito (Detrans) – submetido a regime jurídico próprio e mantido em virtude de interesses públicos primários.

27. Recorde-se, afinal, que o patrimônio de um sujeito de direito é composto por ativo (bens e **direitos**), passivo (deveres e obrigações) e patrimônio líquido (diferença entre os dois primeiros), de modo que as operações de crédito (empréstimos concedidos pelas instituições financeiras e congêneres) registradas no SCR – independentemente de eventual situação de inadimplência, repita-se (!) – constituem dados patrimoniais objetivos (**direitos**

de crédito) acerca do ativo das mencionadas instituições, supervisionadas pelo Banco Central.

28. O sistema em foco, portanto, aproxima-se muito mais de algo como os registros de imóveis ou de veículos mantidos pelos Detrans, como mencionado, que de um cadastro de proteção ao crédito ou de inadimplentes. A única diferença entre algo como o SCR e registros de imóveis ou de veículos, em termos de registro patrimonial, é que, no caso do primeiro, o elemento patrimonial registrado, referente a operações de crédito, é de direito obrigacional, dizendo respeito necessariamente, portanto, a dois sujeitos, e integrando, assim, ante a necessária relação crédito/débito, o ativo de instituição financeira (seu crédito para com o cliente) e o passivo de seu cliente (seu débito para com a instituição), ao passo em que, no caso de registros de imóveis ou de veículos, o elemento patrimonial registrado é um bem, referindo-se, pois, a direito real, podendo dizer respeito a apenas um sujeito de direito e integrando o ativo do proprietário, ressalvadas informações igualmente registradas relativas a hipotecas, alienações fiduciárias em garantia etc., que também acabam por dar conta de relações obrigacionais com outros sujeitos de direito.

29. Vê-se, pois, que o SCR está para um registro de veículos do Detran assim como um cadastro de inadimplentes, no qual se registram maus pagadores, estaria para um registro de penalidades de trânsito vinculado a carteiras de motoristas, no qual se registram maus motoristas. Não há como confundir o registro de veículos com o registro de penalidades em carteiras de motoristas, assim como não há como confundir o SCR com cadastros de inadimplentes, como SPC e Serasa. Isso sem contar o fato de que, na primeira confrontação (registro de veículos X registro de penalidades de trânsito), diferenciam-se registros de uma mesma entidade de natureza pública, o Detran, ao passo em que, na segunda (SCR X cadastros de inadimplentes, como SPC e Serasa), tem-se uma diferenciação ainda mais irretorquível entre algo de natureza pública e algo de natureza privada.

30. Presente essa compreensão, desponta claro, por mais essa razão, o despropósito de considerar o Banco Central obrigado, a teor do disposto no § 2º do art. 43 do CDC, a comunicar previamente a clientes de instituições financeiras que dados objetivos sobre operações de crédito por eles mesmos realizadas serão registrados em sistema somente acessível pela Autarquia e por

eles próprios e, eventualmente, se e quando autorizarem expressamente, por essa ou aquela instituição integrante do sistema financeiro nacional – e, ainda assim, de modo restrito nesse último caso. Ora, uma tal obrigação simplesmente não faz sentido em se tratando de sistemas de registro patrimonial objetivo, como os de imóveis, veículos e operações financeiras (SCR). Afinal, o propósito do tipo de comunicação prévia de que se trata é ensejar ampla defesa. E não faz sentido defender-se de um registro patrimonial objetivo, mas tão somente de juízos de valor, como aquele que se anota em cadastros de proteção ao crédito, como SPC e Serasa, caracterizando alguém como inadimplente.

31. Registros de imóveis e de veículos não comunicam lançamentos que não de fazer àqueles a que se refiram tais registros, e nem faria sentido que o fizessem. Claro que pode haver equívocos nos lançamentos a serem efetuados, assim como é claro que tais equívocos podem repercutir na esfera de interesses das pessoas a cujo patrimônio digam respeito. Nem por isso tais lançamentos devem ser comunicados amiúde. O que há, tão só, é a possibilidade de que o interessado tenha acesso ao registro e, verificando eventuais equívocos, exija sua retificação ou mesmo reparação por parte da entidade responsável pelo equívoco registral. Sistemática diversa simplesmente inviabilizaria registros patrimoniais instituídos pelo Poder Público, como os de imóveis, de veículos e de operações financeiras (SCR), sem que a isso correspondesse nenhuma finalidade pública, muito menos uma que se pudesse comparar com aquelas que determinam a instituição desse tipo de registro.

32. A situação é bem diversa, já se vê, quando, por exemplo, se trata de registrar pontos referentes a penalidades de trânsito na carteira de motorista de alguém. Nesse tipo de caso, como se sabe, são exigidas notificações específicas, e faz todo sentido que o sejam, pois aí se está por registrar um juízo de valor negativo acerca de alguém, cuja possibilidade de defesa, então, se coloca como questão necessária. Esse é o caso, claro, também já se vê, dos registros a serem lançados em um cadastro de inadimplentes. O caso dos sistemas de registro patrimonial, todavia, é completamente diferente, como se tem destacado.

33. E o art. 43 do CDC foi claro nesse sentido ao restringir sua hipótese de incidência, *in verbis*, a “informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele”.⁵ o consumidor. É dizer:

5 Grifou-se.

as regras do dispositivo em questão reportam-se a cadastros, registros e dados sobre um sujeito de direito, que é o consumidor, não sobre objetos de direito, como imóveis, veículos ou financiamentos, ainda que sua aquisição possa ter decorrido de uma relação de consumo com construtora, montadora ou instituição bancária.

34. Por essa razão, o § 2º do mencionado art. 43 do CDC, conforme sedimentado na jurisprudência (*vide, e.g.*, EDcl no REsp 959.637/RS e REsp 703.588/SC), é aplicado a SPC e Serasa, que, como cadastros de proteção ao crédito ou de inadimplentes, contêm registros sobre o sujeito de direito consumidor, mas não aos registros de imóveis, de veículos ou ao SCR, como também pronunciado em precedentes jurisprudenciais (*e.g.*, SLS 1.214/SP, no STJ; AC262497/RN, no TRF-5; e ACP2002.33.00.028383-3, na 14ª VF de Salvador/BA), a despeito de que, como referido, imóveis, veículos ou financiamentos possam ter sido adquiridos por consumidores mediante relações de consumo travadas com construtoras, montadoras ou instituições bancárias.

35. Note-se que o registro da área de um imóvel ou de uma hipoteca, num cartório de imóveis, bem como anotações relacionadas à alienação fiduciária de automóvel, no registro de veículos do Detran, podem influir na decisão de um banco de conceder, ou não, essa ou aquela quantia a alguém a título de financiamento. E esses registros, eventualmente, podem inclusive conter equívocos. Nem por isso se cogita que Detrans ou cartórios de imóveis tenham de comunicar previamente esse tipo de registro. O que há, tão só, como já referido, é a possibilidade de que o interessado tenha acesso ao registro (o que, no caso do SCR, pode ser feito até mesmo pela *internet*, mediante credenciamento no Banco Central) e, verificando eventuais equívocos, exija sua retificação ou mesmo reparação por parte da entidade responsável pelo equívoco registral.

36. Entendimento diverso, afinal, impor-se-ia o absurdo de se ter de comunicar previamente todo e qualquer registro sobre o patrimônio de alguém (lançamentos em contas bancárias e holerites, por exemplo, além de hipotecas, alienações fiduciárias de veículos e operações de crédito).

II – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO BANCO CENTRAL

37. De todo modo, precedendo a questão da inexistência do dever de comunicação prévia dos registros no SCR, da forma como concebido no r. acórdão recorrido, desponta o fato de que, mesmo que esse dever existisse, ele não seria atribuível ao Banco Central, mas às instituições financeiras e congêneres, responsáveis, com exclusividade, por inclusões, atualizações ou exclusões do SCR, conforme disciplinado na legislação de regência e reconhecido à unanimidade pela Primeira Seção dessa egrégia Corte Superior no julgamento do *Habeas Data* nº 160/DF.

38. Isso porque seria lógico-juridicamente inviável exigir desta Autarquia que comunicasse previamente registros dos quais toma conhecimento após sua efetivação, dada a responsabilidade exclusiva das mencionadas instituições por sua realização, donde desponta inequívoca a ilegitimidade passiva do Banco Central relativamente a pretensões fundadas na ausência de notificação prévia de registros no SCR. Não por outra razão, aliás, o dever de comunicação prévia contemplado na legislação específica do SCR⁶ é atribuído expressamente às referidas instituições.

III – CONSEQUÊNCIAS DA IMPOSIÇÃO DE UM DEVER DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA DE REGISTROS NO SCR

39. Finalmente, sob a perspectiva teleológica, convém trazer à baila as conscienciosas considerações articuladas no julgamento da SLS nº 1.214/SP, no qual Vossa Excelência ressaltou os custos públicos da eventual imposição do dever de comunicação prévia de registros no SCR, destacando os gastos postais de centenas de milhares de reais por ano e as despesas administrativas para criação e manutenção da estrutura operacional necessária ao envio e ao controle do recebimento das comunicações, bem como o potencial comprometimento operacional do sistema.

⁶ Resolução CMN nº 3.658, de 2008, art. 8º, II.

40. E todo esse pesado ônus, se acolhidas as teses de direito encampadas no r. acórdão recorrido, recairia, em última análise, sobre o contribuinte, acarretando para toda a sociedade, sem propósito ou base jurídica para tanto, aumento significativo dos custos de sistema de informações essencial à manutenção da higidez do sistema financeiro, bem comum imprescindível ao “desenvolvimento equilibrado do País” e aos “interesses da coletividade” (art. 192 da Constituição Federal), cujas peculiaridades exigem o controle de exposição a risco viabilizado por ferramentas como o SCR, responsáveis, em grande medida, pelo desempenho diferenciado com que o Brasil enfrentou a crise mundial de 2008, tão mais aguda para tantos outros países.

IV – CONCLUSÃO

41. Essas são as considerações que o Banco Central oferece no intuito de colaborar para com o nobre mister jurisdicional a cargo de Vossa Excelência ante o recurso especial em apreço, a envolver a conformação de precedente que, transcendendo em muito os limites do caso concreto, condicionará os destinos da valiosa ferramenta em que se constitui o SCR para a garantia da higidez do sistema financeiro nacional.

Brasília, 26 de maio de 2011.

Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos
Coordenador-Geral

Luiz Ribeiro de Andrade
Subprocurador-Geral

DIFERENÇAS ESSENCIAIS ENTRE SCR E CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO OU DE INADIMPLENTES COMO SPC E SERASA

	Sistema de Informações de Créditos (SCR), anteriormente denominado Central de Risco de Crédito e designado pelas siglas CRC ou Ceris	Cadastros de proteção ao crédito ou de inadimplentes, como SPC e Serasa
Informação registrada	Dados objetivos sobre operações de crédito realizadas no âmbito do sistema financeiro, independentemente de se encontrarem em atraso ou não, o que implica notável volume de registros relacionados ao amplo universo dessas operações.	Devedores inadimplentes, conforme o que, nesse sentido, um credor venha a informar a seu respeito (juízo de valor), o que restringe o volume de registros ao conjunto minoritário dos inadimplentes.
Quem pode ter acesso	Somente o Banco Central e os clientes das instituições financeiras e congêneres (relativamente a suas operações específicas), sendo que estes, a seu critério, se e quando desejarem, podem apresentar suas informações a essa ou àquela instituição do gênero da qual pretendam obter empréstimo, mediante autorização específica para que ela consulte informações consolidadas do SCR sobre o montante de seus débitos e responsabilidades relacionados a operações de crédito no ambiente do sistema financeiro nacional. O registro no SCR em si, portanto, não implica nenhum tipo de divulgação, permitindo acesso apenas ao Banco Central e aos clientes das instituições financeiras e congêneres.	Quem se dispuser a pagar pelo acesso geral às informações registradas no cadastro e os devedores nele inscritos como inadimplentes.

<p>Sistemática registral</p>	<p>As instituições financeiras e congêneres são obrigadas a remeter as informações relativas às operações de crédito ao SCR na forma da legislação de regência.⁷ São essas instituições, ademais, que promovem as operações de inclusão, exclusão e retificações de registros no sistema, sob sua exclusiva responsabilidade, como estabelecido na referida legislação⁸ e ressaltado no julgamento do <i>Habeas Data</i> nº 160/DF pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça.</p>	<p>As empresas credoras interessadas, de acordo com seu interesse particular, são livres para remeter, ou não, informações sobre consumidores inadimplentes às entidades mantenedoras dos cadastros, “a quem compete, concretamente, proceder à negativação que lhe é solicitada pelo credor” (<i>vide</i> REsp 744.888/PB, DJ 11.9.2006).</p>
<p>Finalidade</p>	<p>O SCR tem por finalidade prover informações ao Banco Central para supervisão do risco de crédito a que estão expostas as instituições financeiras e congêneres e propiciar o intercâmbio de informações entre essas instituições sobre o montante de débitos e de responsabilidades de seus clientes em operações de crédito.</p>	<p>O Serasa e o SPC têm por finalidade fornecer a empresas, <u>mediante pagamento</u>, informações sobre consumidores inadimplentes.</p>
<p>Relação jurídica subjacente</p>	<p>A relação jurídica subjacente é de direito público, tendo por objeto o exercício, pelo Banco Central, do dever-poder de, na forma da legislação em vigor⁹ e das normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), estruturar o sistema financeiro de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, sob a égide do art. 192 da Constituição Federal.</p>	<p>A relação jurídica subjacente é de consumo, entre fornecedores, clientes e as empresas mantenedoras dos cadastros <u>sobre estes últimos</u>, empresas essas que “vendem” as informações a respeito dos consumidores a fornecedores que se disponham a pagar por elas.</p>
<p>Regime normativo</p>	<p>O regime normativo do SCR é especial, fundado em regras próprias. O SCR é regulado de forma específica por leis federais,¹⁰ notadamente leis complementares ou recepcionadas como tais pela Constituição de 1988.</p>	<p>Não há normas próprias que regulem o SPC e o Serasa especificamente.</p>

7 Hoje, a Resolução CMN nº 3.658, de 2008, expedida tendo em vista o disposto no arts. 3º, V e VI, e 4º, VI e VIII, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964; 7º da Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974; 1º, § 1º, XIII, e § 3º, I, da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001; e 103 da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971.

8 Conferir nesse sentido, em especial, o art. 9º da vigente Resolução CMN nº 3.658, de 2008, e o art. 2º, II, da Resolução CMN nº 2.724, de 2000.

9 Especialmente, na hipótese, a Lei nº 4.595, de 1964, recepcionada como lei complementar pela ordem constitucional de 1988, no particular, e a Lei Complementar nº 105, de 2001.

10 *Vide* nota de rodapé 3.

	<p>Diversas decisões têm reconhecido o caráter diferenciado da atuação do Banco Central relativamente ao SCR, afastando a aplicação do CDC às questões relacionadas especificamente à Autarquia, notadamente no que se refere à comunicação prévia de registros.</p>	<p>A jurisprudência é pacífica no sentido de atribuir ao mantenedor de cadastro de proteção ao crédito ou de inadimplentes a obrigação de notificar o devedor antes de proceder à inscrição, realizando a comunicação prévia prevista no art. 43, § 2º, do CDC, conforme consagrado na Súmula 359 do STJ, cujo conjunto de julgados em que se baseou – destaque-se – não apresenta nem uma única decisão referente ao SCR.</p>
--	--	--

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 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 10 a 20 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 – 3 cm; inferior – 2 cm; esquerda – 3 cm; direita – 2 cm
 - b) TAMANHO: 210 x 297 mm (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 6 cm 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 4 a 6 palavras, representativas do conteúdo do trabalho, separadas entre si por ponto. As palavras-chave em português devem figurar um espaço duplo depois do resumo. As palavras-chave em inglês (*keywords*) apresentam-se um espaço duplo depois do *abstract*.
10. **TEXTO** – 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 1,5 cm 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 1,5 cm 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 4 cm 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, p. 199-224, dez. 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

