

# Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Volume 4 – Número 1  
Junho 2010





**BANCO CENTRAL DO BRASIL**

**Revista da Procuradoria-Geral  
do Banco Central**

Volume 4 • Número 1 • Junho 2010

**Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**  
**Volume 4 • Número 1 • Junho 2010**

© 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**

Fabiano Jantalia (Iesb e IDP, DF)

**Editor-Adjunto da Revista da PGBC**

Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar

**Conselho Editorial da Revista da PGBC**

Marusa Vasconcelos Freire, Presidente (Banco Central, DF)

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer, Vice-presidente (Banco Central, DF)

Lademir Gomes da Rocha (Banco Central, RS)

Marcus Vinícius Saraiva Matos (Banco Central, DF)

Tânia Nigri (Banco Central, SP)

Vincenzo Demetrio Florenzano (PUC, MG)

---

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 revisão redacional, sem alterações de sentido e de conteúdo.

---

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, 2010.

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

# Procuradoria-Geral do Banco Central

## **Procurador-Geral**

Francisco José de Siqueira

### **Consultor Jurídico**

João Correia de Magalhães

### **Consultor Jurídico**

Marcus Vinícius Saraiva Matos

## **Subprocuradora-Geral titular da Chefia de Gabinete do Procurador-Geral**

Marusa Vasconcelos Freire

### **Coordenadora-Geral do Centro de Estudos Jurídicos**

Adriana Teixeira de Toledo

### **Gerente da Gerência de Registros Jurídicos e Controles Financeiros**

Marcos Furtado Guimarães

## **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 de Oliveira

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

Luiz Ribeiro de Andrade

### **Coordenador-Geral da Coordenação-Geral de Processos da Dívida Ativa e Execução Fiscal**

Roberto Hidemitsu Yamashiro

### **Coordenador-Geral da Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes**

Flávio José Roman

## **Subprocurador-Geral titular da Câmara de Contencioso Administrativo e Consultoria Penal**

Haroldo Mavignier Guedes Alcoforado

### **Coordenador-Geral da Coordenação-Geral de Processos Administrativos Contenciosos**

Nelson Alves de Aguiar Junior

### **Coordenador-Geral da Coordenação-Geral de Processos de Consultoria Penal**

Cassiomar Garcia Silva

**Subprocurador-Geral titular da Câmara Especial de Consultoria Monetária e Internacional**  
Cristiano de Oliveira Lopes Cozer

**Coordenadora-Geral da Coordenação-Geral de Processos de Consultoria Monetária e Internacional**  
Juliana Bortolini Bolzani

**Procurador-Regional da Procuradoria-Regional do Banco Central no Distrito Federal**  
José Maria dos Anjos

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

**Procurador-Regional da Procuradoria-Regional do Banco Central em São Paulo**  
José Osório Lourenção

**Procuradora-Regional da Procuradoria-Regional do Banco Central no Rio Grande do Sul**  
Lademir Gomes da Rocha

**Procurador-Regional da Procuradoria-Regional do Banco Central em Pernambuco**  
Wagner Tenório Fontes

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

**Procurador-Chefe da Procuradoria do Banco Central no Estado do Ceará**  
Jáder Amaral Brillhante

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

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

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

# Sumário

## Editorial

Apresentação	
<i>Ailton César dos Santos</i> _____	9
Nota da Edição	
<i>Alexandre Magno F. M. Aguiar</i> _____	11

## Artigos

A Gestão por Projetos e o Princípio da Eficiência na Administração Pública	
<i>Jamacy José da Silva Junior</i> _____	15
A Concretização do Princípio da Moralidade Administrativa à Luz do Utilitarismo	
<i>César Cardoso</i> _____	61
A Responsabilidade Subsidiária do Ente Público na Terceirização de Serviços	
<i>Selma Oliveira Silva dos Santos</i> _____	97
A Arbitragem e sua Aplicabilidade aos Direitos Individuais do Trabalho na Visão do Tribunal Superior do Trabalho	
<i>Valdinei Tomiatto</i> _____	113

Utilização do Sistema Bacen Jud para Construção de Contas Bancárias:  
análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.091/DF  
*Conceição Maria Leite Campos Silva* \_\_\_\_\_ 137

A Multa Administrativa como Instrumento de Regulação Econômica e o  
Princípio da Retroatividade da Norma Punitiva Benéfica – Estudo de caso:  
multa de importação  
*Viviane Neves Caetano* \_\_\_\_\_ 167

O Supremo Tribunal Federal, os Planos Econômicos de Estabilização e a  
Construção da Moldura Jurídica do Poder Monetário  
*Camila Villard Duran* \_\_\_\_\_ 195

Rumo a uma Teorização Jurídica da Inovação Financeira: os negócios  
bancários indiretos  
*Bruno Meyerhof Salama* \_\_\_\_\_ 225

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

Parecer PGBC-350/2004  
Considerações críticas sobre a Súmula 331 do Tribunal Superior do  
Trabalho, que responsabiliza subsidiariamente a Administração Pública por  
obrigações trabalhistas das empresas prestadoras de serviços contratadas  
pelo ente público.  
*Frederico Bernardes Vasconcelos e Luiz Ribeiro de Andrade* \_\_\_\_\_ 247

Report PGBC-143/2010  
Informa a respeito da aplicabilidade das normas do Banco Central do Brasil  
em uma crise financeira, especialmente as relacionadas à sua capacidade  
de emprestador de última instância e de seus deveres de reorganização e  
liquidação de instituições financeiras com problemas de solvência.  
*Cristiano de Oliveira Lopes Cozer* \_\_\_\_\_ 259

Parecer PGBC-125/2010

Análise do efeito que se deve dar ao recurso administrativo interposto contra as decisões do Banco Central do Brasil proferidas por violação à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.

*Marcelo Madureira Prates, Nelson Alves de Aguiar Junior e  
Haroldo Mavignier Guedes Alcoforado* \_\_\_\_\_ 279

Petição PGBC-2222/2010

Manifestação do Banco Central como *amicus curiae* na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 165-0/DF, relativa à constitucionalidade dos planos econômicos adotados entre 1986 e 1991 – Planos Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e Collor II.

*Flávio José Roman e Francisco José de Siqueira* \_\_\_\_\_ 289

Petição PGBC-2674/2010

Pedido de suspensão da execução de medida liminar concessiva de antecipação de tutela em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Banco Central do Brasil com o objetivo de obrigar a autarquia a informar previamente o consumidor, por meio de carta registrada com aviso de recebimento, da inclusão de quaisquer informações a seu respeito na Central de Risco de Crédito (CRC).

*Fernando Sakayo de Oliveira e Flávio José Roman* \_\_\_\_\_ 313

**Normas de submissão de trabalhos à Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central** \_\_\_\_\_ 339



## Apresentação

A importância do nascimento de uma coletânea de ideias deve-se, em grande parte, ao próprio nascedouro. Raro encontrar tão díspares assuntos agrupados em único volume que se pretende seja a voz de um órgão jurídico da advocacia pública. A conjugação desses fatores resulta na edição de revista especializada da Procuradoria-Geral do Banco Central. E os assuntos são díspares porque são inúmeras as possibilidades de exercício da advocacia – no seu significado mais abrangente – no componente jurídico da autoridade monetária.

E sempre foi assim. Do Departamento Jurídico (Dejur) da antiga Superintendência da Moeda e do Crédito (Sumoc), embrião do que seria com o advento da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, o Banco Central (da República) do Brasil, até a moderna Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC), muito tempo se passou e também por aqui passaram os mais diversos, intrigantes e desafiadores assuntos, como, aliás, pude testemunhar com vivo interesse nos últimos 35 anos.

Nascido sob o signo da exceção dos direitos constitucionais, o Banco Central sempre se manteve na vanguarda do serviço público federal. Ainda naqueles tempos, em que o silêncio era ouro. A repercussão dos fatos políticos de então se fazia notar no Departamento Jurídico do Banco Central, embora por algumas vezes sob a óptica da omissão. Não a omissão voluntária dos então advogados, não. Mas quando houvesse o risco de que o Direito poderia se sobrepor à vontade ou necessidade políticas, decidia-se sem a participação do aconselhamento jurídico. Pois já se sabia de antemão que o órgão jurídico do Banco Central faria a defesa intransigente do primado da lei.

Com o Estado Democrático de Direito restaurado, trazido pelos ventos de outubro de 1988, nova realidade se fez presente no país e, por meio reflexo, nas suas instituições. O Banco Central à frente. Inclusive como defensor das inúmeras

tentativas de estabilização econômica, traduzidas por planos bem intencionados, mas nem sempre bem sucedidos na seara judicial. Coube à autarquia cerrar fileiras na defesa desses planos, à custa de abnegação e raro dever profissional de seus quadros.

Acerca-se agora a completude do ciclo da maturidade. Sinal mais evidente dessa constatação é a publicação perene da **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, foro de lançamento de ideias que serão discutidas, analisadas e aproveitadas na solução das demandas crescentes acometidas ao Banco Central, mantendo-se o alto grau de excelência da consultoria jurídica prestada e a defesa incansável dos interesses do Banco Central em Juízo. E deve mesmo ser assim. A democrática profusão de ideias, todas de alguma forma relacionadas à atividade do Banco Central, só pode significar o progresso intelectual daqueles que lidam com o Direito, com a abertura de novos horizontes rumo ao futuro.

Eis aí o significado deste e dos demais números da **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**: lançar para o futuro a ideia como fonte de inspiração para o surgimento de novas ideias, em ciclo virtuoso e infinito – oxalá – do exercício do saber.

Ailton César dos Santos

Subprocurador-Geral da Câmara de Consultoria Bancária  
e Regulação Geral (CC1PG) do Banco Central do Brasil.

## Nota da Edição

A Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil (PGBC) sempre foi um centro produtor de vasto conhecimento jurídico, tendo atuado nos processos mais decisivos das últimas décadas da história brasileira. Infelizmente, toda essa informação raramente era compartilhada com a comunidade jurídica.

A **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central** surgiu exatamente para suprir essa lacuna, tendo como objetivo disseminar a cultura jurídica produzida internamente. Este número da publicação conta com cinco excepcionais artigos escritos por procuradores do Banco Central, além de quatro pronunciamentos da própria PGBC, que representam a excelência do trabalho aqui produzido.

Há, também, outro objetivo fundamental da revista: valorizar a produção jurídica referente a temas de interesse da PGBC, onde quer que seja produzida. Nesse sentido, são apresentados três artigos de relevo que tratam, juridicamente, de temas econômicos, financeiros e trabalhistas.

A seção de artigos é aberta pelo brilhante trabalho do procurador Jamacy José da Silva, que traça um panorama do princípio da eficiência, de aplicação ainda problemática na Administração Pública, fazendo uma conexão com a Gestão de Projetos e, mais ainda, com sua aplicação na PGBC. Demonstra, na prática, como a Gestão por Projetos pode representar um ótimo instrumento de concretização do princípio da eficiência.

Ainda com abordagem principiológica e inovadora, o procurador César Cardoso contribui para a exata compreensão do conhecidíssimo princípio da moralidade, que, apesar de muito citado na doutrina e na jurisprudência, tem um significado por demais aberto, o que deixa, muitas vezes, sua concretização submetida aos caprichos e visões pessoais do operador jurídico. A novidade da abordagem é a aplicação da filosofia utilitarista, segundo a qual a atitude correta é aquela que busca a maior felicidade para o maior número de pessoas.

Já a advogada Selma Oliveira Silva dos Santos analisa uma das questões mais controversas da Administração Pública, qual seja, a responsabilidade subsidiária da entidade pública por débitos trabalhistas de terceirizados. A Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) é detidamente questionada, com especial ênfase em seu confronto com o art. 61 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que exclui qualquer responsabilidade do ente público por dívidas do contratado.

A análise crítica de atuais questões trabalhistas mantém-se com o artigo do procurador Valdinei Tomiatto, que discorre sobre a arbitragem e sua utilização no Direito Individual do Trabalho. Como no artigo anterior, a adequação constitucional do instituto (no caso, a arbitragem) é detidamente analisada e confirmada. Também são comentadas decisões do TST a respeito do assunto, sendo concluída a perfeita viabilidade da aplicação da arbitragem aos conflitos individuais do trabalho.

A procuradora Conceição Maria Leite Campos Silva analisa uma das questões que mais geraram controvérsia na atuação do Banco Central: a utilização do sistema Bacen Jud para a constrição judicial de contas bancárias. Esse sistema elimina a necessidade de o juiz enviar documentos (ofícios e requisições) na forma de papel para o Banco Central, toda vez que necessita afastar sigilo bancário ou ordenar bloqueio de contas-correntes de devedores em processo de execução, para posterior penhora. Também é analisada a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.091/DF, que arguiu a inconstitucionalidade desse sistema.

A procuradora Viviane Neves Caetano também dá sua contribuição em um ponto dos mais polêmicos na doutrina e na jurisprudência: a aplicação do princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica ao Direito Administrativo Sancionador. Essa questão é analisada tendo como referência diversas normas administrativas que, em determinadas épocas, impunham pesadas multas a importadores. Com base nesses elementos, verifica de forma inovadora o caráter de ultra-atividade que necessariamente envolve as normas cambiais.

Na seara econômica, Camila Villard Duran, doutoranda na Universidade de São Paulo, analisa decisões relevantes do Supremo Tribunal Federal relativas aos planos econômicos de estabilização (do Plano Cruzado ao Plano Real) e traça as linhas argumentativas utilizadas nessas decisões. Ao final, o artigo traz o conceito de lei monetária e os contornos da moldura jurídica do poder monetário, tal como formulado pelo Supremo em suas decisões sobre planos econômicos.

Fechando a seção de artigos, Bruno Meyerhof Salama, professor da Fundação Getúlio Vargas, investiga, de forma interdisciplinar, as inovações financeiras, especialmente os contratos indiretos, e o modo como o Direito tratou desse fenômeno no decorrer do tempo. De forma crítica, verifica a crescente administrativização do Direito Bancário e a consequente perda de espaço jurídico para as inovações financeiras.

A seção seguinte, relativa aos pronunciamentos da PGBC, traz uma peculiaridade digna de nota: o Parecer 350, que, apesar de ter sido escrito em 2004, mostra-se absolutamente atual. A razão dessa atualidade é o tratamento inovador dado à polêmica acerca da existência de responsabilidade subsidiária de entidades públicas em razão de contratos de terceirização de mão de obra. A demonstração cabal da inexistência dessa responsabilidade, realizada no referido parecer, serviu de base para a gradual mudança de orientação da jurisprudência no sentido orientado por ele.

Esta edição da revista ainda conta com as seguintes manifestações jurídicas da PGBC: um relatório sobre a atuação da autarquia no combate à crise financeira; um parecer sobre o efeito que deve ser dado aos recursos contra as decisões do Banco Central do Brasil proferidas por violação à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998; e duas petições: a primeira, a manifestação do Banco Central como *amicus curiae* na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165-0/DF, relativa à constitucionalidade dos planos econômicos adotados entre 1986 e 1991; a segunda, uma ação civil pública ajuizada com o objetivo de obrigar a autarquia a informar previamente o consumidor da inclusão de quaisquer informações a seu respeito na Central de Risco de Crédito (CRC).

Brasília, 30 de junho de 2010.

**Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar**

Editor-adjunto da Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central.

Coordenador-substituto do Centro de Estudos Jurídicos.

# A Gestão por Projetos e o Princípio da Eficiência na Administração Pública

Jamacy José da Silva Junior\*

*1 Introdução. 2 O princípio constitucional da eficiência da Administração Pública: 2.1 Evolução das formas de organização do aparelho estatal; 2.2 O princípio da eficiência antes de sua constitucionalização; 2.3 Conceito; 2.4 Eficiência privada e eficiência pública; 2.5 Eficiência econômica e eficiência jurídica; 2.6 Eficiência, eficácia e efetividade. 3 Gestão por Projetos: 3.1 O Project Management Institute e a International Project Management Association; 3.2 O que é projeto; 3.3 O que é Gerenciamento de Projeto?; 3.4 O Gerenciamento de Projetos no Banco Central. 4 Gestão por Projetos como instrumento de concretização do princípio da eficiência na Administração Pública: 4.1 A Gestão por Projetos e o planejamento estratégico; 4.2 A Gestão por Projetos e a eficiência. 5 A experiência da Procuradoria-Geral do Banco Central com o Gerenciamento de Projetos (Projeto Recuperação de Créditos). 6 Conclusão.*

## Resumo

Analisa os conceitos de eficiência, eficácia e efetividade, próprios das áreas de Administração e Economia, e sua migração para a área do Direito. Além disso, busca apresentar que, ao contrário do que se pensa sobre os instrumentos de gestão corporativa, a Gestão por Projetos é uma ferramenta que, sem flexibilizar os controles aos quais está submetida, pode otimizar os resultados das ações públicas, em tempos de escassez de recursos humanos e materiais. Ademais, será

---

\* Procurador do Banco Central no estado do Ceará. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro.

estudada a Gestão por Projetos e sua implantação na Procuradoria-Geral do Banco Central, para evidenciar como esse instrumento de gestão pública corporativa, atrelado ao planejamento estratégico, pode representar um eficaz instrumento de concretização do princípio da eficiência na Administração Pública.

**Palavras-chave:** Planejamento estratégico. Gestão por Projetos. Princípio da eficiência.

### *Abstract*

*The purpose of this study is to analyze the concepts of efficiency, efficacy and effectiveness, particular to the areas of Administration and Economy, and also their transposition to the area of Law. Moreover, the work seeks to present that, contrary to what one thinks about the instruments of corporate management, the Management of Projects is a tool that, without relaxing the controls to which it is submitted, can optimize the results of public actions in times of scarce human and material resources. Furthermore, it will also be the subject of study the Management of Projects and its implementation in Central Bank's Attorney General Sector. Its aim is to evidence how these instruments of corporate public management can be an efficient tool of implementing the principle of efficiency in the Public Administration.*

**Keywords:** *Corporate public management. Management of projects. The principle of efficiency.*

## 1 Introdução

Após a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, a eficiência foi erigida à condição de princípio constitucional da Administração Pública. A inserção do referido princípio na Constituição Federal de 1988 representa um dos grandes pontos da reforma administrativa introduzida pela mencionada emenda constitucional, que buscou implantar o modelo gerencial na Administração Pública brasileira, em substituição ao modelo burocrático, outrora adotado.

Esse novo modelo de gestão pública em implantação no país está calcado em três grandes pilares, quais sejam: *i*) a constitucionalização do princípio da eficiência; *ii*) a flexibilização dos procedimentos; e *iii*) a utilização de instrumentos de gestão da iniciativa privada.

Ocorre que, em que pese o gerencialismo ter sido objeto de vários livros e artigos, não há estudos que abordem e avaliem os resultados de sua implementação no bojo da Administração Pública.

Com vistas a contribuir com subsídios para fomentar as discussões sobre o tema, o presente trabalho tem como objetivo apresentar um estudo sobre os resultados práticos da implantação no setor público de uma ferramenta de gestão típica da iniciativa privada, que é o Gerenciamento de Projetos.

Além disso, o trabalho busca evidenciar que, ao contrário do que se pensa sobre os instrumentos de gestão corporativa (exemplo: contratos de gestão), a Gestão por Projetos é uma ferramenta que, sem flexibilizar os controles aos quais está submetida, pode otimizar os resultados das ações públicas, em tempos de escassez de recursos humanos e materiais.

Essa constatação acaba por responder outra questão central que este trabalho se propôs a elucidar, que é o impacto da Gestão por Projetos sobre a eficiência da Administração Pública.

Ademais, o assunto é novo no cenário nacional e apresenta interesse para todas as esferas de poder. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como órgão de controle da atuação administrativa e financeira dos tribunais, entre outras competências, assumiu a responsabilidade de coordenar o planejamento e a gestão estratégica do Poder Judiciário, publicando a Resolução nº 70, de 18 de março de 2009, que dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário.

Como decorrência da edição desse ato normativo, foi criado, no âmbito do CNJ, o Departamento de Gestão Estratégica, que tem por missão prestar assessoramento técnico ao órgão nas atividades relacionadas à gestão de projetos, ao planejamento, à organização e normatização de suas atividades, bem como elaborar o Relatório de Gestão e Prestação de Contas, na forma do art. 56 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000).

A própria Advocacia-Geral da União (AGU) tem empreendido algumas iniciativas no sentido de aprimorar sua gestão e melhorar os resultados



organizacionais. Entre as iniciativas mais recentes está a criação do Núcleo de Gestão Estratégica (Nuge), órgão instituído por meio do Ato Regimental nº 03/2009, para coordenar o processo de elaboração do planejamento estratégico e a implantação da gestão estratégica na AGU e na Procuradoria-Geral Federal (PGF).

Ocorre que não é apenas com a edição de atos normativos que se dá a inserção do princípio da eficiência e das novas práticas gerenciais na prática da Administração Pública. Essa implantação demanda uma drástica mudança cultural, dificultada pela carente formação gerencial de seus quadros.

Portanto, a presente pesquisa também se justifica para atender a essa necessidade de sensibilização dos membros das carreiras da AGU sobre os novos temas que desbordam do conhecimento obtido nos bancos da cátedra jurídica.

Esclarecidos os objetivos e as justificativas para realização da pesquisa, o presente trabalho está estruturado em fundamentação teórico-empírica e no estudo e análise de caso específico (experiência da Procuradoria-Geral do Banco Central com a Gestão por Projetos), que busca analisar os conceitos de eficiência, eficácia e efetividade, próprios das áreas de Administração e Economia, e sua migração para a área do Direito.

Na seção inicial é apresentada uma evolução das formas de organização do aparelho estatal, evidenciando-se que muitas das críticas dirigidas ao modelo burocrático decorrem da deturpação do sistema burocrático e a criação de um “estamento burocrático”. Essa deturpação propiciou o solo fértil para o surgimento de um preconceito em relação ao próprio modelo, que acabou por trazer à tona o modelo gerencial.

Evidencia-se, ainda, que o reformismo que surgiu com o modelo gerencial buscava promover o aumento da qualidade e da eficiência dos serviços oferecidos pelo Poder Público aos seus clientes: os cidadãos.

Diante da importância assumida pela eficiência no âmbito do novo modelo gerencial, além de feita uma análise da legislação e da doutrina sobre o tema, é apresentada distinção dos conceitos de eficácia, efetividade e eficiência, nas esferas pública e privada, e nas áreas econômica e jurídica.

Na seção seguinte, é feito estudo sobre os conceitos básicos do Gerenciamento de Projetos e sobre a história dos projetos no âmbito do Banco Central.

Busca-se, ainda, demonstrar como a noção de projetos está intrinsecamente ligada à eficiência do setor público, permitindo a análise crítica do andamento

e dos objetivos anteriormente estabelecidos pela administração estratégica da organização.

Na seção final, a teoria converge para prática e são apresentados os resultados obtidos pela Procuradoria-Geral do Banco Central com a execução do Projeto Recuperação de Créditos, que é um exemplo concreto de aumento da eficiência pelo uso do Gerenciamento de Projetos pela Administração Pública.

## **2 O princípio constitucional da eficiência da Administração Pública**

### **2.1 Evolução das formas de organização do aparelho estatal**

A evolução da forma de organização do aparelho estatal em nosso país passou por três modelos diferentes: a administração patrimonialista, a administração burocrática e a administração gerencial. Essas modalidades surgiram sucessivamente ao longo do tempo, não significando, porém, que alguma delas tenha sido definitivamente abandonada.

O próprio Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado observa que a transição do modelo burocrático para o modelo gerencial não representaria uma ruptura total com os princípios já instalados:

Isto não significa, entretanto, que negue todos os seus princípios. Pelo contrário, a Administração Pública gerencial está apoiada na anterior, da qual conserva, embora flexibilizando, alguns dos seus princípios fundamentais, como a admissão segundo rígidos critérios de mérito, a existência de um sistema estruturado e universal de remuneração, as carreiras, a avaliação constante de desempenho, o treinamento sistemático. A diferença fundamental está na forma de controle, que deixa de basear-se nos processos para concentrar-se nos resultados, e não na rigorosa profissionalização da Administração Pública, que continua um princípio fundamental. (BRASIL, 1995, p. 8).

Segundo Alvacir Correa dos Santos (2003, p. 165), na Administração Pública patrimonialista, própria dos Estados absolutistas europeus do século XVIII, o

aparelho do Estado era a extensão do próprio poder do governante e os seus funcionários são considerados como membros da nobreza. O patrimônio do Estado confunde-se com o patrimônio do soberano e os “cargos públicos são considerados prebendas.”

Como bem observa Norbert Elias (1993, p. 134), no modelo patrimonialista, os representantes mais importantes do Estado poderiam ser expressos como “uma mistura peculiar de *rentier* e servidor”. Os postos-chave no Estado eram comprados “como propriedade pessoal”, sendo objeto, inclusive, de sucessão hereditária.

Ainda segundo Elias (1993, p. 142), com a Revolução Francesa e a decorrente mudança de controle do poder do Estado, essa mentalidade começou a ser revista. O Estado passou de personalista a coordenador e regulador das diversas funções diferenciadas. Com essa mudança, passou-se a contestar a legitimidade dos privilégios dos funcionários públicos como fato inerente ao exercício do cargo.

Portanto, observa-se que a Administração Pública burocrática surge para combater a corrupção e o nepotismo inerentes ao modelo patrimonialista. Além de representar uma reação ao centralismo absolutista e ao modelo patrimonialista de Estado, o modelo burocrático e sua formalização organizacional mostraram-se imprescindíveis para o desempenho da crescente gama de funções estatais que surgiram com o novo regime.

Para Max Weber (1994, p. 141), principal idealizador do sistema burocrático, o Direito deveria ser estabelecido racionalmente dentro de um território a partir de um conjunto de regras abstratas. Essas ordens passam a ser impessoais e quem a elas obedece o faz como membro da “associação”. Portanto, só existiria obrigação dentro da competência objetiva, racionalmente limitada.

Segundo Alvacir Correa dos Santos (2003, p. 165), constituem princípios orientadores da Administração Pública burocrática:

- a) profissionalização;
- b) a ideia de carreira;
- c) hierarquia funcional;
- d) impessoalidade;
- e) formalismo.

Ainda segundo Santos (2003, p. 166):

Tais princípios podem ser sintetizados no chamado poder racional legal. Nesse tipo de administração, foi instituído o controle administrativo *a priori*, ou seja, para evitar a corrupção e o nepotismo, inicia-se o controle, partindo-se da desconfiança nos administradores públicos e nos cidadãos que a eles dirigem demandas. Daí a razão pela qual se buscam controles rígidos dos processos, como por exemplo, na admissão de pessoal, nas compras e no atendimento a demandas.

Ocorre que, na busca de garantia da impessoalidade e da moralidade, o sistema burocrático estabeleceu uma série de normas e regulamentos que tinham a pretensão de regular todas as atividades desenvolvidas pela Administração Pública.

Como frisou Onofre Alves Batista Junior (2004, p. 70):

Entretanto, o modelo burocrático assim estruturado revelou, no mundo atual, uma série de disfunções, tais como o excesso de formalismo; a sacralização das regras e procedimentos, perdendo-se até, por parte dos agentes, a capacidade de compreender o seu significado e finalidade; a exibição de sinais de autoridade; dificuldades de atendimento das necessidades da coletividade; despersonalização do relacionamento; a ausência de comunicação com o exterior, afastando a participação dos administrados e a escolha de informações; a multiplicação de escalões burocráticos; etc.

Portanto, embora a administração burocrática tenha tido o grande mérito de ser efetiva no controle dos abusos do modelo patrimonialista, acabou por transformar o controle em um verdadeiro fim do Estado, e não um simples meio para atingir seus objetivos.

Com isso, a máquina administrativa voltou-se para si mesma, perdendo a noção de sua missão básica, que é servir à sociedade.

Além dessas mazelas, conforme assevera Batista (2004, p. 71), pôde-se observar o surgimento de uma burocracia apegada à rotina e aos procedimentos enrijecidos e, conseqüentemente, rarefeita às mudanças e inovações.

Sobre os problemas do sistema burocrático, Raymundo Faoro (2000, p. 372) chama a atenção para o fato de que não se deve confundir “o estado patológico

com o estado natural, em situações de labilidade que, apesar de aproximações empíricas, mantém a distância dos tipos ideais”.

Nesse sentido, Gabardo (2002, p. 35) lembra que a literatura que trata dos problemas do modelo burocrático reputa os vícios do “estamento burocrático” ao “modelo burocrático”.

Essa distinção é bem percebida por Faoro (2000, p. 368):

Há a burocracia, expressão formal do domínio racional, própria ao Estado e à empresa modernos, e o estamento burocrático, que nasce do patrimonialismo e se perpetua noutro tipo social, capaz de absorver e adotar as técnicas deste, como meras técnicas. Daí seu caráter não transitório. Na conversão do adjetivo em substantivo se trocam as realidades, num jogo de palavras fértil em equívocos.

Essa diferenciação é imprescindível para que se reconheça o fato de que muitas das críticas dirigidas ao sistema burocrático são, na sua maioria, dirigidas à forma deturpada do sistema.

Nesse sentido, Gabardo (2002, p. 35) afirma que

A automatização do modelo é que provoca a sua deturpação, seja em decorrência da permanência do clientelismo, do fisiologismo e do nepotismo, seja do próprio excesso de formalismo, que, por óbvio, provoca prejuízo na perspectiva material, inclusive do ponto de vista político-democrático. É ingênuo acreditar que o modelo gerencial vai acabar com os primeiros problemas, bem como que a melhor solução para o excesso de formalismo é a sua negação, através do liberalismo administrativo.

Pelo que depreende da leitura dessas últimas observações, pode-se concluir que, na verdade, os problemas dos sistemas administrativos estão vinculados à precariedade dos seus instrumentos legitimatórios, que muito facilmente transformam-se em mitos.

A deturpação do sistema burocrático e a criação de um “estamento burocrático” proporcionaram o solo fértil para o surgimento de um preconceito em relação ao próprio modelo.

Ainda segundo Gabardo (2002, p. 44), esse preconceito transformou-se em resistência, que evoluiu para a crítica e culminou com a mera negação do sistema

burocrático. Como decorrência dessa evolução distorcida da realidade, ao invés da adoção de medidas corretivas das distorções, tornou-se corrente “a busca por desburocratização”.

Nesse sentido, Wagner Carvalho (1997, p. 24) afirma que, como decorrência dessa busca pela desburocratização, surgiram três movimentos de reação contra o sistema burocrático: a escola da *Public Choice*, a teoria do principal-agente e o gerencialismo.

Segundo Carvalho (1997, p. 25), a escola da *Public Choice* caracterizava-se por preconizar os seguintes tópicos:

1. incremento nos incentivos econômicos ou de mercado para a gerência do setor público;
2. constatação do egoísmo dos indivíduos que agem racionalmente em direção ao próprio interesse;
3. visão ativa dos agentes públicos, que lutam para ampliar seu círculo de poder a fim de se manterem nos cargos;
4. visão egoísta também dos agentes políticos, que somente buscam a maximização de seus próprios interesses;
5. obtenção da satisfação geral, através do jogo de maximização de interesses, no qual da inter-relação de egoísmos, o resultado final é o bem comum.

Já a teoria do principal-agente é definida por Cecília Vescovi de Aragão (1997, p. 116) nos seguintes termos:

Com efeito, o paradigma agente x principal desloca a discussão da polarização estado x mercado para o conjunto de incentivos com os quais os agentes se deparam. A relação agente x principal (governo – cidadãos) se dá por meio da regulação e os cidadãos podem controlar o governo via mecanismos de *accountability*, que significa fazer o governo responsável por suas ações. Assim, se o insulamento pode dar base a comportamentos oportunistas, o que os evita é o controle social, que faz com que se aja no sentido do principal.

No Brasil, optou-se pelo modelo gerencial, cuja base conceitual é permeada por traços da escola da *Public Choice* e da teoria do agente-principal.

Segundo Aragão (1997, p. 116), esse modelo gerencial teria as seguintes características:

- a) orientação para clientes e resultados;
- b) flexibilidade;
- c) competitividade administrada;
- d) descentralização;
- e) atuação do Estado e não sua ausência completa;
- f) adoção de técnicas de administração privada com vistas à promoção de maior eficiência ao sistema;
- g) estruturas horizontalizadas;
- h) instituição das agências reguladoras independentes;
- i) relações administrativas firmadas por contrato de gestão.

Já Luiz Carlos Bresser Pereira (2000b, p. 115) afirma que há três “orientações” para Administração Pública gerencial: a técnica, a econômica e a política.

A orientação técnica seria caracterizada por:

- a) passagem do controle de procedimentos para o controle dos resultados;
- b) tentativa de redução do custo do serviço público;
- c) máxima preocupação com o controle financeiro;
- d) grande relevância conferida à avaliação de desempenho dos funcionários;
- e) disposição ao cumprimento de metas;
- f) ampliação da autonomia na gestão;
- g) avaliação das *performances*.

A orientação econômica seria caracterizada por:

- a) implantação de um controle por competição administrada;
- b) criação dos “quase-mercados”;
- c) administração por contrato;
- d) gestão pela qualidade total.

Por fim, a orientação política se refere à existência de um controle social das atividades desenvolvidas pela Administração Pública e à consideração do cidadão como um cliente.

Pelo que se depreende das características apontadas por Aragão e Bresser-Pereira, observa-se que o modelo gerencial prioriza a eficiência da Administração Pública, o aumento da qualidade dos serviços e a redução dos custos. Busca-se

desenvolver uma cultura gerencial nas organizações, com ênfase nos resultados, e aumentar a governança do Estado, isto é, sua capacidade de gerenciar com efetividade e eficiência.

O cidadão passa a ser visto com outros olhos, tornando-se peça essencial para o correto desempenho da atividade pública, por ser considerado seu principal beneficiário, o cliente dos serviços prestados pelo Estado.

Além disso, para consecução desses objetivos, principalmente da eficiência da Administração Pública, é preconizada a utilização de instrumentos e técnicas da iniciativa privada para promoção de maior eficácia ao sistema, inclusive o acompanhamento do cumprimento de metas previamente fixadas.

Como se apresentará neste trabalho, uma das principais técnicas da iniciativa privada incorporadas pela Administração Pública foi a Gestão por Projetos, que tem se mostrado um importante instrumento de incremento da governança estatal.

Sobre o conceito de governança, interessante distinção é apresentada por Leonardo Valles Bento (2003, p. 85):

Governança diz respeito aos pré-requisitos institucionais para otimização do desempenho administrativo, isto é, o conjunto dos instrumentos técnicos de gestão que assegure a eficiência e a democratização das políticas públicas.

[...]

Já a governabilidade refere-se às condições do ambiente político em que se efetivam ou devem efetivar-se as ações da administração, à base de legitimidade dos governos, credibilidade e imagem públicas da burocracia.

Para Bento (2003, p. 85), a distinção é de suma importância para compreensão da diferença dos conceitos de reforma do Estado e reforma do aparelho de Estado.

A reforma do Estado se refere à redefinição das funções do Estado, seu padrão de intervenção nas searas econômica e social e as relações entre seus próprios poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Por outro lado, explica Bento (2003, p. 85) que a reforma do aparelho de Estado guarda relação com o tema tratado nesta seção, ou seja, diz respeito à reformulação dos modelos de administração estatal e da forma que o Estado presta os serviços públicos.



As distinções apresentadas são importantes para explicitar que, no Estado brasileiro, não há uma crise de governabilidade, mas tão somente uma crise de governança.

Resta evidenciado, portanto, que a crise da Administração Pública não decorre de suas dimensões, mas da inadequação de seu modelo administrativo (ou apenas das distorções do sistema vigente), bem como do seu arcabouço jurídico disciplinador.

O modelo gerencial na Administração Pública surgiu como tentativa de solução para inadequação supramencionada e vem se consolidando, com a mudança de estruturas organizacionais, o estabelecimento de metas a alcançar, a redução da máquina estatal, a descentralização dos serviços públicos, a criação das agências reguladoras para zelar pela adequada prestação dos serviços etc. O novo modelo propõe-se a promover o aumento da qualidade e da eficiência dos serviços oferecidos pelo Poder Público aos seus clientes: os cidadãos.

No Brasil, os objetivos da reforma do aparelho Estado ficaram expressos no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (Mare) e aprovado em 21 de setembro de 1995, orientado para tornar a Administração Pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania.

Um dos pilares da reforma foi o princípio da eficiência, que ganhou posição de destaque em todo o processo, culminando com sua constitucionalização por intermédio da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998.

## 2.2 O princípio da eficiência antes de sua constitucionalização

Como já mencionado na subseção 2.1, o princípio da eficiência foi inserido no rol dos princípios da Administração pela reforma administrativa implementada pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, visando incorporar essa dimensão de eficiência no serviço público.

Ocorre que o conceito de eficiência não é novo. Como lembra Batista Junior (2004, p. 133),

Já em sua posse, em 3 de novembro de 1930, Getúlio Vargas discursava sobre a necessidade de buscar a economia e eficiência no serviço público e, para tanto, já apontava o caminho da profissionalização e dignificação da função pública; inutilização daqueles que chamou “agentes de corrupção”; difusão intensiva do ensino público, defesa social e educação sanitária; consolidação das normas administrativas, no intuito de simplificar a confusa e complicada legislação vigente, etc.

Para boa parte da doutrina nacional, o dever de eficiência foi positivado pela Reforma Administrativa de 1967, que culminou com a edição do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro do mesmo ano.

Nesse sentido, afirma Hely Lopes Meirelles (1997, p. 69-70) que

Esse dever de eficiência, bem lembrado por Carvalho Simas, corresponde ao dever de boa administração da doutrina italiana, o que já se acha consagrado entre nós, pela Reforma Administrativa Federal do Dec.-lei 200/67, quando submete toda atividade do executivo ao controle de resultado (arts. 13 e 25, V), fortalece o sistema de mérito (art. 25, VIII), sujeita a Administração indireta a supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa (art. 26, III) e recomenda a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso (art.100).

Além disso, é interessante ressaltar que a Constituição Federal de 1988, em sua redação original, já havia previsto uma das facetas da eficiência, qual seja, a economicidade. Essa previsão original ocorreu no art. 70, *caput*, que previu que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração Pública direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas seria exercido pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada poder.

Além disso, é interessante ressaltar que a redação original da Constituição de 1988 também já se referia a eficiência na Administração Pública, ao estabelecer, em seu art. 74, II, que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manteriam, de forma integrada, sistema de controle interno para “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária,

financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos por entidades de direito privado”.

Batista Junior (2004, p. 137) lembra, ainda, que a legislação infraconstitucional brasileira também já fazia menção ao princípio da eficiência como princípio norteador da atividade administrativa antes mesmo de sua constitucionalização.

Segundo Batista Junior (2004, p. 137), o principal exemplo desse fato seria o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações), que faz menção expressa à faceta da economicidade do princípio da eficiência.

Já o art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, sobre a concessão e permissão de serviços públicos, exige expressamente a eficiência como requisito básico para que um serviço público possa ser qualificado como adequado.

Ocorre que, mesmo diante dessas previsões constitucionais e infraconstitucionais, muito se discutia na doutrina e na jurisprudência acerca da aplicabilidade integral do princípio da eficiência nas demais atividades desenvolvidas pela Administração Pública.

Diante dessa divergência e com a onda de reformismo corporificada pelo Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, elaborado em 1995, foi editada a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que inseriu expressamente, no art. 37 da Constituição de 1998, o princípio da eficiência como um dos princípios reitores das atividades desenvolvidas pela Administração Pública.

## 2.3 Conceito

Hely Lopes Meirelles (1997, p. 69-70) se refere à eficiência como um dos deveres da Administração Pública e apresenta a seguinte definição:

[...] o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1999, p. 83), o princípio apresenta dois aspectos, podendo tanto ser considerado em relação à forma de atuação e atribuições, para lograr os resultados melhores, como também em relação ao modo racional de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública.

Segundo Alexandre de Moraes (2002, p. 108) o princípio da eficiência

[...] é o que impõe à Administração Pública direta e indireta e seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.

Como se pode observar, o conceito do autor confere ao princípio da eficiência um caráter de “superconceito”, direcionando a atividade e os serviços públicos para efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade.

Essa noção é de grande valia para o presente estudo, pois, como se buscará evidenciar, a gestão por projetos também tem como foco vários desses conceitos, notadamente a imparcialidade, a transparência, a eficácia e a busca pela qualidade.

Na visão de José Eduardo Martins Cardozo (1999, p. 149-183), pode-se definir o princípio da eficiência:

[...] como sendo aquele que determina aos órgãos e pessoas da Administração Direta e Indireta que, na busca das finalidades estabelecidas pela ordem jurídica, tenham uma ação instrumental adequada, constituída pelo aproveitamento maximizado e racional dos recursos humanos, materiais, técnicos e financeiros disponíveis, de modo que possa alcançar o melhor resultado quantitativo e qualitativo possível, em face das necessidades públicas existentes.

Fernanda Marinela (2006, p. 43) também apresenta um conceito de eficiência que será de grande utilidade para o presente trabalho, pois evidencia as várias facetas do princípio:

A eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Consiste na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a consequente redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada, sendo que, aqui, o lucro é do povo.

Em suma, pode-se afirmar que se trata de um comando dirigido a todos aqueles que exercem uma função administrativa, ou simplesmente àqueles que manipulam recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, no sentido de que, na busca do bem comum, persigam, sempre, o melhor resultado, da forma mais adequada, com o menor custo para os administrados, respeitados os demais princípios e regras que governam o regime jurídico-administrativo.

## 2.4 Eficiência privada e eficiência pública

É sabido que a ideia de eficiência teve origem no mundo privado e depois migrou para a esfera pública. É natural, portanto, que, nesse processo migratório, confusões ocorram entre as noções pública e privada do conceito de eficiência.

Por outro lado, como adverte Batista Junior (2004, p. 199), “severos podem ser os equívocos e os danos ao bem comum, se tomarmos a eficiência pública com o mesmo sentido que a ideia de eficiência tem no mundo privado”. Ainda segundo o autor, essa confusão gera a “invocação de modelos gerenciais privados, como se a Administração Pública pudesse funcionar como empresa privada”.

Essa advertência é de suma importância também para a noção de Gestão por Projetos, que, no âmbito público, está voltada para finalidades bens diversas daquelas previstas na iniciativa privada.

Um bom exemplo das diferenças mencionadas diz respeito à busca pelo lucro. Na iniciativa privada, a eficiência é o instrumento de persecução do lucro. Já na esfera pública, o lucro não é justificativa para as funções públicas, que estão direcionadas para a busca do bem comum, da dignidade da pessoa humana, da justiça social, etc.

Verifica-se, portanto, que a aferição da eficiência administrativa na seara pública é bem mais complexa que na iniciativa privada, onde o volume do lucro é a principal meta da atividade. Além disso, como bem lembra Batista Junior

(2004, p. 200), os serviços proporcionados pela Administração Pública aos administrados são, em regra, intangíveis ou imateriais, “o que dificulta ainda mais, a operatividade na verificação dos resultados”.

Em suma, isso significa que o critério para verificação da eficiência pública é a medida de satisfação do bem comum, ou seja, o nível de atendimento dos objetivos fixados para Administração Pública pelo ordenamento jurídico.

Além disso, lembra Batista Junior (2004, p. 200) que as decisões administrativas são influenciadas por posicionamentos políticos e “referenciais hierárquicos” dos agentes eleitos, o que acaba por gerar uma ruptura de continuidade na atuação administrativa.

Portanto, como são colocados diversos interesses públicos a serem atendidos e os recursos para o atendimento são escassos, a atuação administrativa deve se pautar na busca do que Onofre Alves Batista Junior (2004, p. 200) chama de “interesse síntese, resultante de uma ponderação equilibrada desses diversos interesses intervenientes”.

## 2.5 Eficiência econômica e eficiência jurídica

Essa diversidade de interesses é que traz à baila a diferença existente entre os conceitos econômico e jurídico da eficiência.

A eficiência econômica leva em consideração apenas a vertente da economicidade, enquanto a eficiência jurídica, segundo Batista Junior (2004, p. 202) “é multifacetada, com inúmeros aspectos e que deve considerar uma série de referenciais axiológicos, como os ingredientes éticos e políticos, bem como se curvar a aspectos garantísticos”, com reverência às normas do ordenamento jurídico.

Portanto, além da economicidade, a eficiência pública deve observar aspectos relacionados à qualidade, celeridade e abrangência dos serviços prestados. É de se concluir, portanto, que a atuação administrativa se faz necessária, principalmente, em situações nas quais o lucro é impraticável.

Por outro lado, não se pode esquecer que a busca do lucro pela iniciativa privada deve-se, primordialmente, ao fato de que ela depende dos resultados obtidos para se manter. Já as organizações públicas, “obtem seus *inputs* financeiros

pela via orçamentária, contam com certa estabilidade que lhes permite por vezes prescindir dos resultados” (BATISTA JUNIOR, 2004, p. 202).

Pode-se inferir do exposto que o sentido econômico de eficiência não é suficiente para alcançar a real amplitude do princípio constitucional da eficiência na Administração Pública, que não se restringe apenas à sua expressão econômica.

A compreensão da eficiência segundo a óptica exclusivamente econômica pode propiciar contradições insolúveis, que acabaria por privilegiar o que seria secundário (lucro) em detrimento do principal (interesse público).

Como ressalta Batista Junior (2004, p. 205), a incorporação de modelos privados à Administração Pública precisa ter em mente que esta não é um negócio. Esse é um dos pontos centrais que muitas vezes é esquecido pelos reformistas, que simplesmente transplantam instrumentos de gestão da iniciativa privada para Administração Pública, sem a realização das adaptações necessárias.

## 2.6 Eficiência, eficácia e efetividade

Como já apresentado anteriormente, o princípio da eficiência tem raízes não jurídicas e possui significados que muitas vezes não correspondem ao conceito de eficiência do mundo jurídico.

Segundo Onofre Alves Batista Junior (2004, p. 111),

O recurso aos dicionários nos indica que o vocábulo eficiência provém do latim *efficientia* e quer dizer “ação, força, virtude de produzir um efeito”. Por sua vez, eficácia, do latim *efficacia*, quer dizer a qualidade ou a propriedade de produzir o efeito desejado, de dar um bom resultado. Efetividade significa a qualidade daquilo que se manifesta por um efeito real, positivo, seguro, firme, que mereça confiança.

Das definições acima é possível inferir que o conceito de eficiência está relacionado com a virtude de produzir um resultado, enquanto o conceito de eficácia está voltado para a qualidade do resultado.

Para Chiavenato (1979, p. 237), na Ciência da Administração, “a eficácia seria uma medida do alcance dos resultados, enquanto eficiência seria uma medida da utilização dos recursos nesse processo”.

Portanto, para Ciência da Administração, a eficiência representa a relação entre o resultado obtido e os recursos utilizados. Representa a relação entre o custo e o benefício. É fazer bem com o menor gasto de recursos disponíveis. Verifica-se, portanto, que é clara a preocupação com os métodos e procedimentos mais indicados para otimização dos recursos.

Já a eficácia, para Ciência da Administração, diz respeito aos fins, ao alcance dos resultados almejados. Para evidenciar a diferença, Chiavenato (1979, p. 237-239) equipara, no campo religioso, à eficiência “a presença nos templos, para o rezar”, enquanto a eficácia equivaleria “à prática de valores religiosos, ao ganhar os céus”.

A Ciência da Administração entende, portanto, que uma organização precisa ser eficiente e eficaz ao mesmo tempo. Eficiência e eficácia devem caminhar juntas para que uma empresa possa prosperar.

Por outro lado, a efetividade seria a manifestação externa à organização daquilo que foi produzido dentro dela. Seria o resultado verdadeiro. São os efeitos que o produto da empresa causa externamente.

Nos domínios da Ciência do Direito, mais precisamente do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, verifica-se que os conceitos de eficiência, eficácia e efetividade são semelhantes aos propostos pela Ciência da Administração.

Essa semelhança resta evidenciada na lição de Bulos (1998, p. 709):

[...] eficiência e eficácia da Administração Pública são consideradas faces de uma mesma moeda. A primeira visa a resolver problemas de redução de custo; a segunda tem em mira alternativas criativas e racionais para a obtenção de lucros e resultados positivos. Uma administração empreendedora, que gera receita e diminui despesa, certamente se considera eficiente e eficaz.

Em que pese a semelhança referida, não há identidade total dos conceitos da Ciência da Administração com os da Ciência Jurídica. Como ressalta Batista Junior (2004, p. 116), os conceitos de eficiência, eficácia e efetividade fornecidos da Ciência da Administração são “a massa crua que o Direito toma e usa para forjar os seus princípios de organização”.

Ainda segundo Batista Junior (2004, p. 116), o conceito jurídico de eficiência provoca para a Administração Pública “um dever positivo de atuação otimizada,



devendo ser considerados os resultados da atividade e as relação entre os meios e fins a serem atingidos”.

Destarte, para Onofre Alves Batista Junior (2004, p. 119), o princípio da eficiência deve ser visto como um princípio bipotencial, na medida em que se volta tanto para o polo da ação instrumental realizada quanto para o resultado final a ser obtido.

Como adverte Santos (2003, p. 191),

[...] o Direito Administrativo contemporâneo não se contenta mais em estar vinculado apenas à noção de Estado de Direito, em que bastava a ideia de legalidade (eficácia). Hoje, o Direito Administrativo deve estar voltado ao Estado Democrático de Direito, que pressupõe legalidade e legitimidade (eficácia mais eficiência). Portanto, se a busca da eficácia é um dado de legalidade (legalidade oriunda do Estado de Direito), a busca da eficiência é um dado de legitimidade (legitimidade oriunda do Estado Democrático de Direito).

Portanto, ser eficiente para Ciência do Direito significa racionalidade e aproveitamento máximo das potencialidades existentes. Mas não só. Em sentido jurídico, a expressão também deve abarcar a ideia de eficácia da prestação ou de resultados da atividade realizada. Uma atuação estatal só será juridicamente eficiente quando seu resultado quantitativo e qualitativo for satisfatório, levando-se em conta o universo possível de atendimento das necessidades existentes e os meios disponíveis.

### **3 Gestão por Projetos**

#### *3.1 O Project Management Institute e a International Project Management Association*

A Ciência do Gerenciamento de Projetos surgiu no final na década de 1950 após o sucesso do Projeto Polaris (1958), por intermédio do qual foram construídos duzentos submarinos atômicos no prazo estabelecido de cinco anos e respeitados o limite orçamentário previamente fixado de US\$9 bilhões.

Moroni e Hansen (2006, p. 47-56) advertem que, mesmo antes da formalização como conhecimento estruturado, a noção de projetos sempre esteve presente nas instituições:

Os projetos sempre estiveram presentes nas organizações de forma sistematizada ou não. Mais recentemente, diversas iniciativas vêm sendo adotadas para estabelecer padrões de gerenciamento de projetos, que possam ser adotados nos mais variados segmentos da indústria. *O Project Management Institute - PMI* vem consolidando as melhores práticas no gerenciamento de projetos e publicando-as em seu PMBOK – *Project Management Body of Knowledge*.

Diversas organizações foram criadas para tratar exclusivamente de Gerenciamento de Projetos. Os principais entes que tratam dessa temática são o *Project Management Institute* (PMI) e a *International Project Management Association* (IPMA).

O PMI foi criado em 1969, na Pensilvânia, EUA, por um grupo de profissionais que trabalhavam na área de projetos. É uma associação profissional sem fins lucrativos.

Segundo Caceres (2009, p. 5), o PMI conta atualmente com 420 mil membros e profissionais credenciados. Além disso, o sistema criado pelo PMI compreende a publicação de um guia do conhecimento em gerenciamento de projetos, denominado Guia PMBOK.

Ainda segundo Caceres (2009, p. 12),

Além de publicar o Guia PMBOK o PMI instituiu 11 padrões incluindo gerenciamento de programas e de portfólios. Mantém programa de certificação onde o PMP – *Project Management Professional* é a certificação mais procurada, seguido de outras como CAPM – *Certified Associates Project Management* – Gerente de Programas – PgMP *Program Management Professional*, PMI-RM – *PMI-Risk Management Professional*, dentre outras. Existe um processo de qualificação e prova para avaliar conhecimentos técnicos para cada uma dessas certificações.

Já a IPMA foi criada em 1965, na Suíça, com o nome de Internet. No início de suas atividades, a instituição representava um simples fórum de discussão para troca de experiências entre gerentes de projetos internacionais. Hoje, a

IPMA está presente em mais de 35 países e conta com mais de trinta associações nacionais conveniadas.

A referida instituição tem forte presença nos países europeus e também conta com um processo de certificação em vários níveis.

### 3.2 O que é projeto

Segundo Darci Prado e Russel Archibald (2004, p. 37), que utilizam definição proposta pelo PMI, um projeto é um esforço temporário para criar um produto, serviço ou resultado exclusivo. A sua natureza temporária indica um início e um término definidos.

Para Francis M. Webster e Joan Knuston (2009, p. 3),

[...] projetos consistem de atividades que possuem inter-relações, produzem entregas (*deliverables*) com qualidade aprovada e envolvem múltiplos recursos. Os projetos não são sinônimos de produto. Durante o ciclo de vida de qualquer produto, o conceito de gerenciamento de projetos é utilizado em determinados estágios, em outros momentos, entretanto, o gerenciamento de operações ou de produtos é mais apropriado. Finalmente, a forma como os projetos são gerenciados é determinada por qual das variáveis da Tripla Restrição é mais importante: prazo, recursos ou qualidade.

No âmbito do Banco Central, a Gerência-Executiva de Projetos (Gepro) define:

Projeto é um empreendimento temporário, realizado de maneira coordenada, que visa alcançar objetivos específicos com característica singular. É temporário porque deve possuir um início e um fim bem definidos, enquanto que característica singular significa nunca ter sido feito antes. (BRASIL, 2010, p. 5).

Segundo Francis M. Webster e Joan Knuston (2009, p. 1), as principais características dos projetos são:

1. Projetos são empreendimentos exclusivos que resultam em uma entrega singular. A instalação de um home-theater por uma pessoa com a ajuda de alguns amigos é um projeto. O objetivo é completar a instalação e aproveitar o resultado do trabalho, ou seja, assistir a um bom filme. O empreendimento é exclusivo, uma vez que o proprietário do aparelho não irá repetir esse processo frequentemente, e, mesmo que o faça, haverá variações na execução em algum outro detalhe.

2. Projetos são compostos por atividades interdependentes. Projetos são constituídos de atividades. Coerentemente com a definição de projeto, as atividades possuem um início e um fim, e, ainda, são inter-relacionadas em uma das três formas explicitadas a seguir. Em determinadas situações, uma atividade precisa ser finalizada antes que a outra comece. Geralmente esses relacionamentos mandatórios são muito difíceis de romper ou, então, simplesmente tentar rompê-los poderá não fazer sentido. O relacionamento entre outras atividades, entretanto, pode não ser tão óbvio ou restritivo. Essas interdependências discretas (não mandatórias) são baseadas nas preferências das pessoas que desenvolvem o plano. Outras atividades podem ser dependentes de um evento externo, como a recepção de materiais de um fornecedor. Todas as atividades de um projeto possuem relacionamentos entre si, seja mandatório, discreto ou externo.

3. Projetos criam entregas com “qualidade”. Cada projeto possui seus próprios resultados que precisam atender a um padrão ou critério de desempenho. Em outras palavras, cada entrega de todo o projeto precisa ter sua qualidade assegurada. Se as entregas não atenderem a um critério que possa ser quantificado, o projeto não deverá ser considerado completo.

4. Projetos envolvem múltiplos recursos, tanto humanos quanto materiais e financeiros, o que requer uma coordenação forte. Geralmente existe uma variedade de recursos, cada um com suas próprias tecnologias, habilidades e desafios. Quando o foco está nos recursos humanos, deve-se ressaltar uma característica que é inerente aos projetos: o conflito. De maneira geral, o conflito surge das diferenças entre conceitos, abordagens, teorias e técnicas individuais e, de maneira mais específica, se relaciona a questões como quantidade, prazo de mobilização e alocação de recursos. Dada a variedade de conflitos que pode existir, é muito importante que o gerente do projeto possua a habilidade necessária para administrar tais conflitos.

5. Projetos não são sinônimos dos produtos do projeto. Para algumas pessoas a palavra projeto refere-se ao planejamento e controle do empreendimento. Para outras, projeto significa as atividades exclusivas, necessárias para a criação das entregas do projeto. Não é trivial a distinção

entre as entidades de projeto e produto do projeto, uma vez que possuem características próprias e com a mesma denominação, como, por exemplo, o ciclo de vida.

6. Projetos são regidos pela tripla restrição: a tripla restrição representa o balanço entre prazo, recursos (humanos ou outros tipos, inclusive financeiros) e desempenho técnico (qualidade). Uma destas três restrições é a força motriz de cada projeto. Projetos diferentes podem ser direcionados por restrições diferentes, dependendo da ênfase dada pela administração. Desta forma, ser o primeiro a entrar no mercado normalmente determina um posicionamento de longo prazo perante os concorrentes, assim, a força motriz seria reduzir os prazos para conseguir ser o primeiro. Vários projetos necessitam do investimento de uma considerável soma de capital e/ou trabalho antes de ser possível aproveitar os benefícios das entregas do projeto, então a força motriz seria o controle e a contenção de recursos. Existem projetos que exigem um alto nível de qualidade da entrega, como, por exemplo, um novo software para o sistema de saúde; sendo assim a força motriz será a qualidade.

Pelo que se depreende da leitura das definições supracitadas, os projetos podem ser executados para criação de bens e serviços ou para melhoria de resultados de uma operação que é realizada rotineiramente.

Em que pese a possibilidade de utilização dos projetos para melhoria de uma rotina já existente no âmbito da organização, é importante frisar que o gerenciamento de projetos não tem relação com o gerenciamento das tarefas rotineiras. As principais diferenças entre os dois gerenciamentos é que os projetos são temporários e há um alto grau de incerteza que envolve seu gerenciamento. Já as rotinas são repetitivas e o grau de incerteza no seu gerenciamento é praticamente nulo.

Sobre o tema, Darci Prado e Russel Archibald (2004, p. 35) definem o que chamam de “não projetos” como as ações relacionadas com operações rotineiras (*on going process*) e que, geralmente, são gerenciadas por meio do uso de ferramentas do gerenciamento da rotina de trabalho do dia a dia.

Verifica-se, portanto, que o conceito de projetos está relacionado à inovação, à melhoria e ao planejamento.

### 3.3 O que é Gerenciamento de Projetos

Darci Prado e Russel Archibald (2004, p. 39) entendem que gerenciar um projeto significa planejar sua execução antes de iniciá-lo e depois acompanhar sua execução.

Os referidos autores (2004, p. 40) citam a seguinte definição proposta pelo PMI para o termo gerenciamento de projetos:

é a aplicação de conhecimento, habilidades, ferramentas e técnicas às atividades do projeto a fim de atender aos seus requisitos. O gerenciamento de projetos é realizado por intermédio da aplicação e integração apropriada dos 42 processos agrupados logicamente, abrangendo os 5 grupos de processos assim estruturados: iniciação, planejamento, execução, monitoramento e controle, e encerramento.

No âmbito do Banco Central, a Gepro define a gestão de projetos como “a aplicação de conhecimentos, habilidades e técnicas para iniciar, planejar, executar, controlar e encerrar as atividades que visam atingir as necessidades ou expectativas das partes envolvidas com relação ao projeto”.

Observa-se, portanto, que é comum nos dois conceitos a ideia de sistematização de uma metodologia para administração de todas as etapas de um projeto.

No Banco Central, a metodologia utilizada para administração dos projetos da instituição é denominada Metodologia de Gerenciamento de Projetos do Banco Central (MGPRO).

Portanto, a MGPRO nada mais é do que um conjunto de conhecimentos e técnicas, que objetivam nortear a atuação dos gerentes de projetos na condução dos projetos no Banco Central, possibilitando:

- a) padronização de procedimentos e práticas;
- b) estabelecimento de linguagem comum;
- c) melhoria da qualidade dos produtos e serviços;
- d) diminuição de custos e aumento de produtividade;
- e) redução de riscos operacionais;
- f) melhor custo-benefício;
- g) melhor compartilhamento de informações e conhecimentos do projeto; e

- h) maior benefício para novos projetos que poderão se beneficiar das experiências de projetos anteriores.

É interessante ressaltar que as metodologias para gerenciamento de projetos podem e devem ser adaptadas para realidade das instituições nas quais serão implantadas, pois essa maleabilidade é essencial para que as técnicas de gerenciamento possam ser mais bem absorvidas nos entes nos quais serão introduzidas.

### 3.4 O Gerenciamento de Projetos no Banco Central

A primeira iniciativa para estruturar o Gerenciamento de Projetos no Banco Central surgiu em 1997, quando foi proposta assinatura de um acordo de assistência técnica entre o Brasil e o Banco Mundial (Bird), executado pelo Banco Central, para aperfeiçoar a supervisão bancária.

O acordo foi assinado e diversos projetos foram apresentados ao Banco Mundial como parte do Programa de Aperfeiçoamento dos Instrumentos de Atuação do Banco Central junto ao Sistema Financeiro Nacional (Proat).

Para a execução do Proat, o Banco Central seguiu a metodologia de projetos do Bird, que exigia a definição de indicadores, produtos e objetivos de cada projeto.

Depois dessa experiência embrionária na gestão de projetos, em 24 de abril de 2003, foi editada pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) a Resolução nº 3.074, que determinou:

- a) a permanência no Banco Central dos recursos oriundos da Reserva para Promoção da Estabilidade da Moeda e do Uso do Cheque (Recheque<sup>1</sup>);
- b) a delegação de competência ao Banco Central para alterar a denominação da Recheque e a destinação dos recursos existentes.

Diante dessa determinação do CMN, ainda em 2003, foi editado pela Diretoria Colegiada do Banco Central o Voto BCB nº 234/2003, que criou a Reserva para o Desenvolvimento Institucional do Banco Central (Redi-BC), destinada ao

---

1 Com o desenvolvimento das transações e dos meios eletrônicos de pagamento, principalmente dos cartões de crédito, a finalidade inicial da Recheque restou prejudicada, o que determinou a mudança de finalidade dos recursos nela depositados.

custeio de projetos que contribuem para o cumprimento da missão da autarquia e para realização de seus objetivos estratégicos.

No mesmo ato, foi criado o Comitê de Projetos Corporativos (CPC), que tem a atribuição primordial de deliberar sobre o uso dos recursos da Redi-BC em projetos institucionais e submeter suas deliberações à decisão final da Diretoria Colegiada do Banco Central.

Na prática, o CPC é o órgão responsável pela avaliação dos estudos preliminares propostos e os respectivos planos de projetos quanto à vinculação aos objetivos estratégicos estabelecidos no planejamento institucional do Banco Central, pela proposição da escala de prioridades para execução dos projetos e pela submissão de suas deliberações à aprovação da Diretoria Colegiada.

Inicialmente a gestão dos recursos da Redi-BC foi atribuída ao Departamento de Planejamento e Orçamento (Depla), do Banco Central do Brasil, mas, em 2004, foi criada a Gepro, com o papel de escritório corporativo de projetos da instituição.

Entre as atribuições delegadas à Gepro, incluem-se a gestão dos recursos da Redi-BC, a administração dos projetos estratégicos do Banco Central, a promoção da gestão de projetos no âmbito da autarquia, o desenvolvimento de metodologias e padrões e a disseminação de conhecimentos acerca da gestão de projetos na instituição.

Como já restou evidenciado na subseção 2.3, a Gepro desenvolveu e implantou a MGPRO, alinhada com as metodologias disponíveis no mercado e com as metodologias já existentes em outros departamentos da instituição.

Além disso, foi criado um sistema informatizado, denominado Sistema de Gerenciamento de Projetos e Atividades (GPA), para auxiliar os processos de planejamento, execução e monitoramento dos projetos estratégicos e funcionais do Banco Central.

Segundo a Gepro (BRASIL, 2009, p. 3), o principal resultado conquistado até o presente momento com o gerenciamento de projetos no Banco Central é uma execução orçamentária e financeira mais planejada e monitorada dos recursos à disposição da organização, permitindo a realização de atividades em quantidade e qualidade nunca vistas no Banco Central.

De fato, tem se observado que a implementação do Gerenciamento de Projetos na autarquia tem proporcionado a todas as áreas do Banco Central



a possibilidade de implementação de suas ideias por meio do planejamento criterioso de custos, prazos, escopo, objetivos, produtos e indicadores, entre outros aspectos, que permitem ao gestor público pensar, repensar e amadurecer suas iniciativas e ações.

Além disso, todas essas melhorias se deram sem que fosse necessária uma atenuação dos controles administrativos e do regime de direito público ao qual está submetido o Banco Central.

A adoção da gestão de projetos propiciou ao Banco Central a oportunidade de revitalizar suas instalações físicas, ampliar e atualizar seu parque tecnológico, desenvolver sistemas e produtos de informática. Além disso, contribuiu significativamente para a melhoria das ações de fiscalização bancária, de normas, de pesquisa, de comunicação e de desenvolvimento de pessoas.

Segundo Caceres (2009, p. 11) outro importante dado que merece destaque é o fato de que, após a realização de uma avaliação com o uso da metodologia Prado-MMGP (Modelo de Maturidade em Gerenciamento de Projetos<sup>2</sup>), restou demonstrado que o Banco Central está no nível 2,2 de maturidade em Gerenciamento de Projetos, em uma escala de 1 a 5. No Brasil, poucas organizações, públicas ou privadas, avaliadas pelo mesmo modelo alcançaram esse nível de maturidade na gestão de projetos

## **4 A Gestão por Projetos como instrumento de concretização do princípio da eficiência na Administração Pública**

### **4.1 A Gestão por Projetos e o planejamento estratégico**

A atual conjuntura econômica exige que as empresas e instituições que desejam cumprir sua missão de atender bem aos seus clientes e desenvolver produtos e serviços adequados ao seu mercado trabalhem para atingir seus objetivos estratégicos.

---

2 Medir a maturidade em Gerenciamento de Projetos significa aferir o nível de habilidade de uma instituição para gerenciar seus projetos. Um modelo de maturidade nada mais é do que uma forma de expressar numericamente essa habilidade.

As empresas líderes de mercado e instituições de excelência trabalham com planejamento estratégico e com a vinculação do planejamento estratégico aos seus projetos de desenvolvimento de novos produtos e serviços.

Segundo Darci Prado e Russel Archibald (2004, p. 30),

[...] o planejamento estratégico é um processo estruturado para identificação das metas globais da organização e o seu desdobramento em ações (ou iniciativas) estratégicas. Estas, por sua vez se desdobram em programas e projetos. O planejamento estratégico de uma organização é o seu maior plano, aquele que impulsiona todos os outros. Ele reflete o que a alta administração pensa do seu negócio e estabelece um amplo conjunto de metas e os meios para alcançá-las.

Prosseguindo, os citados autores ressaltam que,

Uma vez definidas as Metas Globais e as correspondentes Iniciativas Estratégicas, devemos identificar as ações (programas e projetos) capazes de atendê-las. Chama-se a este processo de Alinhamento Estratégico que, dependendo do conjunto de Iniciativas estratégicas geralmente é efetuado em grandes grupos. Ex.: Para melhorias na operação; para desenvolvimento de novos produtos; para sistemas de informação, etc. O processo para cada grupo é conduzido separadamente, mas existe uma consolidação final. (PRADO; ARCHIBALD, 2004, p. 30).

O conceito de alinhamento estratégico visto anteriormente com o enfoque em organizações privadas se aplica igualmente ao segmento de instituições governamentais. O desenvolvimento de projetos estratégicos no âmbito do Banco Central segue o seguinte preceito: somente projetos que possuam vinculação clara com os objetivos estratégicos irão receber recursos e terão prioridade para execução.

Essa definição é primordial para a manutenção do foco da instituição na consecução de seus principais objetivos, definidos previamente no planejamento estratégico. Sem uma definição clara desses objetivos, os recursos destinados à execução de projetos podem ser desperdiçados na realização de atividades rotineiras (não projetos).

## 4.2 A Gestão por Projetos e a eficiência

Conforme restou evidenciado, a necessidade de tornar a Administração Pública mais eficiente tem levado à incorporação pela esfera pública de instrumentos de gestão típicos da iniciativa privada.

Segundo Batista Junior (2004, p. 207),

[...] os anseios por eficiência do aparato público desembocam em duas principais vertentes: introdução do Princípio da Eficiência nos ordenamentos jurídico-públicos, oferecendo, além de maior autonomia para a AP, a desformalização de procedimentos enrijecidos; intensificação do uso do Direito Privado, em determinados segmentos, para se ter uma liberdade decisória muito mais ampla para AP.

Pode-se inferir, portanto, que a constitucionalização do princípio da eficiência foi apenas um dos pilares da reforma gerencial. Os outros alicerces foram a flexibilização dos procedimentos e a utilização de instrumentos de gestão da iniciativa privada que visam combater a malversação dos recursos públicos, a falta de diretriz e de planejamento e os ônus provocados por erros repetidos.

Como restou demonstrado na seção anterior, muitos desses males podem ser evitados com a utilização do Gerenciamento de Projetos. Como bem adverte Tim Jaques (2010, p. 1), a gestão de projetos serve como ferramenta de mudança e promoção de ações de longo prazo.

Segundo o Jaques (2010, p. 1), no cenário atual de aumento de investimentos públicos para incentivar a economia, há grande pressão nos gerentes de projetos no setor público para que demonstrem resultados rápidos.

Por outro lado, o autor (2010, p. 1) apresenta as seguintes dificuldades típicas do setor público que dificultam a consecução desses resultados no ritmo esperado:

- a) ambiente burocrático, cercado por políticas, regras, normas, leis e regulamentos;
- b) lógica incremental, via de regra, já que as instituições existem de forma regular há anos. O desestímulo a qualquer mudança de maior impacto reduz a profundidade das transformações;

- c) integração e interdependência entre órgãos, com o aumento do número de projetos que ultrapassam os limites departamentais. Isso exige habilidades comunicacionais avançadas e amplia tanto a profundidade quanto a velocidade das mudanças.

Mesmo diante dessas dificuldades, para implantação da gestão de projetos nas instituições públicas, Tim Jaques (2010, p.1) conclui que o Gerenciamento de Projetos é uma ferramenta transformadora da gestão pública, pois:

- a) serve de campo de testes para novas estratégias, por permitir que governos decididos a inovar ou resolver um problema de uma nova maneira operem em um ambiente eficiente e coeso, direcionado para a mudança;
- b) permite que os governos ultrapassem o pensamento incremental, devido à facilitação do entendimento e novas abordagens dos problemas;
- c) proporciona melhor gestão de interesses dispersos, ao oferecer um meio sistemático de lidar com os interessados espalhados pelos diversos departamentos, órgãos e esferas.

Portanto, verifica-se que a gestão de projetos está intrinsecamente ligada à eficiência do setor público, pois a metodologia de implementação de projetos é um empreendimento planejado e realizado por pessoas, com recursos limitados, situação na qual se utilizam ferramentas de acompanhamento das metas, controle de processos, prazos, custos, falhas, riscos e, principalmente, a qualidade do resultado. Em resumo, a gestão de projetos permite a análise crítica do andamento e dos objetivos anteriormente estabelecidos pela administração estratégica da organização.

Além disso, na medida em que são utilizadas ferramentas de acompanhamento e controle, a Gestão por Projetos promove o aumento da eficiência da Administração Pública sem abdicar do controle procedimental (notadamente mais eficiente).

Como já mencionado em seções anteriores, na implementação do modelo gerencial atacou-se o modelo burocrático, mas não foram atacados os elementos que o deturparam e deram origem ao “estamento burocrático”. Explora-se o que Douglas Braga (1998, p. 36) chama de “consenso de insatisfação”, mas na

realidade não se atacam os elementos que pervertem a Administração Pública (seja o modelo gerencial ou burocrático), tais como a corrupção, nepotismo, má utilização dos recursos públicos, etc.

Ocorre que é um equívoco de interpretação presumir que a eficiência possa se realizar fora das regras procedimentais. Como observa Magno Correia de Mello (1996, p. 23), “quase uma década de desburocratização gerencial não parece ter consistido em uma solução para o incremento da eficiência da Administração”.

Portanto, para que a reforma da gestão surta algum efeito no aumento da eficiência da Administração Pública, ela deve ser pensada em termos de governança.

Na prática, isso significa que a gestão pública ideal deve envolver necessariamente o planejamento estratégico. Enquanto na Administração Pública burocrática o planejamento está limitado às leis e regulamentos, sem casos individuais ou sem levar em conta possíveis respostas de adversários, o planejamento estratégico inaugurado pelo modelo gerencial envolve uma definição pormenorizada dos processos a serem seguidos e das estratégias a serem adotadas, dependendo das respostas.

Assim, o administrador público assume a possibilidade de tomar decisões em lugar de simplesmente executar a lei. Os resultados dessa autonomia decisória devem ser controlados *a posteriori* por mecanismos de responsabilidade gerencial.

Nesse sentido é a lição de Bresser-Pereira (2008, p. 391-410):

Uma outra maneira de explicar a reforma da gestão pública é pensar não em termos de governo mas de governança. O termo inglês ‘governo’ costuma ser confundido com ‘Estado’, mas mesmo em outros idiomas, onde essa confusão não ocorre, é útil distinguir ‘governo’ de ‘governança’. O governo, como entidade, é formado pelos órgãos superiores de tomada de decisões do Estado; à medida que a comunicação flui, é o processo de tomada de decisões dos funcionários públicos (políticos e servidores públicos de alto escalão).

Uma vez que a reforma da gestão pública representa um passo adiante em relação à reforma do serviço público, ela adota uma nova forma de controle ou responsabilização. Enquanto as três formas burocráticas clássicas de responsabilização são: normas exaustivas, supervisão hierárquica direta e mecanismos de auditoria, as três formas gerenciais típicas são:

administração por resultados ou objetivos, competição administrada visando à excelência e responsabilidade social.

Prossegue Bresser-Pereira (2008, p. 391-410) definindo as três novas formas de responsabilização:

A administração por resultados é uma forma de descentralização: a secretaria supervisora define os objetivos e os indicadores de desempenho com a participação da agência ou de seu gerente, que tem assegurada a autonomia administrativa – pessoal e financeira – para realizá-los.

A competição administrada visando a excelência não significa coordenação dos serviços públicos pelo mercado, mas uma comparação dos padrões ou referenciais obtidos pelas diferentes organizações públicas que fornecem o mesmo serviço em diferentes regiões. A diferença com relação à administração por objetivos é que os padrões ou indicadores de desempenho provêm das realizações efetivas das diferentes agências ou serviços, e não de um contrato de gestão, que teria de definir tais indicadores de desempenho mais ou menos arbitrariamente, baseado unicamente em experiência prévia. A responsabilidade social significa o uso das organizações da sociedade civil, inclusive conselhos de cidadãos, para manter os serviços públicos e os funcionários públicos sob controle.

Ora, a Gestão por Projetos mostra-se um grande aliado dessas novas formas de responsabilização, pois proporciona ao gestor as ferramentas de acompanhamento e controle dos processos, dos prazos, dos custos, das falhas, dos riscos e, principalmente, da qualidade do resultado. Sem fixação de parâmetros, a geração de dados, a fixação de metas e a transparência, não há como saber se os resultados foram atingidos e, muito menos, comparar os serviços prestados pelas diversas organizações públicas.

De todo o exposto e partindo do conceito de eficiência já apresentado por Fernanda Marinela na seção 1.3, a Gestão por Projetos se mostra um instrumento de concretização do princípio da eficiência em cada uma de suas facetas, conforme se evidencia a seguir:

- a) **presteza:** os projetos, na medida em que exigem o controle dos prazos e são, por natureza, temporários, exigem uma maior agilidade e foco na execução das tarefas;

- b) **rendimento funcional:** há um planejamento minucioso das competências e da força de trabalho necessárias à consecução do escopo do projeto, logo os projetos acabam por permitir um melhor aproveitamento dos recursos humanos disponíveis;
- c) **produtividade:** há divisão transparente e acompanhamento do cumprimento das obrigações de cada integrante da equipe do projeto, logo é possível que, com a mesma quantidade de recursos humanos, sejam entregues mais produtos, com mais qualidade;
- d) **economicidade:** em vez de planejar executando, a gestão de projetos permite que se planeje a atuação antes de executá-la, permitindo que melhores resultados sejam obtidos a um custo operacional menor;
- e) **redução de desperdícios do dinheiro público:** nos projetos, há o planejamento, o acompanhamento e o controle dos riscos e das falhas que envolvem a tarefa, logo há economia de recursos materiais e humanos e redução dos desperdícios na aplicação dos recursos públicos.

Além do princípio da eficiência, a Gestão por Projetos possui uma estreita relação com o princípio da transparência, pois permite que administradores e administrados conheçam e aprendam com os erros e acertos cometidos na execução do projeto, pois a exigência de documentação das atividades é um dos vetores desse importante instrumento de gestão.

## 5 A experiência da Procuradoria-Geral do Banco Central com a Gestão de Projetos (Projeto Recuperação de Créditos)<sup>3</sup>

A Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, dispõe, em seu art. 17, III, que compete aos órgãos jurídicos das autarquias “a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial”.

No mesmo sentido, a Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998, estabelece, no

---

<sup>3</sup> As informações desta seção foram retiradas do Plano do Projeto constante no Sistema de Gerenciamento de Projetos e Atividades (GPA) e dos relatórios bimestrais de avaliação do Projeto Recuperação de Créditos da Procuradoria-Geral do Banco Central (Relatório PGBC nº 12/2010 e nº 166/2009).

art. 4º, III, como atribuição dos titulares do cargo Procurador do Banco Central do Brasil “a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial”.

Em consonância com a legislação mencionada, o art. 36, III, do Regimento Interno do Banco Central do Brasil, instituído pela Portaria nº 267, de 4 de março de 1996, com a redação que lhe foi dada pela Portaria nº 43.003, de 31 de janeiro de 2008, compete à Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) “apurar a liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às atividades do Banco Central, bem como proceder à inscrição na dívida ativa destes créditos para efeito de cobrança administrativa e judicial”.

A fim de verificar a situação dos créditos sob sua responsabilidade, a PGBC realizou levantamentos de dados que demonstraram a existência, em 30 de junho de 2005, de 2.728 ações de execução fiscal, que representavam o saldo contábil nominal de R\$4.087.851.456,00 (quatro bilhões, oitenta e sete milhões, oitocentos e cinquenta e um mil, quatrocentos e cinquenta e seis reais) inscritos em dívida ativa e em cobrança judicial e mais R\$406.062.671,00 (quatrocentos e seis milhões, sessenta e dois mil, seiscentos e setenta e um reais) relacionados com precatórios e depósitos judiciais.

Em que pese ser uma atividade rotineira, a PGBC entendeu que seria necessário o desenvolvimento e execução de um projeto que aperfeiçoasse a forma de cobrança e recebimento dos créditos inscritos em dívida ativa e em execução fiscal.

Diante dessa necessidade, foi elaborado um plano para desenvolvimento do que se denominou Projeto Recuperação de Créditos. O referido plano propunha a criação de grupos de trabalho na sede e nas procuradorias-regionais do Banco Central com a participação de procuradores, analistas, técnicos e estagiários, com o objetivo de:

- a) identificar as execuções fiscais, em cada componente regional, apurando em que estágio se encontravam, selecionando, especialmente, as que envolvessem valores superiores a R\$100.000,00 (cem mil reais);
- b) deslocar servidores da Procuradoria-Geral, sede e regionais, para as seções judiciais e comarcas nas quais houvesse processo de interesse do Banco Central;



- c) localizar os endereços e levantar o patrimônio dos devedores, em cartórios de registro de imóveis, departamentos de trânsito dos estados, juntas comerciais e em outras entidades ou órgãos, em busca de bens de propriedade do devedor, sujeitos à penhora;
- d) contratar empresas ou profissionais especializados em pesquisas e levantamento da situação patrimonial de pessoas físicas e jurídicas;
- e) contratar empresas ou profissionais especializados em avaliação de bens móveis e imóveis; e
- f) visitar os magistrados com o objetivo de solicitar preferência na solução dos processos em curso nos respectivos órgãos jurisdicionais.

Com a adoção dessas medidas, a PGBC esperava obter os seguintes resultados:

- a) receber, em até três anos e seis meses, aproximadamente R\$1.348.174.238,00 (um bilhão, trezentos e quarenta e oito milhões, cento e setenta e quatro mil, duzentos e trinta e oito reais), correspondentes a 30% do total dos valores inscritos na dívida ativa, em precatórios e depósitos judiciais, com o devido acréscimo de correção monetária e juros;
- b) direcionar esforços nas cobranças judiciais com possibilidades reais de recebimento;
- c) reorganizar o banco de dados de controle das cobranças judiciais do Sistema de Acompanhamento de Ações Judiciais, Dívida Ativa e Precatórios (Sistema BCJUR), inclusive com a inclusão de informações que o tornarão automatizado quanto ao cálculo pericial;
- d) identificar as execuções fiscais passíveis de extinção do processo, na forma do disposto na Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, o que desonerará o Banco Central de dispendêr gastos superiores aos prováveis benefícios que eventualmente poderiam ser auferidos, na recuperação dos créditos;
- e) possibilitar uma melhoria técnica de tratamento, no BCJUR, das informações relativas ao acompanhamento das execuções fiscais;
- f) reparar o dano gerado ao Banco Central em decorrência do furto ocorrido nas dependências desta autarquia, em Fortaleza;
- g) preservar a imagem do Banco Central.

A Procuradoria-Geral submeteu o Plano de Projeto à consideração da Diretoria Colegiada do Banco Central, que, por meio do Voto BCB 103/2006, de 31 de março de 2006, acolheu a proposta e aprovou o Projeto Recuperação de Créditos do Banco Central, com o objetivo de recuperar valores em procedimento de cobrança, em depósito judicial ou em questionamento de precatórios.

De acordo com a proposta inicial submetida pela Procuradoria-Geral, o projeto teria a duração de 42 meses. Ao analisar o texto, Comitê de Projetos Corporativos sugeriu sua divisão em dois módulos, o primeiro deles com prazo de dois anos, findo o qual seria feita avaliação para sua continuidade.

Executado o primeiro módulo, ao cabo dos dois anos completos no mês de agosto de 2008, tal como sugerido pelo Comitê de Projetos Corporativos do Banco Central, a Procuradoria-Geral, após audiência da Gepro, na forma da regulamentação própria, propôs a continuação do projeto por mais dois anos, objetivando o cumprimento do segundo módulo. Tal prorrogação foi aprovada pelo Voto 276/2008, de 26 de agosto de 2008.

O projeto foi dividido inicialmente em nove etapas, a seguir apresentadas:

- a) aquisição de equipamentos para execução dos trabalhos (encerrada);
- b) contratação de estagiários para atuação no apoio logístico (encerrada);
- c) levantamento de dados (encerrada);
- d) consolidação dos dados (encerrada);
- e) contato com outras procuradorias arrecadoras (encerrada);
- f) resgate dos depósitos judiciais registrados na contabilidade do Banco Central (em andamento);
- g) identificação dos bens e localização dos devedores (em andamento);
- h) execução dos créditos (em andamento);
- i) avaliação dos resultados (em andamento).

Alguns dados referentes a determinadas etapas merecem destaque especial. Na fase de levantamento de dados, por exemplo, todas as 2.987 execuções fiscais do Banco Central foram examinadas e, para cada uma delas, foi preenchido um formulário de acompanhamento das execuções fiscais (FAE) no qual se resumiram todas as informações constantes dos processos judiciais.

Além disso, ainda no bojo dessa etapa, o procurador designado gerente do projeto visitou, juntamente com o representante da Administração Superior

da Procuradoria-Geral, todos os presidentes de tribunais regionais federais e, juntamente com os subgerentes-regionais, todos os juízes federais diretores de foro.

Na mesma diretriz, as visitas aos juízes comuns foram realizadas pelos subgerentes nas comarcas-sede de representação do Banco Central e pelos demais procuradores componentes do projeto nos respectivos órgãos judiciários, por ocasião do exame presencial dos processos, segundo as rotas de viagens previamente estabelecidas.

Na oportunidade, os procuradores deram ciência da importância do Projeto Recuperação de Créditos e de sua execução em todo o território nacional e solicitaram a agilização das execuções de interesse do Banco Central, o julgamento prioritário dos embargos à execução eventualmente interpostos contra a autarquia, a análise detida dos pedidos de redirecionamento da execução aos sócios da empresa executada e a utilização do BacenJud como forma de imprimir mais celeridade e segurança dos pedidos de bloqueios no sistema financeiro, em substituição aos ofícios em papel.

Já na fase de consolidação dos dados obtidos na fase de coleta, merece destaque a realização de classificação dos feitos por andamento processual e valor da execução atualizado, de modo a orientar o Projeto Recuperação de Créditos em etapas subsequentes. Um “produto” importante dessa etapa foi o **Relatório de Execuções Fiscais do Banco Central** (REF-PGBC), que permitiu uma visão panorâmica sobre a situação das execuções fiscais conduzidas pela Procuradoria-Geral do Banco Central.

Outra fase muito importante foi a que previu a troca de experiências com outras procuradorias arrecadoras. Nessa etapa, foram realizadas visitas aos coordenadores-gerais e procuradores-chefes de outras procuradorias arrecadoras com reconhecida experiência na recuperação de créditos, no Distrito Federal e em outras localidades, oportunidade em que foram analisados os métodos e o sucesso dos procedimentos que poderiam ser adotados pela Procuradoria-Geral do Banco Central nas fases subsequentes.

Os dados obtidos nas demais procuradorias arrecadoras e outros obtidos em diversos meios de comunicação e informação foram confrontados com a experiência prática dos membros do projeto na execução dos créditos do Banco Central, permitindo incorporar alguns novos procedimentos e excluir outros menos efetivos.

Esse aprimoramento dos procedimentos afetos às execuções fiscais do Banco Central foi objeto de recomendações de melhoria consignadas no Relatório dos Procedimentos para o Aprimoramento da Recuperação de Créditos do Banco Central (RPA), outro grande “produto” do projeto.

Com base nas recomendações constantes no referido documento, foi aprovado e instituído, por intermédio da Ordem de Serviço nº 4.320, de 28 de setembro de 2007, do Banco Central, o **Manual de Procedimentos para as Execuções Fiscais do Banco Central**, que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados nos processos de execução fiscal no âmbito da Procuradoria-Geral e de suas representações regionais.

Outra etapa que representou um avanço nas rotinas de execução da Procuradoria-Geral do Banco Central foi a fase de identificação de bens e localização de devedores, que consistiu na adoção das medidas judiciais e administrativas visando à localização de devedores e o levantamento de seu patrimônio.

Tendo em vista o exacerbado percentual de insucesso na localização de devedores e bens suficientes à satisfação do crédito, o plano do Projeto Recuperação de Créditos previu a contratação de empresa ou profissional especializado na realização dessa atividade. A partir de uma relação dos devedores do Banco Central, entendeu-se que a empresa ou profissional deveria coletar as informações possíveis sobre o domicílio e sobre bens registrados em nome deles.

Com base nessa necessidade específica, foi contratada a empresa Localize Consultoria S/S Ltda. com o seguinte objetivo: localizar devedores e bens passíveis de penhora; identificar devedores; e localizar bens. Foram encaminhados à empresa, até agosto de 2009, 750 nomes de devedores para a realização da pesquisa contratada.

Os últimos dados colhidos na etapa revelam que, como resultado das 209 pesquisas já realizadas pela empresa, foram localizados 166 veículos e 402 imóveis.

Ao longo dos 42 meses de duração do projeto, foram recuperados R\$169,9 milhões, já contabilizados pela área financeira da autarquia, mediante um custo de apenas R\$1,3 milhão, do total de R\$5,3 milhões alocados ao projeto.

Em que pese os valores recuperados estejam abaixo da meta de recuperação fixada no planejamento do projeto, é interessante destacar, por oportuno, que

antes do início do projeto (entre os anos de 2000 e 2005), a Procuradoria-Geral do Banco Central arrecadou pouco mais de R\$2 milhões.

Além disso, como se asseverou na subseção 1.4, a eficiência pública não é medida com base no lucro obtido, logo o sucesso do projeto não pode ser mensurado exclusivamente com base no valor recuperado.

No caso em estudo, o principal resultado do Projeto Recuperação de Créditos é o aprimoramento das rotinas de execução da Procuradoria-Geral do Banco Central, notadamente no que se refere à padronização dos procedimentos a serem adotados nos processos de execução fiscal do referido órgão.

É interessante ressaltar, ainda que, além das fases já mencionadas, por força do disposto no Voto BCB 121/2008, de 9 de abril de 2008, foi ampliado o escopo do Projeto Recuperação de Créditos, para englobar as atividades referentes à guarda e alienação dos bens sequestrados em ações penais resultantes do furto ocorrido no Departamento do Meio Circulante da autarquia em Fortaleza.

Para se ter ideia da grandiosidade dessa etapa, todas as ações penais e medidas assecuratórias relacionadas ao furto foram analisadas (41 ações no total), acarretando a vinculação dos bens aos processos nos quais foram apreendidos, a individualização da situação jurídica de cada item, o mapeamento de todas as pendências para alienação antecipada de cada bem e o início do processo de saneamento das pendências mapeadas. Cabe o registro de que, nesse levantamento, foram identificados 744 bens sequestrados ou passíveis de sequestro.

Além disso, na qualidade de assistente de acusação, é feito o acompanhamento das 99 ações relacionadas com o furto,<sup>4</sup> envolvendo 123 pessoas processadas. Do número total de envolvidos, 35 já foram condenados, 11 foram absolvidos e 77 estão aguardando julgamento.

Em relação à etapa de Fortaleza do projeto, foi apropriado pelo Banco Central (referente exclusivamente ao numerário apreendido comprovadamente produto do furto) o valor de R\$19.406.063,15 (dezenove milhões, quatrocentos e seis mil, sessenta e três reais e quinze centavos). Do total de itens inventariados (744), foram leiloados cinquenta itens, resultando na apuração de R\$2.067.805,69 (dois milhões, sessenta e sete mil e oitocentos e cinco reais e sessenta e nove centavos).

---

<sup>4</sup> Desse total de 99 ações: 25 são ações penais, 16 são pedidos de medidas assecuratórias em sentido amplo e 58 são pedidos de restituição de bens e embargos de terceiro.

Ante todo o exposto, verifica-se que os resultados obtidos pela Procuradoria-Geral com a utilização dos projetos e das suas técnicas de gerenciamento são expressivos. A utilização da Gestão por Projetos propiciou, ainda, mais transparência acerca dos custos e benefícios das atividades desenvolvidas pela Procuradoria-Geral do Banco Central.

Além disso, na medida em que impõe a documentação e disponibilização de todos os dados obtidos na execução do projeto (tantos os positivos quanto os negativos), a Gestão por Projetos tem propiciado que a Procuradoria-Geral do Banco Central conheça e aprenda com os próprios erros, evitando que se repitam em novas oportunidades.

A prática tem demonstrado à Procuradoria-Geral do Banco Central que o Gerenciamento de Projetos, em que pese ser um instrumento de gestão tipicamente privado, é uma ferramenta importante para o aumento da eficiência de qualquer instituição, independentemente de sua natureza pública ou privada.

## 6 Conclusão

Como se pôde perceber ao longo deste trabalho, o modelo gerencial na Administração Pública surgiu como tentativa de solução de problemas decorrentes da deturpação do sistema burocrático e da consequente criação de um “estamento burocrático”, que proporcionaram solo fértil para o surgimento de um preconceito em relação ao próprio modelo. O modelo gerencial se propunha promover o aumento da qualidade e da eficiência dos serviços oferecidos pelo Poder Público aos seus clientes: os cidadãos.

Observou-se, ainda, que o modelo gerencial está fundado em três grandes pilares: *i*) a constitucionalização do princípio da eficiência; *ii*) a flexibilização dos procedimentos; e *iii*) a utilização de instrumentos de gestão da iniciativa privada.

No que se refere ao conceito de eficiência, restou demonstrado que sua origem não é jurídica e há divergência das noções oferecidas pelas esferas pública e privada e pelas ciências da Economia, da Administração e do Direito.

Ainda nesse aspecto, expôs-se que, em que pese guardarem alguma semelhança, os conceitos de eficácia, efetividade e eficiência não se confundem,

sendo certo concluir que, no sentido jurídico, a eficiência também deve abarcar a ideia de eficácia da prestação ou de resultados da atividade realizada.

Já em relação à flexibilização dos procedimentos e à utilização de instrumentos de gestão da iniciativa privada, apresentou-se o Gerenciamento de Projetos como umas das ferramentas de gestão que foram incorporadas pela Administração Pública.

Após a apresentação de conceitos básicos sobre o assunto, pôde-se perceber que a gestão de projetos está intrinsecamente ligada à eficiência do setor público, pois a metodologia de implementação de projetos é um empreendimento planejado e realizado por pessoas, com recursos limitados, no qual se utilizam ferramentas de acompanhamento de metas, controle de processos, de prazos, de custos, de falhas e riscos e, principalmente, da qualidade do resultado.

Além disso, verificou-se que gestão de projetos permite a análise crítica do andamento e dos objetivos anteriormente estabelecidos pela administração estratégica da organização.

Evidenciou-se, ainda, que é um equívoco de interpretação presumir que a eficiência possa se realizar fora das regras procedimentais e que a Gestão por Projetos possa ser um instrumento de incremento da eficiência na Administração Pública sem abdicar do controle procedimental.

Observou-se que a reforma da gestão só surte efeitos na eficiência da Administração Pública quando é pensada em termos de governança. Na prática, isso significa que a gestão pública ideal deve envolver necessariamente o planejamento estratégico. Enquanto na Administração Pública burocrática o planejamento está limitado às leis e regulamentos, sem casos individuais ou sem levar em conta possíveis respostas de adversários, o planejamento estratégico inaugurado pelo modelo gerencial envolve uma definição pormenorizada dos processos a serem seguidos e das estratégias a serem adotadas, dependendo das respostas.

A Gestão por Projetos proporciona ao gestor público as ferramentas de acompanhamento e controle dos processos, dos prazos, dos custos, das falhas e riscos e, principalmente, da qualidade do resultado.

Sem fixação de parâmetros, a geração de dados, a fixação de metas e a transparência, não há como saber se os resultados foram atingidos e, muito menos, comparar os serviços prestados pelas diversas organizações públicas.

Nesse aspecto, ressaltou-se que, além do princípio da eficiência, a Gestão por Projetos possui uma estreita relação com o princípio da transparência, na medida em que permite que administradores e administrados conheçam e aprendam com os erros e acertos cometidos na execução do projeto, pois a exigência de documentação das atividades é um dos vetores desse importante instrumento de gestão.

Esse banco de dados de “lições aprendidas” pela Administração Pública no desempenho de suas funções permite que os administradores conheçam suas falhas e aprendam com erros cometidos, evitando que se repitam em novas oportunidades.

Por fim, demonstrou-se, na prática, como a Gestão por Projetos pode representar um ótimo instrumento de concretização do princípio da eficiência na Administração Pública, apresentando a experiência e os resultados obtidos pela Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil com a utilização da referida ferramenta de gestão.

## Referências

ARCHIBALD, Russel D.; PRADO, Darci. **Gerenciamento de Projetos para Executivos**. Nova Lima, MG: INDG Tec. e Serviços, 2004.

ARAGÃO, Cecília Vescovi de. Burocracia, Eficiência e Modelos de Gestão Pública: um Ensaio. **Revista do Serviço Público**. Brasília, Enap, ano 48, n. 3, set./dez., 1997.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **O Gerenciamento de Projetos no Banco Central**. Brasília: 2009.

\_\_\_\_\_. **Metodologia de Gerenciamento de Projetos do Banco Central**, v. 2.0. Brasília: 2010.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade da reforma do Estado**: entre eficiência e democratização. Barueri: Manole, 2003.



BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 4 ed.

São Paulo: Paz e Terra, 1992.

BRAGA, Douglas Gerson. **Conflitos, Eficiência e Democracia na Gestão Pública**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1998.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO – Mare. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado**. Brasília: 1995.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**. v. 120, n. 1, jan./abr., 1996.

\_\_\_\_\_. Da Administração Pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

\_\_\_\_\_. A reforma gerencial do Estado de 1995. **Revista de Administração Pública**, v.4, n. 34, p. 7-26, jul./ago. 2000a.

\_\_\_\_\_. **Reforma do Estado para a Cidadania – A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional**. São Paulo: Editora 34, 2000b.

\_\_\_\_\_. Uma nova gestão para um novo Estado: liberal, social e republicano. **Revista do Serviço Público**, ano 52, n. 1, jan./mar. 2001.

\_\_\_\_\_. Modelo estrutural de gerência pública. **Revista de Administração Pública**, v. 42, n. 2, mar./abr. 2008.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. Entre o Estado e o mercado: o público não-estatal. In: **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. Reforma Administrativa (primeiras impressões). **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 11, nov. 1998.

CACERES, Luiz Carlos Carvalho. **Módulo I do Curso de Desenvolvimento de Gerentes de Projeto**. Curso desenvolvido pela Gepro – Gerência-Executiva de Projetos do BC. Brasília: 2009.

CARDOZO, José Eduardo Martins. Princípios constitucionais da Administração Pública – De acordo com a Emenda Constitucional nº 19/98. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Wagner. A Reforma Administrativa da Nova Zelândia nos anos 80-90: Controle Estratégico, Eficiência Gerencial e Accountability. **Revista do Serviço Público**, n. 3. Brasília, Enap, set./dez., 1997.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**. 4 ed. São Paulo: MacGraw-Hill, 1979.

DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizador: Formação do Estado e Civilização**. v. 2. (Trad. de Ruy Jungmann). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

JAQUES, Tim. **Project Management: A Lever of Change in the Public Sector**. Disponível em: <[http://www.pmi.org/eNews/Post/2009\\_12-04/PM-A-Lever-of-Change-in-the-Public-Sector.html](http://www.pmi.org/eNews/Post/2009_12-04/PM-A-Lever-of-Change-in-the-Public-Sector.html)>. Acesso em: 11 jun. 2010, 18h15min00.

JENKINS, Kate. A reforma do serviço público no Reino Unido. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. v.1. 2 ed. Bahia: Juspodivm, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MELLO, Magno A. Correia de. **Burocracia, Modernidade e Reforma Administrativa**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. **Reforma Constitucional** – Emenda Constitucional nº 19/98. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORONI, Marco Aurélio; HANSEN, Peter Bent. Gestão por processos e a gestão de projetos: um modelo gerencial para alocação de recursos. **Revista Gestão Industrial**, n.1, v. 2, p. 47-58, jan./mar. 2006.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da eficiência da Administração Pública**. São Paulo: LTR, 2003.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos de Sociologia Compreensiva**. (Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa). v. 1, 3 ed. Brasília: UnB, 1994.

WEBSTER JUNIOR, Francis M; KNUSTON, Joan. O que é Gerenciamento de projetos? Conceitos de Gerenciamento de Projetos e Metodologias. In: DINSMORE, Paul C.; CABANIS-BREWING, Jeannette. **Manual de Gerenciamento de Projetos**. (Trad. de Adriane Cavalieri). Rio de Janeiro: Brasport, 2009.

# A Concretização do Princípio da Moralidade Administrativa à Luz do Utilitarismo

César Cardoso\*

*1 Introdução. 2 O princípio da moralidade. 3 Ética e Moral, Política e Direito. 4 Utilitarismo. 5 Concretizando o princípio da moralidade segundo critérios utilitaristas. 6 Conclusão.*

## Resumo

Procura demonstrar que critérios, adotados por uma das principais escolas da teoria da moral – o Utilitarismo – para se conhecer a conduta reta, são apropriados para a concretização do princípio da moralidade e permitem a quem pratica o ato administrativo e a quem o fiscaliza agir com maior segurança. O exame, após uma abordagem da relação entre a Ética e o Direito e uma apresentação do Utilitarismo, é feito por meio do relato de casos apreciados pelo Poder Judiciário, comparando-se as soluções alcançadas pelo critério das cortes de justiça, vagas e fluidos, e pelo critério utilitarista. A conclusão é no sentido da vantagem de se usarem parâmetros elaborados pela Ética, em relação aos quais o operador do Direito não pode permanecer alheio sob o argumento ultrapassado de que regras morais e jurídicas devem ser tratadas separadamente.

**Palavras-Chave:** Princípio da moralidade. Concretização do princípio. Ética. Utilitarismo.

---

\* Procurador do Banco Central em São Paulo. Especialista em Direito Econômico e das Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e em Direito Público pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP).

### *Abstract*

*The Principle of Morality, regarding its high degree of generalization and indetermination, has been applied, as much as by public agent and by judge, without objective criterion, which causes legal instability. The work tries to show that criteria, adopted by one of the main schools of moral theory, the Utilitarianism, in order to know the straight action, are appropriated for the concretization of the that principle and allow the agent and the auditor to act with more safety. The investigation, after talking about the relationship between Ethics and Law and introducing Utilitarianism, is done by the study of judicial cases, comparing solutions achieved by judicial, vague and fluid, and utilitarian criteria. The conclusion is that it is an advantage to use Ethical parameters.*

**Keywords:** *The Principle of Morality. Concretization of principle. Ethics. Utilitarianism.*

## 1 Introdução

A Constituição de 1988, refletindo a tendência de moralização do Direito indicada por Antônio José Brandão (1951),<sup>1</sup> não só institui um Estado Democrático de Direito como também um Estado Moral na medida em que relaciona entre os fundamentos da República Federativa do Brasil “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III) e, entre os objetivos fundamentais desta República, “promover o bem de todos” (art. 3º, IV). Com efeito, “dignidade” e “bem” são expressões de conteúdo eminentemente moral, e se o Estado brasileiro agir em desrespeito à dignidade humana ou em desconsideração ao bem comum, estará portando-se como um Estado imoral e indo de encontro à vontade popular manifesta na Carta Política.

Sempre ocorreu, como processo natural de produção do Direito, a atribuição de juridicidade à Moral, positivando-se valores havidos pela comunidade como

---

1 “Designou-se por ‘moralização do Direito’, com aquele gosto pelos letreiros ousados e pouco rigorosos tão característicos de nossa época, o desejo de submeter a atividade jurídica a preocupações de natureza moral [...] Mas contrariando os vaticínios dos sábios, o desejo persistiu, veio a transformar-se lentamente em uma das tendências mais características do pensamento jurídico contemporâneo.” (BRANDÃO, 1951, p. 454).

moralmente adequados, em um determinado momento histórico, e de acordo com certo desenvolvimento cultural, como forma de protegê-los, ampliando-se o alcance das normas morais e as consequências de sua inobservância, antes restritas a eventual censura de foro íntimo ou do círculo de relação do agente, de eficácia duvidosa quanto à coibição. Mas agora, em um Estado Moral, vai-se além, procurando-se eliminar o paralelismo entre normas morais e normas jurídicas, sintetizado na máxima segundo a qual nem tudo o que é Direito é honesto, para estabelecer-se que só é Direito o que é honesto.

Coerentemente com essa espécie de Estado, o ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição da República e por meio de diversas normas infraconstitucionais, dedica particular atenção à moralidade dos agentes públicos, o que desvela a especial preocupação das forças políticas e sociais do Brasil com a conduta daquelas pessoas que exercem funções como prepostos do Estado.

A moralidade, erigida a princípio constitucional pelo art. 37, *caput*, da Constituição de 1988, deve informar a conduta do agente público,<sup>2</sup> seja ele agente político, seja ele servidor público, e sua inobservância deve acarretar a nulidade de ato imoral e a punição do agente, conforme previsto em vários estatutos jurídicos. O art. 85, V, da Constituição aponta como crime de responsabilidade praticado pelo presidente da República a ação ou omissão contra a probidade na administração – indicada pela doutrina como moralidade administrativa qualificada (SILVA, 2002, p. 649). A Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, que define os crimes de responsabilidade do presidente da República, de ministros de Estado, de ministros do Supremo Tribunal Federal e do procurador-geral da República, inclui entre os crimes aqueles contra a probidade administrativa (art. 4º, V, e § 9º), e estabelece como sanções a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer função pública durante período determinado. O Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a responsabilidade de prefeitos e vereadores, assinala como infrações político-administrativas, entre outras, o proceder de modo incompatível com a dignidade e o decoro do cargo, e prevê a cassação do mandato como sanção. A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, aponta como dever do servidor a manutenção de conduta compatível com a moralidade administrativa (art. 116, IX) e como pena a demissão em caso

---

2 Entendemos que a imposição, por parte da Constituição da República, de uma conduta moral no trato da coisa pública não se restringe ao administrador público, razão pela qual preferimos usar, em regra, a expressão “agente público”.

de improbidade administrativa (art.132, IV). A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui normas para licitações e contratos administrativos, dispõe que a licitação deve ser processada e julgada segundo, entre outros, o princípio de moralidade. A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, fixa como obrigação do agente público de qualquer nível ou hierarquia velar pela estrita observância do princípio de moralidade e dispõe sobre sanções aplicáveis a esses agentes nos casos de improbidade administrativa, descrevendo detalhadamente várias hipóteses de conduta ímproba e prevendo sanções severas como a perda da função pública e a suspensão de direitos políticos. São exemplos que revelam a importância do tema moralidade.

Tal cuidado justifica-se em face da lesão que o patrimônio público vem sofrendo, desde os tempos da formação da nação brasileira, mediante a ação desonesta de quem deveria proporcionar a justa distribuição dos bens da coletividade depositados nas mãos do administrador público para guarda e boa administração, lesão essa que contribui decisivamente para a crônica escassez de recursos destinados a políticas públicas de erradicação da pobreza e de redução das escandalosas desigualdades sociais ainda existentes no país. Estudos econômicos demonstram que a corrupção, por exemplo, afeta os fatores de produção e sua acumulação, porque espanta investimentos, ou reduz a sua efetividade, e cria incertezas jurídicas, o que prejudica o crescimento econômico e o desenvolvimento social (SILVA, 2006).

Chama a atenção, contudo, o fato de que, apesar de todo esse conjunto de leis destinadas a tutelar o bem público mediante o combate à ação imoral do agente público e de quem com os Poderes públicos se relacionam, em que há, inclusive, lei com mais de cinquenta anos de existência, segue a história, e a coibição de comportamentos que atentam contra a moralidade administrativa mostra-se pouco eficaz.

As crises, decorrentes da agressão à moralidade praticada por parlamentares, juízes e administradores, renovam-se sem que se obtenha da sociedade civil uma reação que não se limite ao escândalo e do Estado uma ação que reduza substancialmente comportamento tão lesivo ao bem comum.

Várias são, certamente, as questões provocadas pela nossa incapacidade para avançar na direção de padrões escandinavos de conduta moral do agente público, entre elas o porquê da ineficiência do aparato legal disponível em nosso sistema

jurídico de combate à imoralidade administrativa. Neste trabalho, partiremos do pressuposto de que uma das causas dessa ineficiência é a de que o mandamento nuclear que alicerça o sistema jurídico que disciplina a moralidade administrativa, isto é, o princípio da moralidade, carece de adequada concretização para que sirva de critério claro à exata inteligência e aplicação das normas que integram aquele sistema. Com efeito, a ausência de critério moral torna de tal modo vago os conceitos de bem e mal, de honesto e desonesto, de justo e injusto – e subjetiva a conformação do comportamento a esses conceitos –, que beiram a anomia. Poderíamos afirmar, parafraseando Dostoiévski: sem norma moral, tudo é permitido. O problema que então se apresenta consiste em como concretizar o princípio para que ele cumpra sua finalidade. A experiência revela, como se verá, que doutrina e jurisprudência se limitam a equiparar moralidade com honestidade e boa administração, o que é insuficiente para solucionar o problema, uma vez que honestidade e boa administração são expressões de conteúdo tão vago quanto o de moralidade. Entendemos ser necessário irmos à Ética para obtermos os instrumentos que nos permitam preencher esse conteúdo. A opção pelo Utilitarismo deriva da observação de que a teoria moral formulada por essa corrente filosófica gira em torno do princípio segundo o qual a conduta correta é aquela que busca a maximização da felicidade e a minimização do sofrimento de todos os afetados pela conduta, e de que, em última instância, a felicidade das pessoas é a principal razão do Estado brasileiro estampada na Constituição – promover o bem de todos – e, por conseguinte, da Administração Pública. Não pretendemos, aqui, apontar as respostas filosóficas trazidas pelo Utilitarismo como as únicas capazes de satisfazer à necessidade de concretização do princípio da moralidade, nem desconhecemos que essa corrente possui limitações, como de resto, todas as linhas de pensamento. Intentamos, sim, demonstrar que o critério oferecido pela teoria moral construída pelos utilitaristas merece, no mínimo, ser considerada, quando da interpretação e aplicação das normas administrativas, pelos agentes públicos e pelos que controlam os atos desses agentes, tendo em mente que a aplicação do princípio da moralidade administrativa, sem o apoio em critério ético, resulta em seu esvaziamento e em insegurança jurídica que tende não apenas a favorecer aqueles que atuam em detrimento do bem da coletividade, mas também a injuriar os que se conduzem de forma inteiramente compatível com os ideais republicanos.



## 2 Princípio da moralidade

O art. 37 da Constituição, nunca é demais repetir, estabelece que 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. Institui os alicerces daquilo que Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 50) denomina regime administrativo, isto é, um complexo lógico formado por princípios e regras interligados vertical e horizontalmente. A explicitação de vários princípios pela Constituição expõe a crescente importância atribuída pela consciência jurídica aos princípios de direito, antes relegados pelo Positivismo e empregados apenas para fins diretivos em caso de omissão – se infrutífero o uso da analogia e, em seguida, o dos preceitos fixados pelos costumes, conforme determinação do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Igualmente a evolução da teoria dos princípios denuncia a relevância desses institutos, apontados pelos pós-positivistas não mais como meros balizamentos hermenêuticos, mas como verdadeiras normas ao lado das regras.

Indaga-se: o que é um princípio? Paulo Bonavides (1997, p. 230) apresenta investigação feita por Riccardo Guastini a respeito dos conceitos de princípio formulados pela doutrina e pela jurisprudência, agrupados em seis sínteses: *i)* normas providas de alto grau de generalidade; *ii)* normas providas de alto grau de indeterminação, carentes de concretização pela via interpretativa para que possam ser aplicadas ao caso concreto; *iii)* normas de caráter programático; *iv)* normas superiores na hierarquia das fontes de Direito; *v)* normas que desempenham papel fundamental no sistema jurídico; e *vi)* normas dirigidas aos órgãos de aplicação para a escolha dos dispositivos aplicáveis nos diversos casos. E, acentuando a normatividade deles, conclui: os princípios são a chave do sistema.

Magistral definição de princípios, não sem razão citada e recitada, é a de Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 747):

3. Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo

de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

O eminente administrativista apresenta os princípios como normas e vai além: destaca-os como normas que trazem em seu bojo valores fundamentais que sustentam o sistema na condição de estrutura mestra. Os princípios, portanto, não só mantêm em pé o edifício jurídico construído por uma nação segundo o seu estágio civilizatório, como traçam a direção e os limites a serem observados de modo a preservar o edifício e a nação e a acolher os que clamam pela tutela do Direito. O agente público, ao elaborar regras de natureza administrativa, ao aplicá-las de ofício, ou ao dizer do Direito quando provocada a prestação jurisdicional, deve guiar-se pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sob pena de atentar gravemente contra o regime administrativo e de desviar a Administração de sua missão precípua. Entretanto, como visto, os princípios possuem alto grau de generalidade e de indeterminação e necessitam de concretização por meio de interpretação para que possam ser adequadamente aplicados. Esse aspecto é evidente no caso do princípio da moralidade, certo que moralidade é um conceito indeterminado, vago, na linguagem de Eros Grau, fluido, na de Celso Antônio Bandeira de Mello, o que requer do agente público o preenchimento do conteúdo do princípio diante do caso concreto. O que se percebe, no entanto, relativamente ao princípio da moralidade, é que não há critério para sua concretização, não tendo sido a doutrina nem a jurisprudência capazes de dar-lhe maior densidade. Os conceitos de princípio da moralidade ensinados pelos constitucionalistas e administrativistas comprovam a dificuldade em fixar os seus contornos.

A doutrina é unânime em apontar Maurice Hauriou como o primeiro a tratar do princípio da moralidade, na obra *Précis de Droit Administratif et Droit Public* (FIGUEIREDO, 1999, p. 84), ao apreciar o desvio de poder, definindo-o assim: “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração” (*apud* BRANDÃO, 1951, p. 457). Esse conceito é adotado, entre nós, por José Afonso da Silva (2006, p. 648) e Hely Lopes Meirelles (2000, p. 83). Este último, mencionando as lições de Hauriou e de Henri Welter, assinala que

a moral administrativa se distingue da moral comum, sugerindo a existência de leis éticas da própria Administração, vinculadas à boa administração, isto é, à ideia geral de administração e à de função administrativa. Mais nebuloso é impossível. Com efeito, tal definição leva a crer que a Administração possui uma moral própria, peculiar, estabelecida por uma disciplina interna, que pode inclusive ir de encontro à moral comum. E quem estabelece essa disciplina? O superior hierárquico, como pretende Lacharrière? (*apud* BRANDÃO, 1951, p. 459). É perigosa uma moral formada *interna corporis*, porque descompromissada com o que está fora, com o que não integra a Administração. Pode-se argumentar que não há esse perigo, indicando a existência de limites impostos pela função administrativa e por prescrições técnicas. Cabe recordar, entretanto, que a História conheceu, em diversos momentos, uma tecnocracia autoproclamada asséptica e mesmo amoral, colaboracionista com regimes autoritários e imorais, nazifascistas ou comunistas. Antônio José Brandão (1951, p. 460) esclarece, contudo, que a moral administrativa, segundo classificação de Bergson, é fechada, porque surge do esforço da Administração de ajustar-se à sua finalidade, como defesa do sistema, mas também se comunica com a moral comum da sociedade.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992, p. 6), nos passos de Antônio José Brandão, procura, a partir do conceito delineado por Hauriou, e conjugando as lições de Bergson com as de Weber, classificar a moral administrativa como fechada e de resultados, isto é, como uma deontologia própria do agente público no exercício profissional da administração pública, do qual se exige “absoluta fidelidade à produção de resultados que sejam adequados à satisfação dos interesses públicos” identificando-a com o dever da boa administração. Leciona que haverá vício da moralidade administrativa se o ato praticado fundar-se em motivo inexistente, insuficiente, inadequado, incompatível ou desproporcional, ou visando a objeto impossível, desconforme ou ineficiente. Também José Augusto Delgado (1992, p. 34) distingue a moral administrativa da moral comum pela presença, naquela, da boa administração como referencial.

Essas definições, que identificam a moralidade administrativa pela finalidade da Administração Pública e pela exigência de boa administração, acabam por preencher o princípio da moralidade administrativa com conteúdo próprio dos princípios da finalidade e da eficiência e, em última instância, conduzem à ausência de distinção entre aquele princípio e o princípio da legalidade, porque,

é lição antiga, o interesse público, cuja satisfação é a finalidade da Administração Pública, é definido, em um Estado de Direito, pela lei. A finalidade da Administração, portanto, é fixada normativamente. Ao desatender o interesse fixado pela lei, implícita ou explicitamente, por má administração ou por desvio de finalidade, viola-se a legalidade. Se assim é, por que a Constituição destaca, ao lado do princípio da legalidade, o princípio da moralidade administrativa? Não seria suficiente especificar apenas aquele princípio? A Carta Política não tratou o princípio da moralidade como um subprincípio; antes, elevou-o ao mesmo patamar do da legalidade, pelo menos no âmbito da Administração Pública, para dizer que não basta ser legal, é necessário também ser moral. Por essa razão, há de se avançar além do Direito para se alcançar o conteúdo da moralidade, há de se ir até a Ética. Por isso, é mais apropriado apresentar moralidade como sinônima de honestidade, ou de dignidade, vocábulos cujos conceitos são encontrados na ética e não na lei.

A jurisprudência, por sua vez, também faz menção a princípios administrativos indiscriminadamente e não elucida o que é moralidade administrativa: em geral limita-se a declarar que determinada conduta é, ou não é, contrária ao princípio, sem esclarecer o porquê, sob a aparência de que a resposta é óbvia ao senso comum. A título de exemplo, o Supremo Tribunal Federal, no MS 23.780-5 – MA, tratando de nepotismo, disse: “A proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos é medida que homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública, em qualquer esfera do poder.” (STF, DJ de 3/3/2006, p. 71). Realmente, parece ser fora de dúvida para a maioria das pessoas que não é correto o agente público valer-se da sua condição de autoridade pública para preencher cargos ditos de confiança com cônjuges, filhos e outros parentes. Mas, por que – perguntarão padrinhos e apadrinhados –, se a própria denominação do cargo indica que ele é destinado a pessoas da confiança do agente que tem o poder de nomeação? Eles têm o direito a uma motivação mais bem elaborada, pois são os fundamentos da decisão que a legitimam, ao se apresentarem como um discurso convincente aos interessados de boa-fé. Consoante observa Inocêncio Mártires Coelho (2002, p. 69) “num autêntico Estado de Direito, as decisões dos agentes públicos, para se reputarem legítimas, devem convencer aqueles a quem tenham a pretensão de obrigar.”

Em outro acórdão, proferido na ADI 2.661-5 – MA (STF, DJ de 23/8/2002, p. 70), debatendo-se a constitucionalidade de lei estadual autorizadora do depósito de disponibilidades de caixa dos estados-membros em instituições financeiras não oficiais, em face do art. 164, § 3º, da Constituição, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, a par do estado-membro não possuir competência para editar lei com essa finalidade, as normas que permitem o depósito de disponibilidades de caixa dos estados-membros em instituições financeiras não oficiais podem ofender o princípio da moralidade, “transgredindo, desse modo, valor constitucional impregnado de substrato ético e erigido à condição de valor fundamental que rege as atividades do Poder Público” quando não impedirem “desvios ético-jurídicos” da parte do administrador ímprobo, dos quais resultem privilégio e favorecimento, destituídos de causa legítima, a determinadas instituições financeiras de caráter privado. Esse acórdão menciona precedente no qual se assinala que a regra de depósitos em bancos oficiais é saneadora e vai ao encontro do princípio da moralidade porque evita, na esfera municipal, que prefeito faça, como seu, saldo médio com depósitos da prefeitura, para obter empréstimo pessoal.<sup>3</sup>

Na ADI 3.324-7-DF, o Supremo, fazendo uma interpretação conforme a Constituição, entendeu que a lei autoriza a transferência de alunos de universidades por força de remoção de militar desde que observada a congeneridade das instituições envolvidas, não podendo ocorrer a transposição de uma particular para uma pública, à luz dos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade, porque, do contrário, ocorreria privilégio em relação aos servidores civis (STF, DJ de 5/8/2005, p. 5).

Também o Superior Tribunal de Justiça, na grande maioria dos casos julgados por aquela Corte em torno da questão, considera a conduta do agente público atentatória ao princípio da moralidade quando ocorre favorecimento pessoal, em hipóteses de licitação e concurso, e quando há locupletamento sem causa por parte da Administração.<sup>4</sup>

Como se vê, é, em regra, em hipóteses de favorecimento pessoal por parte do agente do Estado que as decisões judiciais têm apontado desrespeito ao

---

3 ADI 2.600 – ES, Pleno, Relatora Ministra Ellen Gracie,

4 Resp 545.471, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 19.09.2005, p. 187; RMS 18.022, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 05.09.2005, p. 437

princípio da moralidade como fundamento para condená-lo. Entretanto, tal favorecimento, conceitualmente, fere mais diretamente outros princípios básicos do Direito Administrativo, o da supremacia do interesse público sobre o privado e, especialmente, o da impessoalidade, como bem percebeu o ministro Néri da Silveira, no MS 21.814 – RJ, ao apreciar pedido de anulação de ato de nomeação de juiz togado de tribunal regional do trabalho. Tratava-se de caso em que, na deliberação da escolha dos nomes da lista tríplice a ser encaminhada pelo tribunal regional ao presidente da República para nomeação do juiz, participou o pai do nomeado. O nomeado fora incluído na lista graças a um voto de diferença em relação ao quarto colocado. Disse então S. Exa. a propósito da conduta do agente público dotada de parcialidade – no caso concreto um ato administrativo praticado por um juiz:

32. Não é, porém, apenas contra o princípio da MORALIDADE – conceito que tem forte carga de subjetividade e que varia, no tempo e no espaço –, que atenta o ato impetrado.

33. O pecado capital que cometeu o ato guerreado está, muito mais, em ter desafiado o princípio constitucional da IMPESSOALIDADE, este, sim, de OBJETIVA noção, pois independente de critérios temporais ou espaciais e, ao contrário, jungido, unicamente à ocorrência de pressupostos situados no mundo dos FATOS (DJ de 10/6/1994, p. 14785)

Merece destaque a observação do eminente ministro a respeito do conceito de moralidade: “que tem forte carga de subjetividade e que varia, no tempo e no espaço”. Percebe-se, dos exemplos aqui extraídos da doutrina e da jurisprudência, a grande dificuldade dos profissionais que lidam com o Direito em preencherem esse conceito para objetivá-lo, o que acaba por forçá-los a tomar emprestada a definição de expressões menos subjetivas para definir o que é moralidade. Contudo, esse empréstimo não é o meio mais apropriado para fixar conceitos, porque a Ciência do Direito, como qualquer ciência, requer precisão conceitual, exige expressões desprovidas de ambiguidade, se possível unívocas, a fim de que possa anunciar com maior fidelidade o fenômeno observado, atribuir-lhe o valor justo e aplicar-lhe a norma pertinente.

Não se deseja afirmar que um princípio seja necessariamente excludente de outro, que um comportamento que viola a moralidade não possa violar também

a legalidade, por exemplo, e vice-versa. Compreende-se que, em regra, os princípios estão de tal forma interligados, uns revelando-se desdobramentos de outros, que a afronta a um representa, não raro, a afronta a vários, especialmente quando o agredido diretamente é menos genérico e abstrato. Desrespeitar o princípio da competitividade na licitação, *v.g.*, negando a mesma oportunidade a todos os eventuais interessados na concorrência, que possuam as condições necessárias para dela participar, significa também desconsiderar o princípio da impessoalidade, que rejeita qualquer discriminação impertinente em relação aos administrados, e, ainda, o da isonomia, segundo o qual todos são iguais perante a lei, e assim por diante. Surge, porém, esta questão: o que distingue o da moralidade dos demais princípios relacionados no art. 37 da Constituição? O que é moralidade? A resposta a essa questão há de ser buscada na Ética.

### 3 Ética e Moral, Política e Direito

A palavra “ética” pode adquirir duas conotações: a primeira refere-se à ciência, também denominada Filosofia Moral, que possui como objeto o estudo do comportamento humano segundo uma ordem que considera determinada ação boa ou má, correta ou errada; a segunda, sinônima de moral ou moralidade, diz respeito ao próprio objeto de estudo da Ética, isto é, um sistema de valores e normas que estabelece como deve ser o comportamento humano.

Há autores que utilizam indiscriminadamente as expressões “ética” e “moral”. De fato, sob o aspecto etimológico, elas possuem o mesmo significado – **hábito** –, embora tenham origens diversas: a primeira vem do grego *éthos* e a segunda do latim *mos*. Outros preferem ser mais precisos no uso das palavras. Adotaremos, neste trabalho, a diferenciação entre ética e moral para deixar claro quando nos referimos à ciência e quando tratamos do conjunto de valores e normas por essa ciência investigados.

A Ética, pelo que se extrai das lições de Vázquez (2005, p. 22), possui uma função investigativa, isto é, ela busca conhecer e revelar a realidade do comportamento moral de uma determinada sociedade em um determinado momento histórico, examinando desde a origem desse comportamento até os critérios pelos quais são demonstrados o acerto ou o erro de uma conduta. Ela verifica, por exemplo, que

a contratação de parentes por gestores da coisa pública, para o exercício de cargo ou função pública, é habitual em uma dada coletividade. Aprecia, então, se essa conduta é racionalmente justificável. Para o professor espanhol, esse é o limite da Ética. Pensamos, contudo, que o âmbito da Ética é mais amplo. O filósofo da Ética não é um mero espectador. A Ética possui função eminentemente prática, pois não só apresenta como nos comportamos moralmente, mas também oferece métodos e critérios racionais para identificarmos como deveríamos nos comportar, recomendando o abandono do conforto da redoma de vidro. Richard Mervyn Hare (2003, p. 7) ensina que “a ética, ou filosofia moral, é o ponto no qual os filósofos chegam mais perto de questões práticas de moral e política. Desse modo, ela fornece grande parte da justificativa prática para fazer filosofia.” Henry Sidgwick (1982, p. 5) afirma, acertadamente, que o moralista tem um objetivo prático: conhecer a conduta reta para agir retamente. O agente público, como aquele que o fiscaliza, ou o que com ele lida, deve ser um moralista no trato com a coisa pública, porque, como visto, o Estado brasileiro é um Estado Moral. Deve, conseqüentemente, identificar qual é a conduta moralmente correta a ser seguida, e não pode se furtar a segui-la. É uma imposição constitucional. Retornando ao nosso exemplo, deve, assim, o administrador refletir se a contratação de parentes é moralmente justificável à luz dos conhecimentos fornecidos pela Ética e atuar em conformidade com a conclusão a que chegar a respeito do que é certo, sendo-lhe vedado agir diferentemente.

O papel da Ética é de tal modo fundamental para a sociedade que Aristóteles (1987, p. 10) chega a identificá-la com a ciência política, num dos sentidos da expressão, a qual ele chama de arte mestra, por ser a que investiga o bem, ou antes, o sumo bem, fim último almejado pelo indivíduo e pelo Estado, e a que oferece ao legislador, mediante seleção estratégica das ciências a serem estudadas e do saber por elas fornecido, os meios para que ele exerça sua função diretiva, estabelecendo o que se deve e o que não se deve fazer, visando ao bem humano.

A intimidade existente entre Ética e Política, indicada por Aristóteles e por filósofos da Moral, parece ser fato esquecida ou desprezada contemporaneamente, especialmente por quem faz política, conseqüência talvez de uma visão embasada no realismo político, segundo o qual há uma autonomia total da Política em relação à Ética e à Moral, cujo domínio se restringiria à vida privada. Para a política realista é legítima a busca, a qualquer preço, da consecução do



fim desejado, o que tem custado caro a muitas sociedades. Acatamos, aqui, o ensinamento de Vázquez de que são elas ciências distintas: a Ética cuida das relações entre indivíduos e entre esses e a coletividade, e a Política trata das relações entre grupos (classes, povos etc.). Mas o próprio Vázquez (2005, p. 96), corroborando o pensamento aristotélico, admite que a Moral efetiva é um fato social e não pode ser separada da Política, porque a primeira regula relações entre pessoas e, com isso, cumpre uma função social.

De fato, não deve o legislador elaborar leis que agridam a moralidade, isto é, contrárias ao que a sociedade concorda como correto, e atentatórias ao bem comum, porque, ainda que formalmente imaculadas, essas leis se revelarão ilegítimas e inconstitucionais – por traírem a vontade do legítimo dono do poder e por serem incompatíveis com o Estado Moral instituído pela Constituição de 1988. Leis dessa espécie só serão cumpridas pela força e não pela adesão voluntária, como observa Eduardo Bittar (2002, p. 438). Em uma sociedade na qual a liberdade é uma conquista fundamental e a lei é, antes de tudo, uma limitação a essa liberdade, uma vez que alguém só é obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo em virtude de lei, abre-se mão de parte da liberdade somente pela compreensão de que tal limitação é indispensável para a manutenção da própria liberdade, para preservação da paz social e para a realização da justiça. Do contrário, o que se tem é revolta, ainda que reprimida, porque inaceitável a lei que não se coaduna com a moral prevalecente. Com efeito, ninguém deve ser obrigado por lei a fazer aquilo que moralmente não deve fazer e tampouco a se abster daquilo que deve fazer. Vale lembrar, como exemplo, a lei seca que vigorou, nos Estados Unidos, de 1920 a 1933, cujos efeitos nefastos são notórios. De iniciativa de alguns grupos puritanos e imposta sem considerar a vontade da maioria dos membros da sociedade norteamericana à época, a lei que proibia a fabricação, venda e consumo de bebidas alcoólicas não correspondia à moral dominante, razão pela qual, antes de coibir as atividades ligadas ao consumo de álcool, ela favoreceu o desenvolvimento de organizações criminosas voltadas para o tráfico da bebida proibida e para atividades paralelas, como a prostituição.

O legislador, portanto, deve estar atento à moral do seu tempo, o que, reconhecemos, não é tarefa fácil em uma era marcada pelo pluralismo e pelo relativismo. Para tanto, faz-se imprescindível que ele se valha de critérios racionais oferecidos pelas teorias morais para enfrentar aquelas questões éticas,

especialmente em relação àquelas cujas soluções escapem ao consenso, como aborto, eutanásia, casamento entre pessoas do mesmo sexo, ações afirmativas, entre outras, e para que ele possa fazer escolhas justificáveis.

Também não deve o juiz interpretar e aplicar a lei de modo ofensivo à moral, sob pena de desmoralizar o Poder Judiciário diante da coletividade, levando à descrença dos jurisdicionados em relação à capacidade do Estado de fazer justiça e ao direito estatal de monopolizar a violência, estimulando a nem sempre consequente busca de soluções dos conflitos mediante a justiça privada. Mais do que isso, o juiz, em seu papel criativo de transformar princípios e regras genéricas e abstratas em normas do caso concreto, perscrutando o significado e o alcance do enunciado legislativo para aplicá-lo na solução de uma lide, há de atentar para o fato de que, na realidade, ele, como intérprete-aplicador, não é neutro ou imparcial. Ele carrega em si uma concepção de vida e de mundo elaborada ao longo de sua existência, a partir do ambiente familiar em que nasceu e cresceu, e influenciada por vários fatores, entre os quais o meio em que exercita sua capacidade de se relacionar consigo e com as coisas do mundo. O que experimentou e o que deixou de experimentar refletirá no seu entendimento da experiência do outro. Suas crenças e descrenças, obtidas na busca do saber ou impostas pela ignorância, demarcarão o rigor ou a flexibilidade com que julgará a conduta alheia, inclusive e principalmente sob o aspecto moral. Ele poderá ser um provinciano, embora viva entre Nova Iorque, Londres e Paris, ou um cosmopolita, apesar de jamais ter saído de Königsberg. Ele traz consigo uma pré-compreensão do objeto examinado que precisa ser superada para que se alcance a compreensão, isto é, a apreensão mais próxima possível da realidade. Para tanto, há de se valer dos instrumentos oferecidos pela razão e pelo estado da arte, e, no que tange às questões morais, às teorias formuladas no âmbito da Ética. Ensina o professor Inocêncio Mártires Coelho (2002, p. 25):

[...] toda pré-compreensão possui algo de irracional porque, entre outros fatores que a determinam, ela resulta de pré-juízos, pré-suposições ou pré-conceitos – ideias-crenças ou evidências não refletidas, no sentido em que Ortega y Gasset as distinguiu das ideias propriamente ditas, que resultam de nossa atividade intelectual –, torna-se necessário racionalizar, de alguma forma, essa pré-compreensão, o que se obterá pela reflexão crítica [...].

O chefe do Executivo e seus auxiliares, por sua vez, assim como o que ocorre com o legislador e com o juiz, não devem desconsiderar a moral quando traçarem as diretrizes para as políticas públicas. Não podem levar em conta, tão-somente, um projeto de conquista e manutenção do poder. Hão de balizar suas opções políticas não só pelos interesses individuais e partidários, mas primordialmente pelo bem da nação, como observado por Aristóteles. O componente moral deve ter peso decisivo na hora de o chefe do Executivo ou de a autoridade competente escolher, em face da escassez de recursos, entre construir prédios hospitalares e comprar ambulâncias, entre pagar melhor professores e burocratas e construir pontes e equipamentos de saneamento básico, entre gastar com publicidade ou com segurança pública, entre investir em infraestrutura e pagar a dívida externa e a interna. A responsabilidade moral do chefe de Estado e de Governo apresenta-se ainda maior do que a dos demais agentes políticos pelo simbolismo que envolve sua figura. Ele é visto como o representante maior da nação perante as nações, por isso chamado o mais alto dignitário do país, aquele que deve possuir a honra necessária para ocupar um cargo tão digno e elevado e para exercer a função de liderança do povo que o escolheu.

Não por outra razão, insistimos em usar a expressão agente público em vez de administrador público quando nos referimos ao que deve observar o princípio da moralidade, para abranger todo o que exerce função pública, inclusive o chefe do Executivo e seus auxiliares diretos, o legislador e o juiz.

Neste ponto, cabe abordar a relação entre Moral e Direito. Permanece o relevo do tema, porque é necessário afastar preconceito advindo da cultura jurídica formada sob a influência do positivismo, que pretende eliminar qualquer ponto de contato entre Moral e Direito. A matéria é tratada já nas primeiras lições oferecidas ao aluno da faculdade de Direito, em que se procura grifar a distinção entre normas morais e normas jurídicas. A Moral estaria relacionada apenas com o foro interno, o Direito, com o externo, sendo a coercibilidade a marca distintiva deste último. Porém, uma análise mais aprofundada revela que as diferenças são menores que as semelhanças. Tanto o Direito quanto a Moral estabelecem normas de caráter imperativo, regulamentando as relações humanas – tendendo também a regular a relação do ser humano com outras espécies –, em dado momento histórico e em dado território, visando à paz social. As obrigações morais também são, em grande medida, formuladas

pela comunidade, e não pelo indivíduo, envolvem relações intersubjetivas, e seu descumprimento não raramente resulta em reprovação, por parte dessa mesma comunidade, mais severa do que a prevista em lei. A dívida de jogo não obriga o pagamento, dispõe o art. 814 do Código Civil. Entretanto, o jogador que deixar de pagá-la certamente será proscrito do ambiente de apostas, o que pode representar pena capital para quem não consegue viver sem jogar. Direito e Moral estão relacionados com o universo de valores e normas (GOMES, 1998, p. 5), estabelecidos a partir da experiência dessa comunidade, de modo a permitir que ela exista e se desenvolva. Um e outra proibem matar – a não ser em hipóteses excepcionais –, porque, obviamente, se permitissem, a espécie humana já teria sido extinta.

A proximidade é tal que, consoante ensina Franco Montoro (1991, p. 94), o Direito pode ser considerado uma ciência normativa ética ou moral em sentido amplo, porque procura orientar a conduta humana indicando “como agir”, reunindo duas características de uma ciência dessa natureza: tem por objeto material a atividade humana e por objeto formal o bem, que, no caso do Direito, é a justiça. Para Del Vecchio (*apud* MONTORO, 1991, p. 97), o Direito constitui a ética objetiva, e a Moral, a ética subjetiva.

Percebe-se que, o que efetivamente separa o Direito da Moral é a escolha de certos valores feita pelo Estado, para tutelá-los, acolhendo determinada regra ou determinado princípio como seus e, conseqüentemente, usando todo o peso de sua força para assegurar o cumprimento da norma ou o restabelecimento do *statu quo ante* na hipótese de violação.

Atualmente, no Direito brasileiro, a distinção perde sentido prático, por causa da positivação da Moral mediante a elevação do seu *status* a constitucional. Direito e Moral aqui se confundem.

## 4 Utilitarismo

As teorias morais podem ser agrupadas em duas escolas principais: a deontológica e a teleológica ou consequencialista. Para a primeira, a obrigação moral deriva do dever em si, independente das conseqüências que possam advir da ação ou omissão (*déon*, do grego, significa ‘dever’). Para a outra, a obrigação

moral decorre exclusivamente das consequências da conduta, sendo irrelevante a intenção do agente (*télos*, do grego, significa ‘fim’).

A teoria deontológica pode ser subdividida em “do ato” e “da norma”. A deontológica do ato enfatiza o ato em particular; a da norma, a regra geral. A teoria consequencialista pode ser dividida em “egoísmo ético” e em “utilitarismo de ato” e “utilitarismo de regra”. A teoria consequencialista do egoísmo ético considera a obrigação moral relacionada com as consequências trazidas para o agente. A teoria utilitarista atenta para as consequências que abranjam um maior número de beneficiários sem necessariamente excluir o agente. Martin Diego Farrel (1998, p. 190) explica a diferença estrutural entre essas teorias:

A distinção entre as teorias éticas deontológicas e as consequencialistas é fácil de precisar se prestarmos atenção às suas diferentes estruturas. Todas as teorias morais fazem distinção entre dois componentes: o bom e o correto. As teorias consequencialistas sustentam a prioridade do bom sobre o correto: definir primeiro o bom, o correto consiste – naturalmente – em realizar aquelas ações que promovam o bom. Os deontologistas, ao contrário, não acreditam que o bom tenha prioridade sobre o correto, nem que o correto se defina em termos daquilo que promove o bom.

Para o deontologista, o correto e o bom correspondem a “não matar”, nada importando se a morte de um possa resultar na salvação de cinco, por exemplo. Já para o consequencialista, o correto é “não matar”, a não ser que essa conduta, em vez de provocar um bem, cause um mal maior do que o matar.

O pensador paradigmático da teoria deontológica é Immanuel Kant (1734-1804). Para Kant (2004, p. 82), o único móbil da vontade humana deve ser a lei moral. A ação que não ocorrer por força exclusiva do amor a essa lei terá caráter legal, mas não moral. Qualquer ação movida por outro impulso, como o do interesse, e ainda que paralelo à lei moral, é, segundo ele, “pura hipocrisia”. A lei fundamental da razão prática pura é a seguinte (imperativo categórico kantiano): “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer sempre como princípio de uma legislação universal”. Para Kant, a lei moral “não mentir”, por exemplo, é absoluta, porque, como decorrência da exigência de universalização estabelecida pelo imperativo categórico, seriam inadmissíveis exceções, porque a regra deixaria de ser universal. Diante dessa regra moral,

aquele alemão que residisse na Berlim governada pelo nazismo deveria, ao ser indagado por um agente da SS, informar a existência de judeus na vizinhança, ainda que, conhecedor das consequências dessa informação, estivesse ciente de que a mentira protegeria os vizinhos.

O contraponto a Kant, no que concerne à Filosofia Moral, seria o filósofo inglês Jeremy Bentham (1748-1832), um dos principais representantes do Utilitarismo. Contrariamente a Kant, Bentham atribui primazia não à lei moral em si, não ao dever, mas à consequência boa ou má da conduta, e vincula o acerto ou erro da conduta aos seus efeitos. Segundo Bentham (2003, p. 8), as ações da espécie humana são governadas eminentemente por dois sentimentos: dor e prazer. E não só o que fazemos, mas também o que pensamos e dizemos são comandados pelo prazer ou pela dor. A partir dessa constatação, Bentham fixa inicialmente o princípio em torno do qual girará toda sua teoria e servirá como pedra fundamental do Utilitarismo: **o princípio da utilidade**, segundo o qual uma ação é moralmente aprovada ou desaprovada conforme sua tendência para aumentar ou diminuir a felicidade dos alcançados pelos efeitos dessa ação. **Utilidade**, diz Bentham, é a propriedade de todo e qualquer objeto que tende a produzir benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade e a prevenir dor, mal ou infelicidade para aqueles cujos interesses devem ser considerados. Posteriormente, Bentham (2003, p. 62) acresce a esse princípio, se não o substitui, o **princípio da maior felicidade**, que estabelece que a maior felicidade de todos aqueles interessados na questão é a única, correta, apropriada e universalmente desejada finalidade da ação humana. Eis o “imperativo categórico” benthamiano: “Age de forma a contribuir com a maximização da tua felicidade e da felicidade do maior número.” (CAILLÉ, 2004, p. 43).

Conforme já assinalado, pretendemos examinar se o Utilitarismo oferece critério moral capaz de permitir ao intérprete-aplicador do Direito a concretização do princípio da moralidade administrativa. Pensamos que, para o intuito deste trabalho, não se faz necessário o aprofundamento na comparação entre a Deontologia e o Utilitarismo. Requer-se, sim, um exame mais profundo acerca do que é o Utilitarismo.

O Utilitarismo é também chamado, por alguns, hedonismo universalista, porque, em oposição ao hedonismo egoísta, para o qual o fim da ação é somente a felicidade individual, busca a maximização da felicidade e a minimização

do sofrimento em relação ao maior número de interessados. Eis como Henry Sidgwick (1982, p. 411), também um utilitarista clássico, o define:

Por Utilitarismo é aqui entendido a teoria moral para a qual cada conduta, sob quaisquer circunstâncias, é objetivamente correta quando produz uma maior quantidade de felicidade para o todo; isto é, leva em conta todos cuja felicidade é afetada pela conduta.

John Stuart Mill (2000b, p. 187), discípulo de Jeremy Bentham, e o primeiro a usar a expressão “utilitarismo” para definir a escola filosófica ora apreciada, assim a identifica:

O credo que aceita a utilidade ou o princípio da maior felicidade como a fundação da moral sustenta que as ações são corretas na medida em que tendem a promover a felicidade e erradas conforme tendam a produzir o contrário da felicidade. Por felicidade se entende prazer e ausência de dor; por infelicidade, dor e privação de prazer.

Vê-se que o Utilitarismo iguala o sumo bem à felicidade, ou seja, é a felicidade que toda a ação humana almeja alcançar. Mas isso não foi uma novidade introduzida pelo Utilitarismo. Já Aristóteles (1987, p. 11) reconhecia haver um consenso entre os homens, cultos ou não, acerca de ser a felicidade o fim mais alto da ação. Porém, ele verificava também que a concordância limita-se a isso, pois quanto ao que seja a felicidade diferem as opiniões de homens comuns e de sábios.

De fato, a observação acurada percebe que todo o ser humano busca, como fim último, ser feliz, apesar da dificuldade em se definir o que é felicidade. A caçada insaciável ao poder, ao dinheiro, à fama é a luta pela conquista de meios presumivelmente capazes de obter felicidade. Mesmo quando se opta pela ascética renúncia aos prazeres do mundo, ou pelo sacrifício da própria vida em uma guerra santa, o que se deseja é a felicidade, própria, embora na Cidade de Deus, ou dos outros, simbolizados pela pátria. Mesmo quando se lança em rituais de dor própria ou do outro, o que se deseja é o prazer.

Para os utilitaristas clássicos, a felicidade está no prazer e a infelicidade na dor, sendo que prazer inclui todos os sentimentos agradáveis, e a dor, todos os desagradáveis (SIDGWICK, 1982, p. 120). Prazer é o deliciar dos sentidos e a

satisfação dos desejos, dor é a agressão aos sentidos e a frustração dos desejos. Mill, em resposta à hipocrisia daqueles que consideram vil uma vida cuja finalidade seja exclusivamente o prazer, esclarece que tal prazer não se restringe aos corpóreos, nem sua avaliação se limita à quantidade. Afirma que os prazeres corpóreos são inferiores aos prazeres mentais, por serem estes últimos, segundo os cálculos utilitaristas, mais permanentes, mais seguros, menos custosos etc.

Tendo em vista o fim apontado pelo Utilitarismo, isto é, a maximização da felicidade e a minimização do sofrimento, e levando-se em conta que, como teoria moral, ele deve oferecer critérios de decisão a respeito da conduta correta para se alcançar aquele fim, o Utilitarismo indica alguns meios, cálculos até, para se avaliarem o prazer e a dor.

Jeremy Bentham (2003, p. 19) ensina que, para se verificar se um ato tende a maximizar a felicidade e, portanto, é bom, ou se tende a maximizar a dor, e, assim, é mal, é preciso fazer um balanço entre prazer e dor, levando em conta o número de pessoas afetadas e o valor de todo o prazer e de toda a dor causados. Para obter o valor do prazer e o valor da dor, ele entende que o prazer e a dor serão maiores ou menores conforme as seguintes circunstâncias: sua intensidade, sua duração, sua certeza ou incerteza, sua possibilidade próxima ou remota de acontecer, sua fecundidade, sua pureza e sua extensão.

Sidgwick (1982, p. 413) leciona que a Maior Felicidade é o saldo do prazer sobre a dor. Ele assume que prazer e dor podem ser comparados quantitativamente; cada um desses sentimentos possui certa intensidade, positiva ou negativa, um peso em uma escala ideal. O resultado decorre do contraste entre a quantidade de um e de outro.

O cálculo utilitarista não se apresenta simples, é de se reconhecer, porque não é simples mensurar dor e prazer. Porém, a complexidade do método não é razão para ele ser descartado. Vale lembrar que os tribunais já dimensionam rotineiramente a dor sofrida por vítimas de danos morais e estabelecem um valor econômico para compensar o sofrimento, embora a novidade trazida pela Carta de 1988 tenha sido muito questionada sob o argumento de que a dor não pode ser medida e muito menos avaliada em dinheiro.

Deve-se levar em conta que utilitaristas admitem que cálculos dessa espécie são feitos em circunstâncias excepcionais, isto é, quando a moral comum não oferece uma solução para o dilema comportamental. Reconhecem que seria



difícil viver se, para toda decisão envolvendo o acerto ou o erro de uma ação, fosse necessário proceder a tais cálculos. Por esse motivo R. M. Hare (*apud* SINGER, 2002, p. 103), um utilitarista contemporâneo, propõe dois níveis de raciocínio moral: o intuitivo e o crítico. O crítico é aquele por meio do qual se procura examinar todas as consequências prováveis de uma ação, calculando-se, a partir dessa análise, quanto de prazer e quanto de dor essa ação causará e qual o saldo final, vale dizer, se resulta ou não na maximização da felicidade. Trata-se, portanto, de raciocínio complexo e pouco prático para ser adotado cotidianamente. O intuitivo, por outro lado, é o que deve ser seguido no dia a dia, aquele orientado pelas regras morais fixadas pela experiência das civilizações, adquirida ao longo da história, a qual certifica a tendência de as condutas que seguirem essas regras produzirem boas consequências, como não matar, não furtar, não mentir etc. A moral do senso comum, explica Sidgwick (1982, p. 423), não raramente está em consonância com a moral utilitarista. Ele chega mesmo a afirmar que aquela seria, ao menos inconscientemente, utilitarista.

É necessário, neste ponto, assinalar que existem várias formas de Utilitarismo, sendo a classificação mais acolhida aquela que o subdivide em Utilitarismo de ato e em Utilitarismo de regra. O primeiro considera correta ou incorreta cada ação individual por suas consequências particulares; o segundo considera como correta ou incorreta a adoção de um tipo de ação, tendo em vista as consequências que tendem a ocorrer na hipótese, ou melhor, que em regra ocorrem. Farrell (1998, p. 31) lembra, como exemplo de uma regra geral, “o respeito às promessas”. Acrescenta a essa classificação a generalização utilitarista, segundo a qual uma ação é correta se, adotada por todo mundo, suas consequências são desejáveis. Sócrates, atento à regra geral de que todos devem cumprir as promessas e respeitar leis e às consequências do descumprimento dessa regra, parece adotar uma atitude utilitarista diante da oferta de Críton de subornar a vigilância e ajudá-lo a fugir da prisão e a escapar à condenação imputada ao filósofo pelo Estado ateniense. Mesmo considerando injusta a sentença e conhecendo a opinião pública favorável à compra da sua salvação, Sócrates recusa a proposta, sob o argumento de que ele prometera cumprir as leis de Atenas – leis que, inclusive, o favoreceram em outras circunstâncias, permitindo-lhe, por exemplo, uma boa educação –, e a quebra dessa promessa implicaria aniquilamento das leis da República. “Acreditas que um Estado pode subsistir se as suas sentenças legais

não têm poder e, o que é mais grave, se os indivíduos as desprezam e aniquilam?”, indaga o sábio, conhecedor da repercussão de seu exemplo (PLATÃO, 2000, p. 109). É certo que o não cumprimento de promessas tende a levar à insegurança nas relações intersubjetivas, o que provoca sofrimento, e a não observância das leis, instabilidade coletiva, com severas consequências para o Estado e para a sociedade se a conduta se torna generalizada, causando maior sofrimento ainda.

Há, ainda, a distinção entre o Utilitarismo clássico, de Bentham, Mill e Sidgwick, e o preferencial, de Peter Singer. Enquanto o clássico considera correta a ação que maximiza o prazer e minimiza o sofrimento, o preferencial entende por correta a ação cujas consequências correspondam à preferência de quaisquer seres afetados pela ação (SINGER, 2002, p. 104).

O Utilitarismo tem sido objeto de questionamentos emitidos por diversos críticos. Bentham, em especial, sofreu ataques pessoais por pensadores como Goethe, Nietzsche, Marx, Keynes, entre outros, críticas essas recheadas de adjetivos – como estúpido, medíocre, sem talento e sem caráter –, e carecedoras de argumentos. Talvez o grande equívoco dessa teoria moral seja sua denominação, por atrair a ira puritana dos que consideram pautar uma ação pela sua utilidade algo mesquinho, algo que vai de encontro à nobreza da ação desinteressada.

Dizem, também, que é a ética para a qual os fins justificam os meios, por mais repugnantes que estes sejam, ou, ainda, a que autoriza a coletividade a causar dor a um grupo ou a um indivíduo se, tudo balanceado, ao final resultar superávit de prazer. A escravidão ou o extermínio de um determinado grupo de pessoas seria moralmente justificável se isso produzisse um saldo positivo de felicidade para o conjunto.

Na atualidade, John Rawls (2002, p. 24), a partir de uma leitura do Utilitarismo clássico sintetizado por Sidgwick, é o crítico dessa teoria de maior repercussão. Rawls afirma que os dois conceitos principais da Ética são os de justo e de bem e que a estrutura de uma teoria ética é em grande parte determinada pela forma como ela define e interliga esses conceitos. Comparando sua teoria da justiça como equidade com a visão utilitarista de justiça, ele observa que esta última desconsidera o justo e preocupa-se tão-somente em maximizar o bem, enquanto aquela prioriza o justo em relação ao bem. O Utilitarismo não se importa com a forma como são distribuídos os bens. O que interessa para essa teoria é que a distribuição satisfaça ao máximo a soma dos desejos racionais dos indivíduos.

Tampouco, diz, ela atenta para as diferenças entre as pessoas. Ele declara:

Nesta concepção de sociedade os indivíduos isolados são vistos como um número correspondente de linhas ao longo das quais direitos e deveres devem ser atribuídos e os poucos meios de satisfação distribuídos de acordo com certas regras, de modo a permitir o preenchimento máximo de carências. A natureza da decisão tomada pelo legislador ideal não é, portanto, substancialmente diferente da de um empreendedor que decide como maximizar seus lucros por meio da produção desta ou daquela mercadoria, ou da de um consumidor que decide como maximizar sua satisfação mediante a compra deste ou daquele conjunto de bens.

Para Rawls (2002, p. 24), o Utilitarismo só considera as liberdades básicas de modo secundário, priorizando o aumento do bem-estar agregado, quando a prioridade absoluta, numa sociedade justa, deve ser dada às exigências da liberdade e do direito, sendo inadmissível a sujeição dos direitos assegurados pela justiça “à negociação política ou ao cálculo dos interesses sociais”.

Como se verá mais adiante, o Utilitarismo não deixa de considerar direitos fundamentais como a liberdade e a igualdade, nem os interesses de todos os afetados pela ação. Há, ao contrário, uma preocupação especial em conciliar a exigência da maximização da felicidade geral com a dos direitos fundamentais. O Utilitarismo percebe a estreita ligação entre a felicidade individual e a geral. Uma depende da outra. Com efeito, a supressão ou a ameaça à liberdade individual, se não legitimada por autorização legal democraticamente aprovada e precedida do devido processo legal, impinge sofrimento não só à vítima, mas a toda a coletividade, pela insegurança que provoca. Hoje foi com o meu vizinho, amanhã poderá ser comigo.

Essa teoria ética, em seus diversos matizes, é perfeitamente compatível com a ideia do Estado moral instituído pela Constituição brasileira de 1988. É irrefutável que o Estado, para agir corretamente, deve atuar sempre visando ao bem comum, que, em última instância, equivale à felicidade geral.

Também é incontestável que o balizamento do ato administrativo deve ser, sempre e sempre, o interesse público, que há de prevalecer sobre o interesse privado, egoístico, sob pena de o ato ser nulo. E o que é o interesse público senão o interesse de todos aqueles que são afetados pelo ato, direta ou indiretamente?

Bentham (2003, p. 9), ao tratar do interesse da comunidade, observa que a comunidade nada mais é do que um corpo fictício, composto por indivíduos, e que, portanto, o interesse da comunidade é a soma dos interesses dos diversos membros que compõem essa comunidade. Bentham (2003, p. 9), outrossim, cômico de que a teoria moral que elaborava não se destinava a ser aplicada apenas pelos indivíduos, afirmava expressamente que ela devia orientar a ação do governo:

Uma medida de governo (que é apenas uma forma particular de ação, realizada por peculiar pessoa ou pessoas) deve ser considerada em conformidade com o princípio da utilidade ou ditada por ele, quando em certa maneira a tendência que ela tem para aumentar a felicidade da comunidade é maior do que a para diminuí-la.

Igualmente, a visão utilitarista é harmônica com a noção de um Estado Democrático, isto é, com um Estado em que a soberania popular é exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos (art. 14 da CF), prevalecendo o desejo da maioria, respeitados os direitos individuais. Ela valoriza, em especial, o princípio da igualdade, conforme fórmula benthamiana: “cada um conta por um, e ninguém por mais de um.” De acordo com Adam Smith (*apud* FARREL, 1998, p. 19), em uma monarquia prevalece o princípio da autoridade, em uma democracia, o da utilidade.

Dalmo Dallari (1995, p. 89) declara que as teorias “utilitárias” e “éticas” propõem fins expansivos para o Estado o que levaria ao embasamento de Estados totalitários: as primeiras porque indicariam como bem supremo o máximo de desenvolvimento material, mesmo que obtido em detrimento da liberdade e de outros valores fundamentais da pessoa humana; as segundas, porque preconizariam a supremacia absoluta dos fins éticos, cuja fonte seria o Estado, e conduziriam à não tolerância em relação a comportamentos em descordo com o moralismo oficial. A desconfiança quanto à viabilidade de o Utilitarismo oferecer elementos para a construção de sociedades autoritárias é justificável pela ênfase por ele dada à felicidade da comunidade, o que pode parecer desprezo pela felicidade individual. Tal suspeição é ampliada pelo fato de Bentham ter feito crítica às declarações francesas de direitos humanos (MONTROYA, 1998, p. 96). Cabe recordar, contudo, que Bentham considera o interesse da comunidade a

soma dos interesses individuais, e que, por conseguinte, os interesses individuais devem ser considerados quando da definição daquele interesse, e mais, sem discriminação dos interessados, em face do princípio da isonomia enunciado na fórmula acima mencionada. Cumpre lembrar, também, que a chamada ditadura da maioria é um risco presente em qualquer regime democrático. Valores como a liberdade e direitos das minorias não foram, contudo, menosprezados pelos utilitaristas. Pelo contrário. John Stuart Mill (2000a, p. 9), em sua obra clássica sobre a liberdade, mostra clara preocupação a respeito:

Além disso, a vontade do povo significa, em sentido prático, a vontade da parte mais numerosa ou mais ativa do povo – a maioria, ou os que logram se fazer aceitos como a maioria. Por consequência, o povo pode desejar oprimir uma parte de sua totalidade e contra isso não são necessárias menores precauções do que contra qualquer abuso de poder. Portanto, não deixa de ser importante a limitação do poder do governo sobre os indivíduos, mesmo quando os detentores do poder prestam regularmente contas à comunidade, isto é, a seu partido mais forte.

Mill alerta quanto à necessidade de proteção contra a “tirania da maioria”, que não se manifesta apenas pela ação do soberano, mas igualmente pela da opinião pública, que tende a impor as próprias ideias nem sempre de forma legítima. Mill enuncia o princípio da autoproteção, segundo o qual somente para o fim de defenderem-se podem a coletividade e os indivíduos interferir na liberdade de ação de qualquer um. Somente aquelas ações cujos efeitos alcancem terceiros ou a coletividade, com a possibilidade de causar-lhes danos, poderão ser objeto de legítimo controle por parte do Estado ou da comunidade. No que concerne àquelas condutas que dizem respeito exclusivamente ao indivíduo, ao seu corpo e à sua mente, ele, indivíduo, é soberano, e sua liberdade é absoluta. Daí o destaque dado por Mill às liberdades de consciência, de pensamento, de expressão e de publicação de opinião, de gosto e de atividade, e de associação.

Existe, também, outro princípio utilitarista que serve para afastar o risco de atitudes autoritárias: o da igual consideração dos interesses. De acordo com esse princípio, não devemos dar mais peso aos nossos interesses, ou ao dos que são do nosso grupo, do que o dado aos interesses de todos os afetados por nossa conduta (SINGER, 2002, p. 30). Cuida-se, portanto, de princípio do qual

se extrai a exigência moral de que iguais devem ser tratados com igualdade. Ninguém pode, e muito menos o Estado, agir sem levar em conta todos os interesses envolvidos – sejam os interessados quem forem, independentemente de origem, raça, credo, sexo, idade, espécie – nem fazer distinção quando não houver razão para fazer distinção, o que, aliás, está em consonância com o art. 3º, IV, da Constituição brasileira. Diz Peter Singer (2002, p. 30):

Todas [as caracterizações do ético] concordam que a justificação de um princípio ético não se pode dar em termos de qualquer grupo parcial ou local. A ética se fundamenta num ponto de vista universal, o que não significa que um juízo ético particular deva ser universalmente aplicável. Como vimos, as circunstâncias alteram as causas. Significa, isto sim, que, ao emitirmos juízos éticos, extrapolamos as nossas preferências e aversões. De um ponto de vista ético, é irrelevante o fato de que eu sou o beneficiário de, digamos, uma distribuição mais equitativa da renda, e você o que perde com ela. A ética exige que extrapolemos o “eu” e o “você” e cheguemos à lei universal, ao juízo universalizável, ao ponto de vista do espectador imparcial, ao observador ideal, ou qualquer outro nome que lhe dermos.

## **5 Concretizando o princípio da moralidade segundo critérios utilitaristas**

Pelo visto até aqui, o Utilitarismo oferece um critério de moralidade que está de acordo com o Estado Moral e Democrático de Direito estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil. Cabe, agora, examinar se esse critério é capaz de, realmente, orientar o agente público no sentido de ele praticar um ato que, sob o aspecto moral, é correto e bom, e, por conseguinte, atende ao princípio da moralidade, concretizando esse princípio.

Pelo que se extrai, em síntese, da teoria utilitarista, o agente pode, no seu cotidiano, conduzir-se segundo o utilitarismo de regra e adotar uma postura intuitiva, vale dizer, agir segundo aquelas regras morais consagradas pela experiência coletiva e que tendem a ir ao encontro do princípio da maior felicidade. É regra que integra a moral comum, por exemplo, não mentir, o que, no âmbito da Administração Pública, equivale a ser transparente. O agente

público, portanto, não pode, em geral, agir de forma sorrateira, ou divulgar meias verdades, sem atentar contra a moral. Excepcionalmente pode e deve guardar sigilo, em oposição ao princípio da publicidade, quando assim o exigir a segurança nacional ou a intimidade do administrado, mas, nesses casos, também deverá considerar, entre o segredo e a divulgação dos dados, o que pode causar maior felicidade ou maior sofrimento.

Haverá, porém, diversas ocasiões em que a moral comum não oferecerá solução para o dilema do agente, quando então ele, acolhendo a visão utilitarista, deverá fazer um juízo crítico, valendo-se da razão. Antes de tudo, deverá situar-se como um observador imparcial e, nessa condição, identificar as possíveis consequências desse ato em relação a todos aqueles que são por elas alcançados, sem discriminação, dando igual consideração a todos os interesses ou preferências envolvidos. Se o ato tender a maximizar a felicidade e a minimizar o sofrimento desses interessados, isto é, ampliar na maior medida a satisfação dos desejos deles e diminuir em ampla escala a frustração destes, ele será moralmente adequado. Não raro, um ato provoca prazer e também dor, especialmente quando esse ato implica uma escolha, porque optar é sacrificar uma das alternativas. O agente utilitarista deverá, nessas circunstâncias, em relação às sensações provocadas, fazer um balanço entre a intensidade, a duração, a certeza ou incerteza; a possibilidade próxima ou remota de acontecer; a fecundidade; a pureza e a extensão, das sensações provocadas. E ao final, procurará constatar se o resultado do cálculo é o superávit ou o déficit de prazer.

Ao avaliar, *v.g.*, se o ato de distribuição gratuita de camisinhas, durante o Carnaval, está de acordo com o princípio da moralidade, o administrador deverá, com base em dados confiáveis e imparciais, levar em conta que consequências tendem a surgir em decorrência desse ato: promiscuidade ou prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, ou ambas; nesta hipótese, o que prevalecerá, a promiscuidade ou a prevenção, o prazer ou a dor. O acesso mais fácil à camisinha, assim como ocorreu com o aparecimento dos contraceptivos, que impulsionou a revolução sexual na segunda metade do século passado, é de se presumir, tende a estimular a troca de parceiros. Isso pode causar prazer intenso, mas imediato e de pouca duração, para os beneficiados pela doação. Pode também provocar sofrimento aos membros de uma coletividade tradicional, avessa a encontros fugazes e a desencontros perenes, membros esses que preferem relações estáveis

solidificadas pelo casamento e realizadas no âmbito da família, e não estão interessados em gastar dinheiro público para satisfazer essa espécie de prazer. Independentemente disso, sabe-se que uma troca maior de parceiros no período de Carnaval é fato que não está relacionado diretamente com a distribuição de camisinha. É percebido como quase inerente ao comportamento carnavalesco. Esse comportamento, entretanto, oferece grande risco à saúde pública, por tender a disseminar doenças sexualmente transmissíveis, dentre as quais a mais destacada é a aids, as quais certamente causam grande sofrimento a todos os afetados e à coletividade, dor essa intensa, duradoura e certa, com custos bem maiores para os cofres públicos do que os decorrentes da distribuição de camisinhas que contribui para diminuir aquele risco. Nessas circunstâncias, pensamos que, numa visão utilitarista, o ato de distribuir camisinhas seria moralmente correto. Vê-se, assim, que o critério utilitarista permite ao agente público encontrar uma resposta ao dilema moral criado em torno de um tema polêmico, como o de distribuição gratuita de camisinhas pelo Poder Público.

Outra questão polêmica que pode nos servir para avaliar a aplicação do critério utilitarista é a relativa ao nepotismo, a respeito da qual já mencionamos decisão do Supremo Tribunal Federal (MS 23.780-5- MA). É interessante verificar se essa decisão sustenta-se à luz do Utilitarismo.

A contratação de parentes (ou de apadrinhados) por agente público é uma praxe secular existente nos três Poderes e envolve um número razoável de beneficiados, o que, por isso, é causa de felicidade de igual proporção de interessados. Sidgwick (1982, p. 433) anota que o senso comum prescreve como obrigação servir àqueles das nossas relações domésticas, a nós ligados por consanguinidade e amizade. Observa, ainda, que a benevolência derivada da afeição entre os seres humanos é um importante meio para se chegar ao fim utilitarista, e merece aprovação. Entretanto, ressalta que, de acordo com o Utilitarismo, deve-se aprovar não tanto a afeição por certos indivíduos, mas preferencialmente um sentimento mais universal de “entusiasmo de humanidade”. A felicidade, ainda que intensa, duradoura e certa, não deve ser restrita a um grupo eleito arbitrariamente. Conforme assinalado anteriormente, deve-se buscar a maximização da felicidade de **todos** os interessados e deve-se fazê-lo de modo imparcial, com igual consideração das preferências de todos os envolvidos. Aqueles interessados preteridos pelo critério de parentesco



(ou apadrinhamento), em número certamente maior do que os beneficiados, sofrerão grandemente por essa discriminação, especialmente em um país em que o desemprego é alto e as maiores e melhores oportunidades de emprego são oferecidas pelo Estado. Também sofrerá a coletividade, que não usufruirá de serviços públicos eficientes, porque o critério utilizado para assegurar essa qualidade não privilegia a competência. Daí que resultará um déficit de prazer em relação à dor, o que leva à conclusão de que o nepotismo, de fato, fere o princípio da moralidade, restando a decisão do STF de acordo com o Utilitarismo.

Outro tema examinado pelo Supremo: o depósito de disponibilidade de caixa dos Estados em instituições financeiras não oficiais. Aquela Corte, recordemos, entendeu que tal conduta ofenderia o princípio da moralidade porque beneficiaria determinadas instituições financeiras privadas (ADI 2.661-5 – MA). Privilegiou, entretanto, instituições financeiras oficiais, e pelo simples fato de serem oficiais, deixando de dar igual consideração aos interesses de todos os afetados pela conduta. Portanto, no que tange ao argumento da imoralidade da conduta, a decisão é frágil à minguada de critério. Sob o critério utilitarista, seria necessário verificar-se se a autorização para o depósito das disponibilidades de caixa dos Estados em instituição financeira não oficial ampliaria ou não a satisfação dos desejos de todos os interessados, isto é, se maximizaria a felicidade de todos os alcançados pelos efeitos da conduta, comparando suas consequências com as resultantes da realização dos depósitos em instituições oficiais. Com efeito, a experiência tem demonstrado que o simples fato de uma entidade ser pública não assegura a satisfação do interesse público.

Uma última decisão do STF a ser considerada, a da ADI 3.324-7 DF, que considerou a transferência de alunos de universidade privada para pública em decorrência da movimentação de militar um privilégio inaceitável pela Constituição em face do princípio da moralidade, entre outros. Vale aqui o mesmo raciocínio adotado em relação à questão do nepotismo. Favorecer os militares em detrimento dos servidores civis revela-se uma discriminação que contraria o princípio de que todos os interesses envolvidos devem ser igualmente considerados. E mais: é notória a dificuldade de ingresso nas universidades públicas, diretamente proporcional à facilidade de ingresso nas particulares, que oferecem até vestibulares agendados ou virtuais. É notório também o prazer provocado pela aprovação no vestibular público e a dor

decorrente da reprovação. E, certamente, maior é a frustração daquele que fez pontos suficientes para frequentar os melhores cursos, mas não o pode por falta de vagas causada pela destinação aos beneficiados com tais transferências. E há as consequências duradouras e danosas para a sociedade como um todo, como a que leva à descrença no trabalho árduo e no valor do mérito. A proteção de determinado grupo, não pelos seus méritos, mas pela mera condição de ser o grupo “tal”, fará felizes os integrantes desse grupo, mas infelizes os que não o integram e que, por mais se que esforcem por legitimamente merecer a mesma proteção, não a alcançarão por não poderem fazer parte do “clube”. Tende, portanto, a ir de encontro ao princípio da maior felicidade, a não ser que esse grupo seja majoritário, mas então não se tratará de privilégio. Porém, ainda que no curto prazo favoreça uma maioria, o que é pouco provável, no longo prazo a prejudicará por estimular o comodismo e a indolência. Assim, aqui o STF se posiciona outra vez em conformidade com o Utilitarismo.

Nota-se que, comumente, a jurisprudência tem condenado como imoral a conduta parcial e discriminatória do agente público, que busca tão-somente a satisfação dos próprios desejos ou dos desejos daqueles que lhe são próximos, decidindo, portanto, ainda que inconscientemente, de acordo com o Utilitarismo, que reconhece a máxima segundo a qual não é direito tratar duas pessoas diferentemente se os seus casos são similares em todas as circunstâncias materiais (SIDGWICK, 1982, p. 441).

Fica evidente, pelos exemplos expostos, que o Utilitarismo oferece critério satisfatório de concretização do princípio da moralidade. Além disso, disponibiliza a motivação indispensável tanto ao ato administrativo quanto ao ato judicial e legislativo, que se devem pautar pela moral.

## 6 Conclusão

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituiu não só um Estado Democrático e Social de Direito. Instalou, também, um Estado Moral, que tem por objetivo o bem de todos, sem discriminação de qualquer espécie. Os agentes públicos, por meio dos quais o Estado age, devem, portanto, não só atuar de acordo com a lei, mas também em conformidade com a moral, restando

indubitavelmente afastada, por aquela Carta Política, a dicotomia entre Direito e Ética, expressada na máxima segundo a qual nem tudo o que é legal é honesto. Hoje, a máxima há de ser a seguinte: se não for honesto, será ilegal.

A partir do ordenamento jurídico desenhado pela Constituição de 1988, o agente público deve atuar como um observador imparcial, voltado para a satisfação dos desejos, interesses e preferências de todos os alcançados por suas ações. Deve ser, assim, conseqüente, importando menos a retórica repleta de boas intenções e mais os resultados de seus atos.

O agente público, seja ele legislador, integrante do Executivo ou magistrado, não pode se furtar a observar o princípio da moralidade. Se contrariar esse princípio, praticará ato não só contrário à moral, mas também à Constituição, com as conseqüências que vão da nulidade do ato à responsabilização do agente. Portanto, necessita de critério moral que o oriente na elaboração das leis, na prática de ato administrativo e no exercício da jurisdição. Em geral, o agente público tem a sua disposição a moral comum – e não uma moral formada no interior da burocracia estatal, como pretendem alguns administrativistas –, que lhe oferece regras aplicáveis às questões morais cotidianas – os critérios intuitivos. Há, contudo, situações em que a solução para o dilema moral é complexa e requer um critério moral mais sofisticado, crítico.

O Utilitarismo, a partir do modelo clássico com os aperfeiçoamentos que se seguiram, é uma teoria moral que oferece esse critério, mostrando-se uma base doutrinária bastante satisfatória e adequada às necessidades desses agentes, uma vez que inteiramente compatível com o ordenamento jurídico construído pela Constituição.

Com efeito, de um lado, a Constituição estabelece como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana e como objetivos fundamentais dessa mesma República, entre outros, a promoção do bem de todos, sem qualquer forma discriminação, e a erradicação da pobreza, da marginalização e da desigualdade; de outro lado, o Utilitarismo prega que toda ação para ser moralmente aprovada deve tender à maximização da felicidade e à diminuição do sofrimento de todos os afetados por essa ação, levando-se em igual conta o interesse, o desejo e a preferência de todos eles.

A Constituição mesma, ao positivar os princípios da impessoalidade, da igualdade, da publicidade, da licitação e da eficiência, entre outros, acolhe

critérios utilitaristas, e ousamos dizer, por essa razão, revela-se, mesmo que não tenha sido esta a vontade consciente do constituinte, uma Carta Política utilitarista. Tanto isso é verdade que, na maioria das decisões dos tribunais superiores pesquisadas, nas quais é mencionado o princípio da moralidade como uma das razões de decidir, os intérpretes-aplicadores da Constituição têm adotado, embora inconscientemente e nem sempre com fundamentação clara, uma posição utilitarista.

Em conclusão, o Utilitarismo põe à disposição do agente público instrumentos racionais que possibilitam a construção de um pensamento moral capaz de conduzi-lo em sua decisão quanto à correção de uma ação. Também oferta àqueles afetados pelo ato e àqueles aos quais cumpre fiscalizá-lo os parâmetros necessários à sua aprovação ou desaprovação. Permite, enfim, ao intérprete-aplicador do direito, a partir de uma teoria moral consentânea com o ordenamento jurídico brasileiro, concretizar o princípio da moralidade.

## Referências

- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 1987.
- BENTHAM, Jeremy. **Principles of Morals and Legislation, The Classical Utilitarians**: Bentham and Mill, EUA: Hackett Publishing Co., 2003.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Melhoramentos, 1997.
- BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, n. 25, São Paulo, 1951.
- CAILLÉ, Alain et al. **História Argumentada da Filosofia Moral e da Política**. São Leopoldo, RS: Ed. Unisinos, 2004.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional. In: **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

- DELGADO, José Augusto. O Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988. **Revista dos Tribunais**, 680, 1999.
- FARREL, Martin Diego. Os utilitarismos possíveis e a máquina da felicidade. In: **Ética e Utilitarismo**. Campinas, SP: Alínea. 1998.
- FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle da Moralidade na Constituição**. São Paulo, 1999.
- GOMES, Nelson Gonçalves et al. **Ética no Serviço Público**. Brasília, 1998.
- HARE, Richard Mervyn. **Ética, problemas e propostas**. São Paulo, 2003.
- KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante, **A Ética no Serviço Público**, RDA, 220.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MILL, John Stuart. **A Liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.
- MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 20 ed. São Paulo: RT, 1991.
- MONTOYA, J. Bentham e os Direitos Humanos. In: **Ética e Utilitarismo**. Campinas, SP, Alínea, 1998.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: Do Conceito à Efetivação. **RDA**, 190-1, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.
- PLATÃO, **Diálogos Platônicos** – Críton, ou Do Dever, Disponível em: <[www.consciencia.org/platao](http://www.consciencia.org/platao)>. Acesso em: 14 out. 2010.
- RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2002.
- SIDGWICK, Henry. **The Methods of Ethics**. USA: Hackett, 1982.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da et al. **How does corruption hurt growth?** Disponível em: <[www.transparencia.org.br](http://www.transparencia.org.br)>. Acesso em: 22 fev. 2006.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

# A Responsabilidade Subsidiária do Ente Público na Terceirização de Serviços

Selma Oliveira Silva dos Santos\*

*1 Introdução. 2 Responsabilidade subsidiária versus responsabilidade solidária. 3 Os atos da Administração Pública e a presunção de legitimidade. 4 A responsabilidade do Estado nas terceirizações de serviços: 4.1 Artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; 4.2 A aplicação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho pelos tribunais. 5 Conclusão.*

## Resumo

Defende-se que o Estado, como tomador de serviços, não poderia assumir responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento do prestador de serviços, já que ele se pauta no estrito limite e padrão normativo da Lei Licitação e não pode escolher com quem contratar, o que o exime da aplicação da *culpa in eligendo* e da *culpa in vigilando*.

**Palavras-chaves:** Terceirização. Responsabilidade solidária. Responsabilidade subsidiária. Prestador de serviços. Tomador de serviços. Administração Pública.

## Abstract

*It is argued that the Public Administration as a contractor of services, could not hold subsidiary liability on a third party service provider default, since it is not bound by*

---

\* Advogada. Pós-graduada em Direito Corporativo pelo IBMEC/RJ. Graduada em Direito pela Universidade Gama Filho.

*the strict limits and normative standards of the Bidding Law of Brazil, and cannot determine which such provider to contract, therefore such Administration is not accountable both in eligendo (selection) and in vigilando (vigilance).*

**Keywords:** *Outsourcing. Joint and several liability. Subsidiary liability. Third party service provider. Contractor of services. Public Administration.*

## 1 Introdução

O presente trabalho almeja analisar as situações relacionadas à administração da terceirização no setor público e discutir a ação do administrador e os procedimentos administrativos que são adotados nas contratações, além de realçar a responsabilidade trazida no bojo da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), com interpretação sistemática de seus incisos II e IV.

O que se depreende do disposto na Súmula 331 é que haveria responsabilidade subsidiária do ente público somente na hipótese de comprovada terceirização ilícita, pois o trabalhador, em nome do princípio protetor da Justiça do Trabalho, não pode ficar desprotegido.

Observe-se, porém, que, quando se trata de ente público, os princípios da legalidade e do interesse público e aqueles insculpidos no art. 37 da Constituição Federal sobrepõem-se àquele.

Se, por um lado, a Administração Pública tem de agir dentro dos limites da lei, não lhe cabe a responsabilidade de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas, por não ser essa sua responsabilidade, por outro lado, não há como o ente público fazer previsão de uma possível inadimplência trabalhista por parte da empresa terceirizada, já que esta, no momento da contratação, apresentou documentação considerada “idônea”, o que fora suficiente para atestar sua regularidade e capacidade financeira.

Destarte, aduz-se que não seria justo que a Administração Pública arcasse com a responsabilidade pelo inadimplemento da empresa terceirizada, pois, se assim fosse, a própria coletividade estaria arcando com um ônus que não é dela e estaria o interesse privado prevalecendo sobre o público.



Importa mencionar que, ao aplicar a jurisprudência sumulada pelo TST – que imputa responsabilidade subsidiária ao ente público – sem perquirir a legitimidade, a idoneidade e a licitude da contratação, o magistrado onera o erário.

Ressalte-se que não pode o ente público ser responsabilizado nem por *culpa in eligendo*, já que ele não pode escolher com quem contratar, por estar restrito à observância da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nem por *culpa in vigilando*, já que não cabe a ele a responsabilidade pela fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas da contratada.

Assim, não caberia responsabilidade subsidiária da Administração Pública na terceirização de serviços quando constatado que todos os procedimentos legais para a contratação do serviço terceirizado foram observados e que o ente público não agiu com culpa e não concorreu para o dano.

Este é um estudo de natureza qualitativa e será conduzido segundo o modelo descritivo, baseando-se, também, em bibliografia específica e jurisprudência a respeito do tema.

Nossa tese é que a aplicação da Súmula 331, do Colendo TST não pode prevalecer sobre a legislação vigente, pois a terceirização de serviços feita pelo Estado, nos moldes como hoje ocorre, está legitimada pela ordem jurídica e, portanto, constitui-se em exercício regular de direito.

Objetivando evidenciar a irresponsabilidade da Administração Pública nas contratações de serviços terceirizados, foram elaboradas as seguintes questões norteadoras do estudo: *i)* teria o Estado responsabilidade subsidiária ao contratar no âmbito da terceirização, uma vez que ele está adstrito aos ditames da lei, não podendo escolher aquele com quem contrata? *ii)* é justo que a Administração seja responsabilizada pela idoneidade da empresa prestadora de serviços, se, ao contratá-la a empresa tenha apresentado documentação revelando ser economicamente idônea? *iii)* é justo que Estado responda pelo cumprimento das verbas trabalhistas inadimplidas pela prestadora, já que não existe a obrigação de fiscalizar verbas salariais, mas, sim, o estrito cumprimento do contrato de prestação de serviços?

## 2 Terceirização

Terceirização é um procedimento administrativo pelo qual as atividades-meio de uma empresa (tomadora de serviços) podem ser executadas por outra empresa especializada em determinada mão de obra (prestadora de serviços). Nesse caso, a relação de emprego se dá entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, não figurando o tomador de serviços em um dos polos da relação processual.

Maurício Godinho Delgado (2009, p. 407), assim define a terceirização sob a ótica do Direito do Trabalho:

Para o Direito do Trabalho, terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

O termo “terceirização” parece, assim, demonstrar que o objetivo é repassar a uma terceira pessoa a posição de empregador e, em consequência, de todas as responsabilidades pelos encargos decorrentes dessa relação jurídica.

A título de ilustração, mencionamos, entre diversas outras, as atividades de digitação, limpeza, de mensageiros e de vigilância, que são comumente utilizadas por bancos e órgãos públicos.

A terceirização distingue-se da intermediação de mão de obra. Enquanto a primeira é legítima perante o ordenamento jurídico pátrio, a segunda, geralmente de gênese ilícita, tem, ao prestar os serviços, o objetivo de burlar a lei para reduzir os custos sociais, prejudicando, assim, o trabalhador.

A Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, instituiu o regime de trabalho temporário e, em seu art. 2º, define o trabalho temporário como sendo “aquele prestado

por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de serviços”. O mesmo diploma legal reconhece a atividade da empresa de trabalho temporário que passa a integrar o plano básico do enquadramento sindical a que se refere o art. 577 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Assim, a intermediação de mão de obra só se aperfeiçoa como lícita se for instituída nos estritos termos da Lei nº 6.019, de 1974.

Nas terceirizações, os vínculos jurídicos ocorrem em uma relação trilateral, ou seja, relação em que estão presentes o tomador de serviços, o prestador de serviços e o empregado terceirizado – na qual a relação do tomador com o prestador de serviços forma um vínculo de natureza contratual, a do empregado com o prestador de serviços forma um vínculo empregatício, e a do empregado com o tomador, uma relação de fato, que pode tornar-se jurídica na hipótese de inadimplemento.

Na terceirização denominada lícita, o dever de fiscalizar o serviço terceirizado é do empregador, que, no caso, é a empresa prestadora e não o tomador do serviço. A relação jurídica do tomador é com a prestadora de serviços, e não com os empregados desta.

### **3 Responsabilidade subsidiária *versus* responsabilidade solidária**

Importa mencionar a diferença entre a responsabilidade subsidiária e a responsabilidade solidária. Com efeito, a solidariedade obrigacional significa que, numa mesma obrigação, concorre uma pluralidade de credores, hipótese em que se dá a solidariedade ativa, ou uma pluralidade de devedores, caso em que se tem a solidariedade passiva.

Na dicção do art. 264 do Código Civil, na hipótese de solidariedade, cada credor tem direito de exigir do obrigado a dívida toda, e cada devedor é obrigado cumprir a obrigação por inteiro.

Já na responsabilidade subsidiária, temos que em primeiro lugar são executados os bens do devedor primário. Na hipótese de não serem encontrados os bens do devedor primário ou eles serem insuficientes para honrar a dívida, os bens do devedor subsidiário serão, então, executados.

Oriundo do latim *subsidiarius*, no sentido de “reserva” ou “reforço”, o termo “subsidiário” significa aquilo que é secundário ou supletivo. Pode-se conceituar, assim, a responsabilidade subsidiária como sendo aquela que reforça uma responsabilidade principal, caso esta não baste para atender à obrigação assumida.

Outra importante consideração sobre o assunto é acerca da responsabilização subsidiária do ente público. Ora, a responsabilidade decorre do inadimplemento de uma obrigação. E o que é uma obrigação senão um dever jurídico de dar, fazer ou não fazer? Assim, não tendo violado um dever jurídico preexistente, não teria por que o Estado ser responsabilizado pelo descumprimento de um terceiro da relação jurídica. Diante dos fatos, não poderia haver responsabilidade sem obrigação previamente definida.

#### **4 Os atos da Administração Pública e a presunção de legitimidade**

Os atos administrativos praticados pela Administração Pública gozam da presunção de legitimidade. Esse atributo do ato administrativo, entretanto, é presunção *juris tantum*, uma vez que o ato pode ser invalidado, se estiver em desacordo com o ordenamento jurídico e desde que comprovada sua ilegitimidade.

Assim, o contrato de prestação de serviços que a Administração celebra com as empresas prestadoras de serviços goza de presunção de legitimidade.

Por isso, não é justo que seja imputada aos entes públicos a responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da contratada, sob a alegação de que haveria enriquecimento ilícito por parte da Administração.

A presunção de legitimidade significa que o ato administrativo está em conformidade com a lei. Consequentemente, pode-se inferir que, até prova em contrário, os atos administrativos do contrato foram praticados de acordo com o mandamento legal.

Se o ato administrativo guarda a presunção de legitimidade, e não estando eivado de vícios, produz os efeitos jurídicos de ato válido, o que, em princípio, leva a crer que se trata de uma contratação regular.

Passemos, agora, à análise da contratação no âmbito da terceirização.

A terceirização, na Administração Pública federal, tem amparo legal no art. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/67:

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução;

assim como no art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93.

O ente público realiza atividades voltadas à consecução de interesses da coletividade e, por implicar normas de ordem pública, sua atuação encontra restrições em virtude do dispositivo legal a que está sujeito.

Circunscrita aos termos da lei, a sua atuação está legitimada pela ordem jurídica. Pode-se dizer, portanto, que a Administração Pública está no exercício regular de um direito. Seja para a aquisição de bens, seja para execução de obras e serviços, o Estado não tem autonomia para livremente contratar, sujeitando-se ao processo licitatório determinado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ora, se o Poder Público está autorizado a efetuar contratação por meio de terceirização, sendo sua atuação legitimada pela ordem jurídica e estando no exercício regular de direito, não se pode dizer que é justo impor a ele a responsabilidade subsidiária pelas verbas inadimplidas pelo terceirizado.

Importa, aqui, mencionar que ao condenar o ente público a arcar com as verbas inadimplidas pela terceirizada, tendo ele agido dentro dos limites estritos da lei, o Judiciário está negando ao ente público o direito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Sobre o assunto, é de se realçar a opinião da advogada da União Gisele Hatschbach Bittencourt (2007, p. 26-31), em seu trabalho **A Responsabilidade Subsidiária dos Entes Públicos Nas Terceirizações de Serviços Fundada no Enunciado 331, IV do TST:**

E o que é pior, implica em (sic) violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, inc. LV da CF/88, haja vista que se

nega à Administração o direito de se opor às argumentações trazidas pelo empregado autor da demanda.

## 5 A Responsabilidade do Estado nas Terceirizações de Serviços

Existe um embate doutrinário acerca da aplicação da jurisprudência uniforme do TST (Súmula 331, item IV) nas contratações efetuadas pela Administração no âmbito das terceirizações. Duas correntes se formaram sobre o assunto: a primeira delas defende a tese de que a súmula é plenamente aplicável, e a segunda, ao contrário, e à qual me filio, defende o entendimento da inaplicabilidade do verbete, considerando a legislação vigente sobre licitações e contratos celebrados no âmbito da Administração Pública. As mencionadas correntes serão enfrentadas nos itens 5.1 e 5.2, adiante.

A relação do Estado com os administrados orienta-se na preservação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, observado, por óbvio, o princípio da legalidade.

A aplicação, pelo Judiciário, da jurisprudência uniforme do TST faz prevalecer o interesse do trabalhador sobre o da coletividade, em homenagem ao princípio da proteção, informador do Direito do Trabalho. Com isso, se opera a transcendência do interesse de um particular sobre o interesse de toda uma coletividade.

Importante, ainda, trazer a lume que a Administração não pode ser responsável por *culpa in eligendo*, tampouco por *culpa in vigilando*.

Não há que se perquirir *culpa in eligendo* e *culpa in vigilando* relativamente à matéria. A atuação do Poder Público não comporta a *culpa in eligendo*. Conforme já abordado, a Administração não pode “eleger” com quem contratar, eis que os princípios norteadores das contratações no âmbito da Administração Pública estão definidos em lei. Portanto, a eleição é previamente definida em lei, ou seja, é vinculada. A discricionariedade da Administração está, pois, subsumida aos preceitos legais, dos quais ela não pode se afastar. Uma vez definidas no edital as condições da licitação, todos os procedimentos que o ato requer, como habilitação, apresentação e julgamento das propostas, etc., estão adstritos aos

termos da lei. Portanto, se a empresa teve sua proposta vencedora, tendo ela apresentado documentos comprovantes da sua regularidade e idoneidade, não sendo o processo licitatório eivado de vícios e, por fim, sendo ela a que apresentou a melhor proposta, a ela será adjudicado o objeto da licitação. Daí por que não se pode atribuir à Administração a falta do dever de cautela para com o contratado, pois este, no momento oportuno, provou ser detentor da idoneidade requerida pelo processo. Ora, a Administração não poderia se responsabilizar por fato superveniente, que é o descumprimento pelo contratado do adimplemento das verbas trabalhistas a que se sujeitou.

De igual forma, não se pode sustentar a alegação de *culpa in vigilando* do Estado, eis que a lei refere-se tão somente à fiscalização da execução do contrato de prestação de serviços.

Entre outras, podemos mencionar as seguintes responsabilidades atribuídas ao fiscal do contrato: *i*) tomar conhecimento dos termos do projeto básico e, principalmente, conhecer o objeto do contrato; *ii*) certificar-se de que o preposto da empresa tomou conhecimento das obrigações assumidas pela contratada; *iii*) dirigir-se formalmente ao preposto da empresa e, se não obtiver êxito, entrar em contato com a administração da empresa; *iv*) fazer-se presente no local de execução do contrato; *v*) cobrar uso do uniforme e do crachá; *vi*) acompanhar a entrega de vales-transporte e vales-refeição; *vii*) receber e conferir notas fiscais.

Sobre o assunto, cabe destacar a Nota Técnica 229/AACF/PGF/AGU/2009, de 4 de setembro de 2009, assinada pelo procurador federal Aloizio Apoliano Cardozo Filho, que versa sobre a inexistência da responsabilidade subsidiária da Administração pelo pagamento de encargos trabalhistas e propõe a adoção de medidas para minorar os efeitos da aplicação da Súmula 331 do TST. Uma proposta interessante é que as procuradorias federais atuem junto às autarquias e fundações públicas, orientando-as a adotar uma postura mais ativa quanto à fiscalização dos contratos de terceirização, como forma de se defender o ente público em processos da espécie, já que “não se conseguir recuperar, regressivamente, os valores eventualmente despendidos, em virtude da falência ou desaparecimento das empresas terceirizadas e de seus administradores/sócios [...]” (Nota Técnica 229/AACF/PGF/AGU/2009, anexa ao Memorando-Circular 0001/2009/CONSU/PGF/AGU, de 29/9/2009). Acredita esse procurador federal que uma fiscalização diligente do cumprimento da legislação trabalhista por parte da empresa contratada e, um processo licitatório regular podem contribuir

para se obter um provimento jurisdicional reconhecendo a inexistência de responsabilidade subsidiária do Ente Público, por ausência de culpa in eligendo e culpa in vigilando, conforme precedente da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª. Regional. (fl. 2, da Nota Técnica 229/AACF/PGF/AGU/2009, anexa ao Memorando-Circular 001/2009/CONSU/PGF/AGU, de 29/9/2009).

A mencionada Nota Técnica trata, ainda, em seu item 13, sobre os procedimentos de fiscalização dos contratos de terceirização, segundo os quais a

[...] Administração Pública deve observar as diretrizes fixadas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG, da Instrução Normativa Nº 2, de 30 de abril de 2008”, normatização esta que determina que a “fiscalização mensal, a ser feita antes do pagamento da fatura ao contratado, deve adotar as seguintes medidas: (a) exigir comprovantes de pagamento dos salários, vales-transporte e auxílio-alimentação dos empregados; comprovantes de recolhimentos do FGTS e do INSS; (b) comprovante da retenção da contribuição previdenciária (11% do valor da fatura) e dos impostos; (c) exigir o comprovante dos recolhimentos de FGTS; (d) consulta sobre a situação da empresa junto ao SICAF; (e) exigir a Certidão Negativa de Débito junto ao INSS (CND), a certidão Negativa de Débitos de Tributos e Contribuições Federais e o Certificado de Regularidade do FGTS.

É importante que quaisquer cobranças, por parte da Administração, sobre regularização, reclamações ou observações acerca de eventual descumprimento por parte da contratada seja endereçada diretamente ao empregador, **evitando-se qualquer tipo de ordem direta aos empregados terceirizados.**

A referida Nota Técnica elenca, ainda, uma série de medidas que julga cabíveis na hipótese de inadimplemento por parte da contratada, dentre as quais vale mencionar

[a] a aplicação de multa prevista no contrato, descontada a garantia, ou, até mesmo a rescisão do contrato, unilateralmente pela Administração, com retenção dos créditos decorrentes do ajuste, conforme o caso, sempre por meio de regular processo administrativo...”; (b) adoção de “medidas



judiciais para resguardar os interesses da Fazenda Pública, inclusive, no que tange ao bloqueio judicial dos créditos por ventura existentes ou à autorização judicial para quitação dos encargos trabalhistas diretamente aos empregados da empresa contratada.”; (c) possibilidade de pagamento da fatura via judicial mediante ação de consignação em pagamento, com ciência da medida ao Ministério Público do Trabalho, colocando-se, assim, os valores à disposição da Justiça Trabalhista para que pague, em sede de ação individual ou coletiva, os salários dos trabalhadores, liberando ao contratado/empregador o saldo remanescente, se houver.”; (d) no item 21 daquela Nota Técnica, destaca-se, ainda, “outra possibilidade que consiste na atuação extrajudicial da Procuradoria Federal junto à entidade, conjuntamente com o Ministério Público do Trabalho, objetivando a assinatura de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), pelo empregador, assegurando-se, assim, o pagamento dos encargos trabalhistas devidos pelo contratado aos empregados terceirizados.

## 5.1 Artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993

O ordenamento jurídico brasileiro disciplina, no art. 71, e seus parágrafos, da Lei nº 8.666, de 1993, a responsabilização da Administração Pública quanto aos encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários. Originariamente, o art. 71 já dispunha sobre a não responsabilização da Administração pela inadimplência do contratado. A redação foi reforçada pela edição da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, que em seu art. 4º altera a redação do art. 71, e seus parágrafos, da Lei nº 8.666, de 1993, assim dispendo:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilização por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991.

Não obstante, a aplicação irrestrita, pelo Judiciário, da Súmula 331 do TST, imputando a responsabilidade subsidiária ao Estado, atribui força de lei ao verbete, fazendo-o prevalecer sobre uma lei ordinária, com o propósito de tutelar os interesses dos trabalhadores em detrimento do interesse público.

Sobre a matéria, leciona Marcos Juruena Villela Souto (2001, p. 387-388): “o Enunciado 331, inciso IV do TST trata de relação regida pelo Direito do Trabalho e, por óbvio, no âmbito do Direito Administrativo não se busca contornar nenhum direito de servidor celetista (já que seu vínculo com os servidores é estatutário)”. Finaliza argumentando que “não cabe acionar o Estado na Justiça do Trabalho nem, muito menos, condená-lo por responsabilidade subsidiária (como pretendeu o Enunciado n.º. 331-TST).”

Sobre o teor do art. 71 da Lei 8.666, de 1993, assim se posiciona Marçal Justen Filho (2000, p. 566-567),

A Administração Pública não se transforma em devedora solidária ou subsidiária perante os credores do contratado. Mesmo quando as dívidas se originarem de operação necessária à execução do contrato, o contratado permanecerá como único devedor perante terceiros.

## 5.2 A aplicação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho pelos tribunais

Aqueles que defendem a tese de que a Administração Pública tem responsabilidade subsidiária no caso de inadimplemento por parte do prestador de serviços pugnam pela aplicação irrestrita da Súmula 331 do TST em detrimento da Lei nº 8.666, de 1993.

Segundo entendimento pacificado na súmula do TST, desde que hajam participado da relação processual e constem do título judicial, é possível o reconhecimento da responsabilidade subsidiária dos entes da Administração Pública em relação às parcelas trabalhistas inadimplidas pelo empregador.

A Justiça do Trabalho, ao reconhecer a responsabilidade subsidiária do ente público como tomador de serviços, baseia-se no inciso IV da Súmula 331 do TST, não obstante a clareza do disposto no art. 71 da Lei nº 8.666, de 1993. No entanto, o que se deve considerar é que o verbete é tão somente uma construção

jurisprudencial do TST e, como fonte indireta do Direito, não pode se sobrepor ao preceito de uma lei ordinária.

Originalmente, o inciso IV da Súmula 331 assim dispunha:

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

Ou seja, em consonância com o art. 71 da Lei nº 8.666, de 1993, esse inciso não contemplava a Administração Pública como responsável.

No entanto, a Resolução 96/2000, de 11 de setembro de 2000, do Tribunal Pleno do Colendo TST deu nova redação ao verbete, para incluir em seu teor os “órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista” e enquadrá-los como responsáveis subsidiários.

A experiência tem mostrado que muitas das empresas prestadoras de serviços apresentam documentação de idoneidade no processo licitatório, oferecem preço mais baixo de serviços e, por isso, em virtude da legislação, terminam por vencer a licitação. Entretanto, no curso do processo, muitas vezes desaparecem sem deixar rastro, ou começam a descumprir as regras contratuais.

Dessa forma, entendemos que a aplicação da Súmula 331 representa um afronto ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, uma vez que pode vir a representar um incentivo a fraude. Em nosso entendimento, o Estado não deve ser responsabilizado individualmente por obrigações assumidas indevidamente por terceiros.

Importa ressaltar o teor do art. 8º da CLT:

Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, **mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.** (grifo nosso).

## 6 Conclusão

Responsabilizar o Poder Público subsidiariamente no processo de terceirização mediante utilização de processo licitatório significa ferir de morte o princípio da supremacia do interesse público, princípio esse norteador do funcionamento da Administração Pública. Não pode esta última responder por débitos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora de serviços, que é, definitivamente, quem deve ser responsabilizada exclusivamente por tais dívidas.

Defendemos o posicionamento de que deve prevalecer sempre o princípio da supremacia do interesse coletivo, não devendo toda uma coletividade se curvar perante o interesse privado, que, muitas vezes, maneja de forma estratégica documentação para permitir sua habilitação no processo licitatório e, assim, vencer o certame, para, em seguida, no curso do contrato, começar a inadimplir as parcelas trabalhistas.

Nosso entendimento é que a atribuição da responsabilidade subsidiária aos entes públicos com base na Súmula 331, inciso IV, do TST representa ofensa literal e direta ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993, a qual, por sua vez, além de não ter sido, até o presente momento, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ao contrário daquele verbete, é uma fonte imediata do Direito. É, portanto, questionável a aplicação irrestrita dos tribunais, valendo-se de uma construção jurisprudencial em detrimento de uma fonte formal de direito.

Além disso, importa ressaltar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é um dos pilares do Direito Administrativo, pois a Administração, para cumprir seu intento, utiliza-se de tal princípio para se posicionar numa relação de verticalidade com o particular. O princípio da indisponibilidade do interesse público é um poder-dever conferido à Administração, não lhe permitindo liberdade de atuação, pois deve ser exercido sob pena de omissão por parte do Poder Público. É, portanto, uma prerrogativa irrenunciável.

Outro ponto relevante a ser considerar é que, no processo de terceirização, a Administração observa estritamente os limites da lei ordinária em vigor e, portanto, está perfeitamente legitimada pela ordem jurídica e no exercício regular de direito. Trata-se, portanto, de um processo lícito e regular, não lhe cabendo a imputação de *culpa in eligendo* ou *culpa in vigilando*, já que o Estado não tem a liberdade de escolher com quem contrata e nem lhe cabe o dever de fiscalizar

o cumprimento das verbas trabalhistas, mas, tão somente, o cumprimento do contrato de prestação de serviços.

Ademais, não pode o ente público ser responsabilizado subsidiariamente pelo indimplemento das verbas trabalhistas por parte da prestadora, já que não se pode estabelecer um vínculo ou nexos causal entre a suposta conduta ilícita da Administração e o efetivo dano sofrido pelo empregado. Não pode e não deve o Estado ser responsabilizado indevidamente por obrigações assumidas por terceiros.

Reputamos relevante a preocupação da Procuradoria-Geral Federal da Advocacia-Geral da União sobre o assunto, pois existe, atualmente, grande número de demandas judiciais com pretensão à imputação da responsabilidade subsidiária do Poder Público nos contratos de terceirização. Mas, acreditamos que, em sendo adotadas as medidas administrativas, judiciais e extrajudiciais propostas, bem como uma efetiva fiscalização no âmbito dos referidos contratos, poder-se-á evitar a responsabilização subsidiária da Administração, como é de direito.

Outra medida que julgamos de igual forma relevante é a constante no item 29, *b*, da Nota Técnica 229/AACF/PGF/AGU, de 4 de setembro de 2009, anexa ao Memorando-Circular nº 001/2001/CONSU/PGF/AGU, de 29 de setembro de 2009, que seja

expedido memorando-circular, pela Adjuntoria de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal/PGF, destinado aos órgãos de execução da PGF, que realizam a defesa judicial das autarquias e fundações públicas federais no sentido de que utilizem os elementos de fato e de direito decorrentes da fiscalização ativa dos contratos de terceirização pelas referidas entidades, nas causas trabalhistas em que houver a discussão acerca da responsabilidade subsidiária da Administração”, recomendação esta que se materializou no teor do Memorando-Circular nº 001/2001/CONSU/PGF/AGU, de 29/9/2009. (BRASIL, 2009).

Por fim, mas não menos importante, consideramos que a aplicação da Súmula 331 do TST pelo Judiciário implica o desperdício de patrimônio público, custo esse arcado pela própria sociedade. Além disso, importa considerar que o Judiciário, ao imputar a responsabilidade subsidiária ao Estado, além de estar vedando à Administração Pública a oportunidade de se defender ou de

se eximir de tal responsabilidade, ferindo, assim, o princípio da ampla defesa, está, também, de certa forma, premiando a irresponsabilidade do prestador de serviço que, sabedor do princípio protetor do Judiciário, atua arditosamente com o intuito de tentar se beneficiar dos cofres públicos.

## Referências

BITTENCOURT, Gisele Hatschbach. A responsabilidade subsidiária dos entes públicos nas terceirizações de serviços fundada no enunciado nº 331, IV, do TST. **Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública**, v. 6, n. 66, p. 26-31, jun. 2007.

BRASIL. Procuradoria-Geral Federal. Nota Técnica 229/aacf/pgf/agu/209, de 4 de setembro de 2009, anexa ao **Memorando-Circular 001/2009/consu/pgf/agu**, de 29 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://porteiros.r.unipampa.edu.br/portais/procuradoria/files/2009/07/memorando-circular-adj-consu-n%c2%ba-01-2009.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTR, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

# A Arbitragem e sua Aplicabilidade aos Direitos Individuais do Trabalho na Visão do Tribunal Superior do Trabalho

Valdinei Tomiatto\*

*1 Introdução. 2 A constitucionalidade do instituto da arbitragem. 3 A arbitragem na visão do Tribunal Superior do Trabalho. 4 Conclusão.*

## Resumo

Comenta sobre a crise vivida na justiça estatal em função do grande número de demandas que por ela tramitam. Analisa a importância da arbitragem como forma alternativa de resolução extrajudicial de conflitos. Constata a constitucionalidade do instituto da arbitragem. Relata e comenta decisões do Tribunal Superior do Trabalho sobre a aplicabilidade da arbitragem ao direito individual do trabalho.

**Palavras-chave:** Justiça estatal. Excesso de demandas. Morosidade. Arbitragem. Direito Individual do Trabalho.

## *Abstract*

*Comments on the crisis facing the state justice due the many demands being handled by it. Analyzes the importance of arbitration as an alternative mean of*

---

\* Procurador do Banco Central do Brasil. Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica de Curitiba (PUC/Curitiba).

*settlement of conflicts. Notes to the constitutionality of arbitration. Reports and comments Decisions of the Superior Labor Court on the applicability of arbitration to the individual rights of labor.*

**Keywords:** *State Justice. Excessive demands. Length. Arbitration. Individual Labour Law.*

## 1 Introdução

A litigância faz parte da natureza humana. Para estabelecer a ordem foi necessário eliminar a autotutela, criar normas e avocar para o Estado o poder de aplicá-las ao caso concreto, resolvendo a controvérsia instalada entre as partes e promovendo a pacificação social.

Como afirma Cândido Rangel Dinamarco (2005, p. 138),

melhor seria se não fosse necessária tutela alguma às pessoas, se todos cumprissem suas obrigações e ninguém causasse danos nem se aventurasse em pretensões contrárias ao direito. Como esse ideal é utópico, faz-se necessário pacificar as pessoas de alguma forma eficiente, eliminando os conflitos que as envolvem e fazendo justiça. O processo estatal é um caminho possível, mas outros existem que, se bem ativados, podem ser de muita utilidade [...].

Com efeito, a resolução de contendas entre as partes por meio do processo judicial, monopolizado pelo Estado, de há muito tem se mostrado ineficiente, seja pelo grande volume de demandas, o que leva à sua morosidade, seja pelo alto custo, ou pela não especialização dos magistrados para decidir determinadas matérias, entre outras causas.

Por isso, é fato que nunca houve movimento tão forte na busca de soluções para resolver o problema do grande número de demandas que sobrecarregam o Poder Judiciário causando morosidade na prestação jurisdicional. São milhares e milhares de processos que se acumulam por todos os tribunais e juízos do país, enquanto os jurisdicionados aguardam por anos a entrega do bem da vida pretendido.



A título exemplificativo, veja-se que os dados estatísticos do Supremo Tribunal Federal indicam que, somente no ano de 2009, ocorreram 121.316 julgamentos na Corte.<sup>1</sup>

Essa enorme quantidade de demandas pode ser atribuída a várias causas (novas questões envolvendo temas como meio ambiente e consumidor, facilitação do acesso à justiça, excesso de recursos, processo extremamente formalista etc.) e, certamente, é incompatível com a estrutura do Supremo Tribunal Federal, que, como se sabe, conta com apenas onze ministros.

Essa situação é semelhante em praticamente todos os juízos de primeiro grau e tribunais brasileiros e não é adequada para atender as carências não só dos cidadãos de uma maneira geral, mas também as necessidades econômicas do país. Ela é extremamente prejudicial ao Brasil quando se têm em mira, também, os investidores estrangeiros, que, num clima de crescimento da economia brasileira, buscam oportunidades de negócios, mas desejam segurança e rapidez nas decisões judiciais.

Diante disso, o legislador constitucional tem adotado medidas para tornar a prestação jurisdicional mais efetiva e célere, e aqui podemos citar como a principal delas a Reforma do Poder Judiciário manifestada por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, valendo destacar a título exemplificativo a fixação do postulado da razoável duração do processo judicial e administrativo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988<sup>2</sup>), o que evidencia a preocupação do legislador com o tempo despendido nas demandas. Uma ampla reforma no Código de Processo Civil está em debate em toda comunidade jurídica.

Registre-se, porém, que, embora tenha havido algum avanço na atuação estatal com a mencionada reforma, o fato é que, como acima aludido, o cenário na justiça estatal ainda deixa muito a desejar, pois a morosidade ainda impera, os custos são elevados e os processos se amontoam pelas prateleiras do Poder Judiciário. O implemento efetivo de mudanças no aparelho jurisdicional nem sempre ocorre na forma e tempo desejados.

---

1 Julgamentos: engloba decisões monocráticas (despachos) e decisões colegiadas (acórdãos). Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF Gestor: Assessoria de Gestão Estratégica. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17 fev. 2010.

2 “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Assim, a par das medidas que já foram adotadas pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário<sup>3</sup> para diminuir o número de demandas, imprimir maior celeridade, diminuir o tempo dos processos e dar maior efetividade à prestação jurisdicional e, por consequência, tornar o Poder Judiciário mais efetivo socialmente, outros mecanismos devem ser buscados e adotados. Entre eles podemos citar o prestigiamto das formas alternativas de resolução de conflitos, tais como a mediação, a negociação, a conciliação e a arbitragem.

Entre elas, entendemos como mais eficaz a arbitragem, eis que suas decisões são impositivas, gerando, inclusive, um título executivo judicial.<sup>4</sup>

A arbitragem, como se sabe (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 483-484),

consiste em mecanismo extrajudicial de solução de controvérsias, segundo o qual as partes litigantes investem, por meio de uma convenção arbitral (cláusula compromissória e compromisso arbitral), uma ou mais pessoas de poderes decisórios para resolver seus conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, decisão esta que possui eficácia de sentença judicial, portanto não sujeita a posterior homologação pelo Poder Judiciário.

Cumprе registrar o que afirmam Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 483):

A utilização do juízo arbitral para a solução de controvérsias não é novidade no Direito brasileiro. Já a Constituição de 1824 estabelecia que as partes poderiam nomear juízes árbitros para solucionar litígios de natureza cível, e as sentenças seriam executadas sem recurso, por convenção das partes (art. 160). Também o Código Civil de 1916, em seus arts. 1.037 a 1.048, previa a arbitragem como técnica de solução de contendas cíveis, além do Código Comercial de 1850 (arts. 245, 294, 348) e do Código de Processo Civil de 1939 (arts. 1.031 a 1.046). A Lei n. 9.037/96 (sic), porém, trouxe significativa inovação ao tornar despcienda a homologação da sentença

---

3 Alexandre de Moraes (2006, p. 95-96) diz que “como mecanismos de celeridade e desburocratização podem ser citados: a vedação de férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, a proporcionalidade do número de juízes à efetiva demanda judicial e à respectiva população, a distribuição imediata dos processos, em todos os graus de jurisdição, a possibilidade de delegação aos servidores do Judiciário, para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório, a necessidade de demonstração de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso para fins de conhecimento do recurso extraordinário, a instalação da justiça itinerante, as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal.”

4 Art. 475-N do Código de Processo Civil: “São títulos executivos judiciais: [...] IV – a sentença arbitral.”

arbitral pelo Poder Judiciário, conferindo-lhe eficácia de sentença judicial (arts. 18 e 31).

Deve-se mencionar que o instituto da arbitragem sofreu severa resistência por parte daqueles que operavam o direito. Como destaca Carlos Alberto Carmona (2009, p. 1):

A resistência histórica à arbitragem, por conta dos empecilhos criados pelo antigo Código Civil, que maltratava o compromisso arbitral, seguido pelo Código de Processo de 1939 (que não avançava muito em termos de juízo arbitral), culminando com o Código de Processo de 1973 (monumento jurídico, sem dúvida, mas que ficou devendo um tratamento vanguardeiro ao juízo arbitral), era justificável, criando-se entre nós a sensação de que a falta de tradição no manejo da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias no Brasil fadaria o juízo arbitral ao total abandono.

Ocorre, no entanto, que, como anota Mariulza Franco (*in* LEMES; CARMONA; MARTINS, 2007, p. 112):

Houve, nos últimos quatro ou cinco anos, significativo aumento da utilização da arbitragem, da mediação e de instituições que as administram. Mas ainda é relativamente pequeno o percentual de profissionais do direito que se despiram dos preconceitos e dogmas que constituem barreiras à compreensão e à aceitação dos novos paradigmas e poucos são, ainda, os juristas que realmente se interessam pelo tema. Não obstante, vencidos os argumentos inicialmente apresentados contra a arbitragem, sua aceitação vai, pouco a pouco, instalando-se.

Nesse processo, tem sido de grande relevância, pelos seus posicionamentos, a contribuição da Jurisprudência.

Mas a autora observa:

Entretanto, constata-se, na prática da arbitragem e nas dúvidas manifestadas pelos seus simpatizantes, a necessidade de investir-se com maior empenho na divulgação da cultura da arbitragem e de outras formas para solução de litígios, como ênfase na postura diante do conflito (bem

diversa daquela que se adota no processo judicial) por parte dos advogados e mesmo dos conflitantes.

A arbitragem não é modismo, nem panaceia, muito menos mera privatização da jurisdição. Ela se insere perfeitamente no estágio atual de evolução da sociedade, contribuindo, embora em pequena escala, com a Paz Social, eliminando, de forma célere, a tensão que no processo judicial se mantém por longo tempo. Contribui, também, com a evolução do direito, pela possibilidade de buscar-se e revelar-se a melhor solução no Direito Vivo, distanciando-se das regras estratificadas do Direito posto. (FRANCO, *in* LEMES; CARMONA; MARTINS, 2007, p. 113).

Destaque-se que a adoção de medidas alternativas de solução de conflitos, tal qual a arbitragem, guarda total relação com o postulado constitucional da razoável duração do processo, tendo em vista sua capacidade de diminuição da carga de processos que tramitam pela justiça, o que pode levar a uma diminuição no tempo de tramitação das demandas.

Isso é assim porque uma das principais vantagens da arbitragem é a maior simplicidade e informalidade de seus procedimentos, quando comparados com os da justiça ordinária, uma vez que, menos burocratizados, propiciam maior celeridade aos trabalhos, reduzindo o tempo de resolução do litígio. Permitem, inclusive, que as partes fixem prazo para que a sentença seja proferida e possibilitam a escolha de profissional especializado no tema a ser decidido, o que traz maior segurança às partes. O procedimento ainda é cercado de maior sigilo, eis que acessível somente às partes e árbitros, ao contrário do procedimento judicial, que, em regra, é público. A menor onerosidade é evidente, cabendo ressaltar que não estamos apenas nos referindo às custas judiciais, mas a todo custo que é gerado em virtude da demora no julgamento, como ocorre na justiça estatal.

Nota-se, dessa forma, que além de a arbitragem proporcionar solução mais célere para aqueles que dela se valerem, ela pode propiciar sensível redução do número de processos na justiça estatal e, também, que essas demandas sejam julgadas de forma mais rápida, diminuindo a duração dos processos, possibilitando inclusive que o Poder Judiciário possa dedicar mais tempo a questões de maior relevância, como ações civis públicas (envolvendo danos ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a outros interesses difusos e coletivos, por

infração da ordem econômica e da economia popular e à ordem urbanística<sup>5</sup>), ações de improbidade administrativa, ações populares contra atos lesivos ao patrimônio público, entre outras de igual importância.

Diversas áreas do direito, sem mencionar as demandas internacionais, são férteis para a utilização da arbitragem, tais como nas questões envolvendo o direito do consumidor, o direito empresarial, o direito bancário, o comércio eletrônico, entre outras.<sup>6</sup> Litígios envolvendo fusões e aquisições de grupos empresariais e contratos de construção de grandes obras de engenharia são temas que estão na pauta de julgamento de arbitragens instaladas no Brasil atualmente.

Evidentemente que para a arbitragem alcançar uma utilização maior, será necessária uma mudança cultural, ou seja, que as pessoas assimilem que não é necessário recorrer à justiça estatal para resolver seus problemas e que é possível confiar em terceiros que não façam parte do Poder Judiciário.

Haverá que ser vencida a resistência de setores do próprio Poder Judiciário, que enxergam na utilização da arbitragem uma perda de espaço. Ter-se-á, também, de quebrar a resistência existente entre alguns advogados, que vislumbram restrição no seu mercado de trabalho.

Para que ocorra essa mudança cultural e se vençam as resistências, medidas efetivas precisam ser adotadas.

Estas medidas podem ser encontradas no próprio direito vigente. Veja-se, por exemplo, que a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais, prevê a possibilidade de as partes optarem pelo juízo arbitral.<sup>7</sup>

5 Art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

6 “Levantamento produzido pela advogada Selma Ferreira Lemes, coordenadora do curso de Arbitragem do GVlaw – programa de educação continuada da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas (Direito GV) -, junto às principais Câmaras de Arbitragem que se dedicam à área empresarial em São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte aponta que os valores envolvidos em arbitragem passaram de R\$ 594,2 milhões para R\$ 844 milhões entre 2007 e 2008, o que equivale a um salto de 42%. ‘O dado comprova que a arbitragem se tornou a modalidade de resolução de controvérsias mais adequada para as grandes empresas’, explica a especialista. Segundo a professora Sema Ferreira Lemes, o fato de ser um procedimento mais rápido e simplificado, além de os árbitros indicados serem especialistas nas matérias tratadas, vem atraindo mais a atenção das empresas. No total, desde 2005, as principais Câmaras de Arbitragem do País registraram o valor de R\$ 2,425 bilhões em 121 procedimentos. Entre 2007 e 2008, houve um aumento de 53% nesse número, que passou de 30 para 46 procedimentos. Selma Ferreira Lemes acredita que as empresas irão recorrer ainda mais à arbitragem devido à crise econômica. ‘O Novo Código Civil consolidou uma série de inovações existentes na jurisprudência que favorecem a renegociação ou resolução de contratos, como o conceito de onerosidade excessiva e a alteração de circunstâncias no decorrer do tempo. Seguramente, serão instrumentos importantes a serem avaliados em eventuais repactuações ou resoluções de contratos que ainda deverão ocorrer’, assinala. Da Assessoria de Imprensa da Direto GV de São Paulo.” (REVISTA..., p. 33).

7 “Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei. § 1º O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução. § 2º O árbitro será escolhido dentre os juízes leigos. Art. 25. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos

Também a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, prevê a possibilidade da instauração do juízo arbitral incidentalmente a uma demanda.<sup>8</sup>

Nas duas hipóteses mencionadas, embora a instauração do procedimento arbitral ocorra já no curso de uma demanda, indica-se a busca por um método alternativo para a resolução da contenda, retirando-se o litígio da justiça estatal. São medidas que se incentivadas pelos juízes e demais operadores do direito, certamente, colaborarão para a mudança cultural e uma maior utilização da arbitragem.

A arbitragem apresenta-se, portanto, como importante instrumento para resolver o problema do acúmulo de processos na justiça estatal, possibilitando uma prestação jurisdicional de melhor qualidade, afinal “a justiça que todos almejam certamente não é aquela que enrola e nunca chega ao fim. Nem aquela que apresenta sentenças perfeitas, mas que nada valem porque o direito já pereceu no tempo. O que todos desejam é uma Justiça eficiente e eficaz, séria e célere.” (BEAL, 2006, p. 19).

## 2 A constitucionalidade do instituto da arbitragem

Feitas essas considerações, há de se ressaltar a constitucionalidade do instituto da arbitragem, que, aliás, já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>9</sup>

---

critérios do juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade. Art. 26. Ao término da instrução, ou nos 5 (cinco) dias subsequentes, o árbitro apresentará o laudo ao juiz togado para homologação por sentença irrecorrível.”

8 “Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.”

9 “1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis – a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem – a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral – não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua consequente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal – dado o seu papel de “guarda da Constituição” – se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem

Sobre o tema, Marcelo Novelino (2009, p. 453) afirma que as partes optam por vontade própria para afastar a solução do conflito do âmbito jurisdicional, não havendo que se falar em violação ao princípio do acesso à justiça.

Na mesma linha, Nelson Nery Junior (2009, p. 162) assim se pronuncia:

O que não se pode tolerar por flagrante inconstitucionalidade é a exclusão, pela lei, da apreciação de lesão a direito pelo Poder Judiciário, que não é o caso do juízo arbitral. O que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. Não se pode ir à justiça estatal, mas a lide será resolvida pela justiça arbitral. Em ambas há, por óbvio, a atividade jurisdicional.

Seria inconstitucional a LArb se vedasse à parte o acesso ao Poder Judiciário, instituindo, por exemplo, casos de arbitragem obrigatória. Como não o fez, não há nenhuma inconstitucionalidade em permitir às partes a escolha entre o juiz estatal e o arbitral para solucionar a lide existente entre elas.

Embora entenda que alguns dispositivos da Lei de Arbitragem possam ser inconstitucionais, José de Albuquerque Rocha (2006, p. 103)<sup>10</sup> também a vê, de

---

(L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte – incluído o do relator – que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória – dada a indeterminação de seu objeto – e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade – aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).” (SE 5206 AgR, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004, pp-00029 Ement vol-02149-06, pp-00958).” Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 nov. 2010.

- 10 *Verbis*: “Em linhas gerais, a lei de arbitragem é compatível com a Constituição. Não atenta contra o direito fundamental de acesso ao Judiciário, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, uma vez que não é obrigatória, mas sua escolha funda-se na liberdade abstrata das partes. A lei seria inconstitucional se a arbitragem fosse obrigatória. Ademais, sua admissão é restrita aos direitos patrimoniais disponíveis, que são aqueles avaliáveis economicamente, e cujo exercício depende da vontade do titular, ou seja, aqueles de que o titular pode dispor, segundo suas conveniências e interesses. Ora, se o titular do direito patrimonial disponível é livre para dispor dele, nada o impede de escolher a arbitragem para solucionar os litígios que o tenham como objeto. Pelo menos teoricamente. No entanto, se a lei de arbitragem, em geral, é constitucional, apresenta alguns preceitos de duvidosa constitucionalidade. Nesse sentido, citaremos três dispositivos: (1) o at. 4º, § 2º, que trata da inserção, nos contratos de adesão, da cláusula compromissória, o que violaria os arts. 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, da Constituição, e o art. 51, inciso VII, do Código do Consumidor. Os dois primeiros, prescrevendo o dever do Estado de defender o consumidor, e o último, proibindo cláusula compromissória em contratos de adesão nas

maneira geral, como constitucional, tendo em vista não ser obrigatória (não violando o direito de acesso ao Judiciário) e restrita aos direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, que a parte pode dispor segundo seu interesse.

Edgar A. de Jesus (2003, p. 95) comenta:

Não obstante a enfática declaração da unidade e universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Lei Fundamental), dos autores de nomeada, como já ficou dito anteriormente, a única contestação à legitimidade do instituto proveio de Alcides de Mendonça Lima.

Prevalece, em contrário, a opinião dos que, partindo da disponibilidade da pretensão, objeto da lide, concluem que da possibilidade de transação ou mesmo da renúncia do direito surge a legitimidade do acordo que confia a terceiros a solução da controvérsia em torno dele.

Dentre eles, destaque para o saudoso professor José Frederico Marques, Hamilton de Moraes Barros, José Carlos Magalhães e José Alexandre Tavares Guerreiro.

Não há, portanto, que se falar em inconstitucionalidade da arbitragem, tendo em vista que se trata de tese já afastada pela doutrina majoritária e pelo Poder Judiciário.

### 3 A arbitragem na visão do Tribunal Superior do Trabalho

Não obstante todas as considerações *supra*, o Tribunal Superior do Trabalho em recente decisão proferida por sua Subseção I Especializada em Direitos Individuais entendeu inaplicável o instituto da arbitragem aos direitos trabalhistas individuais.

É bem verdade que a questão não era pacífica entre as turmas da referida Corte. Vejam-se, por exemplo, os seguintes julgados da Terceira e Sexta Turmas que entenderam também pela inaplicabilidade da arbitragem ao direito individual do trabalho:

---

relações de consumo; (2) o art. 8º, parágrafo único, que atribuiu competência ao árbitro para decidir sobre existência, validade e eficácia dos contratos, que é matéria de ordem pública, indisponível ao poder dos árbitros, cuja competência é para direitos disponíveis; e (3) o art. 15, § 2º, que outorga ao árbitro competência para julgar sobre sua própria suspeição ou impedimento, o que violaria o princípio universal da imparcialidade do julgador, uma das garantias fundamentais do devido processo legal assegurado na Constituição (art. 5º, incisos LIII, LIV e LV).” (ROCHA, 2003, p. 103).



RECURSO DE REVISTA. ARBITRAGEM. INAPLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO. 1. Não há dúvidas, diante da expressa dicção constitucional (CF, art. 114, §§ 1º e 2º), de que a arbitragem é aplicável na esfera do Direito Coletivo do Trabalho. O instituto encontra, nesse universo, a atuação das partes em conflito valorizada pelo agregamento sindical. 2. Na esfera do Direito Individual do Trabalho, contudo, outro será o ambiente: aqui, os partícipes da relação de emprego, empregados e empregadores, em regra, não dispõem de igual poder para a manifestação da própria vontade, exurgindo a hipossuficiência do trabalhador (bastante destacada quando se divisam em conjunção a globalização e tempo de crise). 3. Esta constatação medra já nos esboços do que viria a ser o Direito do Trabalho e deu gestação aos princípios que orientam o ramo jurídico. O soerguer de desigualdade favorável ao trabalhador compõe a essência dos princípios protetivo e da irrenunciabilidade, aqui se inserindo a indisponibilidade que gravará a maioria dos direitos inscritos, quase sempre, em normas de ordem pública - que amparam a classe trabalhadora. 4. A Lei nº 9.307/96 garante a arbitragem como veículo para se dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º). A essência do instituto está adstrita à composição que envolva direitos patrimoniais disponíveis, já aí se inserindo óbice ao seu manejo no Direito Individual do Trabalho (cabendo rememorar-se que a Constituição Federal a ele reservou apenas o espaço do Direito Coletivo do Trabalho). 5. A desigualdade que se insere na etiologia das relações de trabalho subordinado, reguladas pela CLT, condena até mesmo a possibilidade de livre eleição da arbitragem (e, depois, de árbitro), como forma de composição dos litígios trabalhistas, em confronto com o acesso ao Judiciário Trabalhista, garantido pelo art. 5º, XXXV, do Texto Maior. 6. A vocação protetiva que dá suporte às normas trabalhistas e ao processo que as instrumentaliza, a imanente indisponibilidade desses direitos e a garantia constitucional de acesso a ramo judiciário especializado erigem sólido anteparo à utilização da arbitragem no Direito Individual do Trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR-79500-61.2006.5.05.0028, 3ª Turma, DEJT – 29/5/2009, Relator ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira).

RECURSO DE REVISTA. COISA JULGADA. INCOMPATIBILIDADE DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM COM O DIREITO DO TRABALHO. INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS E PRINCÍPIO DA HIPOSSUFICIÊNCIA. No direito do trabalho não há como se entender compatível a arbitragem, pela inserção no contrato de trabalho da cláusula

compromissória, ou pelo compromisso arbitral posterior ao fim da relação contratual, com o fim de solucionar o conflito decorrente da relação de emprego, visto que a essência do instituto é a disponibilidade dos direitos que as partes pretendem submeter, conforme art. 1º da Lei da Arbitragem. Ainda que se recepcione, em diversos ramos do direito, a arbitragem como solução de conflitos que acaba por desafogar o judiciário, é preciso enfrentar que o ato de vontade do empregado não é concreto na sua plenitude, no momento da admissão na empresa, em face da subordinação insita ao contrato de trabalho e à hipossuficiência do empregado, a inviabilizar que se reconheça validade à sentença arbitral como óbice ao ajuizamento de ação trabalhista, porque incompatível com os princípios que regem o direito do trabalho. Isso porque à irrenunciabilidade e à indisponibilidade está adstrita ao conteúdo do contrato de trabalho em razão do princípio fundamental a ser protegido, o trabalho, e as parcelas de natureza alimentar dele decorrentes, por consequência. Para submeter o conflito trabalhista ao juízo arbitral necessário seria relevar todos os princípios que regem esse ramo do direito, em especial a hipossuficiência, presumida em face da relação contratual em que se coloca o empregado, como a parte mais fraca, a indisponibilidade das verbas decorrentes do trabalho, a sua natureza alimentar e, em especial, a impossibilidade da manifestação volitiva plena, própria do processo arbitral. Recurso de revista conhecido e provido para afastar a coisa julgada e determinar o retorno dos autos ao eg. TRT para o julgamento da pretensão, como entender de direito. (TST-RR-225300-85.2003.5.05.0009, 6ª Turma, DEJT - 15/5/2009, relator ministro Aloysio Corrêa da Veiga).

Entretanto, a Sétima Turma havia entendido no julgamento do recurso TST-AIRR-147500-16.2000.5.05.0193, (DEJT - 17/10/2008, Relator Ministro Pedro Paulo Manus) que “[...] as partes, ao adotarem a arbitragem, tão-só por isso, não praticam ato de lesão ou ameaça a direito”, de modo que “[...] reconhecido pela Corte Regional que a sentença arbitral foi proferida nos termos da lei e que não há vício na decisão proferida pelo juízo arbitral, não há de se falar em afronta ao mencionado dispositivo constitucional [art. 5º, XXXV, da CF/1988] ou em inconstitucionalidade da Lei nº 9.307/96.” (parte do voto do ministro relator).

Todavia, em julgamento no recurso de embargos nº RR - 79500-61.2006.5.05.0028 (DEJT - 30/3/2010, relator ministro João Batista Brito Pereira), a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST acabou por

confirmar a decisão supramencionada proferida pela Terceira Turma no sentido da incompatibilidade da arbitragem com o direito individual do trabalho. O acórdão foi assim ementado:

ARBITRAGEM. APLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DE TRABALHO. QUITAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO.

1. A Lei 9.307/96, ao fixar o juízo arbitral como medida extrajudicial de solução de conflitos, restringiu, no art. 1º, o campo de atuação do instituto apenas para os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Ocorre que, em razão do princípio protetivo que informa o direito individual do trabalho, bem como em razão da ausência de equilíbrio entre as partes, são os direitos trabalhistas indisponíveis e irrenunciáveis. Por outro lado, quis o legislador constituinte possibilitar a adoção da arbitragem apenas para os conflitos coletivos, consoante se observa do art. 114, §§ 1º e 2º, da Constituição da República. Portanto, não se compatibiliza com o direito individual do trabalho a arbitragem.

2. Há que se ressaltar, no caso, que a arbitragem é questionada como meio de quitação geral do contrato de trabalho. Nesse aspecto, a jurisprudência desta Corte assenta ser inválida a utilização do instituto da arbitragem como supedâneo da homologação da rescisão do contrato de trabalho. Com efeito, a homologação da rescisão do contrato de trabalho somente pode ser feita pelo sindicato da categoria ou pelo órgão do Ministério do Trabalho, não havendo previsão legal de que seja feito por laudo arbitral. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento.<sup>11</sup>

Os fundamentos da decisão, como se denota, são o princípio protetivo que inspira o direito individual do trabalho, a ausência de equilíbrio entre as partes que os torna indisponíveis e irrenunciáveis e a opção do legislador por possibilitar a adoção da arbitragem somente para os conflitos coletivos.

Essa decisão, no entanto, ocorre na contramão da história. Embora respeitáveis, os argumentos são insuficientes para afastar a aplicação da arbitragem ao direito individual do trabalho. É que a própria Lei de Arbitragem assegura em seu artigo 32 a possibilidade de a decisão arbitral ser levada ao Poder Judiciário em caso de defeitos formais. Veja-se:

---

11 Concluído em 30 de agosto de 2010 para despacho do ministro vice-presidente do Tribunal Superior Eleitoral, após interposição de recurso extraordinário e apresentação de contrarrazões.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I – for nulo o compromisso;

II – emanou de quem não podia ser árbitro;

III – não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;<sup>12</sup>

IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V – não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei;<sup>13</sup> e

VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.<sup>14</sup>

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

I – decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

II – determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

---

12 “Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio;

II – os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III – o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV – a data e o lugar em que foi proferida. Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.”

13 “Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral:

[...]

III – tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.”

“Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

[...]

III – o prazo para apresentação da sentença arbitral;”

14 “Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

[...]

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.”

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

Assim, afastar a aplicação da arbitragem sem que se impinja ao laudo arbitral qualquer vício na manifestação de vontade é desconsiderar importante instituto de resolução alternativa de conflitos. Ora, se o empregado por sua vontade, livre de qualquer vício, consente em submeter a apreciação de seu eventual direito a um terceiro, que não o Poder Judiciário, porque impor a ele a Justiça Estatal? Esta deve ser reservada para questões outras ou até mesmo para aqueles casos em que se demonstre que a submissão à arbitragem foi viciada.

Giordani Flenik (2009, p. 80-81) assevera:

Os mais ferrenhos argumentos “contra” a arbitragem em dissídios trabalhistas talvez sejam o da “indisponibilidade” e o da “irrenunciabilidade” dos direitos, o que vem sendo objeto de inúmeros estudos e obras doutrinárias.

Como enfatiza Paulo André Cordovil (*apud* CANDEMIL, 2006, p. 87), “não há lei que atribua, expressa ou implicitamente, a indisponibilidade dos direitos trabalhistas de uma forma geral”.

O que existe, de verdade, segundo referido autor, são “normas que se enquadrariam nessa particularidade”, e que tratam de determinadas situações, com registro do contrato de trabalho na carteira, salário mínimo, jornada legal, repouso, dentre outras.

Há normas que asseguram condições de higiene e segurança, estabilidade, proibição de condutas discriminatórias e vexatórias, que visam garantir ao trabalhador condições protetivas não só da relação laboral, mas da sua própria vida e personalidade – são normas excepcionais, que não dizem respeito a valores pecuniários, ou parcelas salariais, mas sim da própria integridade física, psíquica e moral.

Por outro lado, as normas de caráter geral, em específico as que regulam a contra-prestação do trabalho e seus respectivos valores são todas passíveis de transação, conforme dispõe o artigo 444 da CLT: “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho”.

Não foi por acaso que o legislador usou da expressão “proteção ao trabalho”. Esta, pois, é a exceção, em que a lei veda a transação e a renúncia.

Não é necessário se recorrer a maiores argumentos: perante a Justiça do Trabalho, e são as estatísticas do TST que provam, o que mais se busca é a conciliação, que se concretiza através da transação, que foi objeto de análise no capítulo anterior. Sem mencionar a inda as Comissões de Conciliação prévia, os Núcleos Intersindicais...

Ora, se se pode praticar a transação, se pode praticar a arbitragem, como bem esclarece Alexandra da Silva Candemil: "...a transação constitui um dos pilares de validade e desenvolvimento do processo trabalhista perante o órgão judiciário, competindo ao juízo, antes de julgar a ação trabalhista, propor a conciliação entre as partes litigantes, na forma prevista pelo sistema legal".

Paula Corina Santone Carajescov (2010, p. 144-145) também conclui:

XII – A existência de tribunais arbitrais, a par de tribunais judiciais, é expressamente admitida pela Constituição Federal (art. 114, § 1º).

XIII – O regime da arbitragem encontra-se disciplinado pela Lei 9.307/96, e sua aplicação aos conflitos individuais do trabalho encontra dois grandes óbices, todavia superáveis, a saber: a) dificuldade de compatibilização com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição; e b) indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

XIV – Não há afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, pois as partes recorrerem livremente à arbitragem; há exclusão da via judicial, mas não da jurisdição; pode-se recorrer ao tribunal judicial para anulação da decisão arbitral; a execução processa-se no tribunal judicial; e há observância dos princípios fundamentais do contraditório e da igualdade no processo arbitral.

XV – Por outro lado, o ponto de partida no direito do trabalho consubstancia-se na indisponibilidade dos direitos consagrados em suas regras imperativas quando não de ordem pública. Contudo, nem todas as normas trabalhistas são de ordem pública e imperativas, e, por consequência, indisponíveis os direitos. Diante disso, há autores que alegam que boa parte das normas alusivas ao contrato individual de emprego é dispositiva e que a disponibilidade existe porque o direito é privado e patrimonial, sendo igualmente privado o interesse tutelado pela norma.

XVI – De outra parte, há autores que sustentam que aqueles direitos que se apresentam, à partida, como indisponíveis em virtude de tutela estatal passam a ser disponíveis na medida em que a transação e a renúncia se

configuram possíveis.

XVII – Há, ainda, quem defenda que o que não se pode admitir é que o objeto da arbitragem constitua lesão à ordem pública, nada obstando, porém, a que o objeto se refira a uma questão de ordem pública, desde que as normas desta sejam respeitadas.

XVIII – Portanto, o dogma da indisponibilidade tampouco pode servir como objeção ao uso da arbitragem para a solução dos conflitos individuais do trabalho.

XIX – A implementação da arbitragem para a solução dos conflitos individuais do trabalho deverá ocorrer ao abrigo da autonomia coletiva, mediante a inserção da cláusula arbitral em convenção coletiva para a salvaguarda dos interesses do trabalhador, bem como mediante a assinatura do compromisso pelo trabalhador com a assistência de sua entidade sindical.

XX – À falta de diploma legal específico e diante da absoluta compatibilidade, deve ser utilizado o direito vigente (Lei 9.307/96) para a aplicação da arbitragem como forma de resolução dos conflitos individuais do trabalho.

Maria Aparecida Santana (2009, p. 205-207), valendo-se dos ensinamentos de Pedro A. Batista Martins e Márcio Yoshida, demonstra que houve certa flexibilização em alguns direitos trabalhistas, o que acentua a possibilidade da utilização da arbitragem em relação aos direitos individuais do trabalho. Diz ela:

Contudo, observa Pedro A. Batista Martins que a ampliação das negociações coletivas, originárias da flexibilização dos direitos trabalhistas, demonstra que alguns dos direitos dos trabalhadores, entendidos como intransacionáveis ou irrenunciáveis, tais como fixação de salário e jornada de trabalho, não são tão indisponíveis ou irrenunciáveis como antes se apregoava, pois o próprio Estado chancela a sua negociação, quer seja por meio de dissídio coletivo ou individual.

[...]

No mesmo sentido é o entendimento de Márcio Yoshida, para quem a flexibilização dos direitos dos trabalhadores, por meio das novas legislações laborais, acentuou o caráter relativo da ordem pública e tornou passíveis de renúncia e transação e, conseqüentemente, suscetíveis de arbitragem, direitos anteriormente considerados indisponíveis, quais sejam:

- os direitos relativos a salários e jornada de trabalho, por força do artigo

- 7º, incisos VI e XII da Constituição Federal de 1988;
- os decorrentes de contrato de trabalho já extinto, uma vez que disponibilidade desses direitos é plena, tanto que a conciliação e a transação em torno deles são efetuados hodiernamente na Justiça Trabalhista;
  - os complementares às disposições convencionais e legais mínimas, atribuídas à Justiça do Trabalho pelo artigo 114 da Constituição Federal e discutidos em dissídios coletivos de natureza econômica com o objetivo de acrescentar benefícios pecuniários aos trabalhadores;
  - os direitos coletivos decorrentes da aplicação, em tese, de leis ou convenções e acordos coletivos;
  - aqueles direitos decorrentes da aplicação do artigo 7º da Lei de Greve, referente à regulamentação das relações obrigacionais durante a paralisação;
  - e ainda, os relativos a contrato de trabalho em vigor, que se constituíram anteriormente à arbitragem.

E comenta ainda:

Vale lembrar que a doutrina mais abalizada ensina que a indisponibilidade advém da irrenunciabilidade, e, que verificada a hipossuficiência de alguma parte na relação jurídica, esta terá seus direitos protegidos por lei. Na relação laboral, tal proteção é dirigida ao empregado, quando este está em desvantagem e impedido de manifestar livremente sua vontade. Todavia, diante da nova realidade socioeconômica, os contratos de trabalho mudaram sua configuração, uma vez que, em determinadas áreas de atividade, indivíduos com capacidade técnica especial são escassos e disputados pelo mercado de trabalho, modificando consequentemente a ideia de que o trabalhador carece sempre da proteção do Estado. (SANTANA, 2009, p. 207).

Nesse passo, cumpre citar a ementa do acórdão proferido pela Sétima Turma do TST no julgamento supramencionado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. JUÍZO ARBITRAL. COISA JULGADA. LEI Nº 9.307/96. CONSTITUCIONALIDADE. O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal dispõe sobre a garantia constitucional da universalidade da jurisdição,



a qual, por definir que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, não se incompatibiliza com o compromisso arbitral e os efeitos de coisa julgada de que trata a Lei nº 9.307/96. É que a arbitragem se caracteriza como forma alternativa de prevenção ou solução de conflitos à qual as partes aderem, por força de suas próprias vontades, e o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal não impõe o direito à ação como um dever, no sentido de que todo e qualquer litígio deve ser submetido ao Poder Judiciário. Dessa forma, as partes, ao adotarem a arbitragem, tão-só por isso, não praticam ato de lesão ou ameaça a direito. Assim, reconhecido pela Corte Regional que a sentença arbitral foi proferida nos termos da lei e que não há vício na decisão proferida pelo juízo arbitral, não se há de falar em afronta ao mencionado dispositivo constitucional ou em inconstitucionalidade da Lei nº 9.307/96. Despicienda a discussão em torno dos arts. 940 do Código Civil e 477 da CLT ou de que o termo de arbitragem não é válido por falta de juntada de documentos, haja vista que reconhecido pelo Tribunal Regional que a sentença arbitral observou os termos da Lei nº 9.307/96 - a qual não exige a observação daqueles dispositivos legais e não tratou da necessidade de apresentação de documentos (aplicação das Súmulas nºs 126 e 422 do TST). Os arestos apresentados para confronto de teses são inservíveis, a teor da alínea a do artigo 896 da CLT e da Súmula nº 296 desta Corte. Agravo de instrumento a que se nega provimento.<sup>15</sup>

Observa-se, assim, que nada impede que se utilize da arbitragem para a resolução de conflitos atinentes a contratos individuais de trabalho, tendo em vista que, embora a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV,<sup>16</sup> estabeleça o monopólio do poder jurisdicional ao Estado para reparar lesão ou ameaça a direito, a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem), possibilitou um novo caminho para resolução alternativa de conflitos.

O procedimento, aliás, só traz vantagens, tais como celeridade, confiabilidade, especialidade, flexibilidade dos procedimentos e segurança (SANTANA, p. 211-212).

---

15 TST-AIRR-147500-16.2000.5.05.0193, DEJT - 17/10/2008, relator ministro Pedro Paulo Manus.

16 "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

## 4 Conclusão

A resolução de contendas entre as partes por meio do processo judicial, monopolizado pelo Estado, de há muito tem se mostrado ineficiente por várias causas, como o grande volume e o alto custo das demandas ou pela não especialização dos magistrados para decidir determinadas matérias.

É fato que nunca houve movimento tão forte na busca de soluções para resolver o problema do grande número de demandas que sobrecarregam o Poder Judiciário causando morosidade na prestação jurisdicional.

Essa enorme quantidade de demandas pode ser atribuída a várias causas (novas questões envolvendo temas como meio ambiente e consumidor, facilitação do acesso à justiça, excesso de recursos, processo extremamente formalista etc.) e, certamente, é incompatível com a estrutura do Poder Judiciário.

Essa situação é inadequada para atender às carências não só dos cidadãos de uma maneira geral, mas também às necessidades econômicas do país.

Diante disso, o legislador constitucional tem adotado medidas para tornar a prestação jurisdicional mais efetiva e célere, e aqui podemos citar como a principal delas a Reforma do Poder Judiciário manifestada por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, valendo destacar a título exemplificativo, a fixação do postulado da razoável duração do processo judicial e administrativo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), o que evidencia uma preocupação do legislador com o tempo despendido nas demandas.

Registre-se, porém, que embora tenha havido algum avanço na atuação estatal com a mencionada reforma, o fato é que, como acima aludido, o cenário na justiça estatal ainda deixa muito a desejar, pois a morosidade ainda impera, os custos são elevados e os processos se amontoam pelas prateleiras do Poder Judiciário.

Assim, a par das medidas que já foram adotadas para tornar o Poder Judiciário mais efetivo socialmente, outros mecanismos devem ser buscados e adotados, como o prestigiamto das formas alternativas de resolução de conflitos, tendo-se como mais eficaz a arbitragem.

A adoção de medidas alternativas de solução de conflitos, tal qual a arbitragem, guarda total relação com o postulado constitucional da razoável duração do processo, tendo em vista sua capacidade de diminuição da carga de processos que tramitam pela justiça.

Isto é assim porque uma das principais vantagens da arbitragem é a maior simplicidade e informalidade de seus procedimentos, quando comparados com os da justiça ordinária.

Nota-se, dessa forma, que, além de a arbitragem proporcionar solução mais célere, em menos tempo, para aqueles que dela se valerem, ela pode proporcionar sensível redução do número de processos na justiça estatal e, também, que essas demandas sejam julgadas de forma mais rápida, diminuindo a duração dos processos, possibilitando inclusive que o Poder Judiciário possa dedicar mais tempo a questões de maior relevância.

Não há de se falar em inconstitucionalidade da arbitragem, tendo em vista que se trata de tese já afastada pela doutrina majoritária e pelo Poder Judiciário.

Não obstante, o Tribunal Superior do Trabalho em recente decisão proferida por sua Subseção I Especializada em Direitos Individuais entendeu inaplicável o instituto da arbitragem aos direitos trabalhistas individuais.

Os fundamentos da decisão são o princípio protetivo que inspira o direito individual do trabalho, a ausência de equilíbrio entre as partes que os torna indisponíveis e irrenunciáveis e a opção do legislador por possibilitar a adoção da arbitragem somente para os conflitos coletivos.

Essa decisão ocorre na contramão da história. Embora respeitáveis, os argumentos são insuficientes para afastar a aplicação da arbitragem ao direito individual do trabalho.

Afastar a aplicação da arbitragem sem que se impinja ao laudo arbitral qualquer vício na manifestação de vontade é desconsiderar importante instituto de resolução alternativa de conflitos.

Assim, nada impede que se utilize da arbitragem para a resolução de conflitos atinentes a contratos individuais de trabalho, tendo em vista que, embora a Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXV, estabeleça o monopólio do poder jurisdicional ao Estado para reparar lesão ou ameaça a direito, a Lei nº 9.307, de 1996 (Lei de Arbitragem) possibilitou um novo caminho para resolução alternativa de conflitos.

## Referências

BEAL, Fábio. **Morosidade da justiça = impunidade + injustiça**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

CARAJELES COV, Paula Corina Santone. **Arbitragem nos conflitos individuais do trabalho**. Curitiba: Juruá, 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed., revista e atualizada, de acordo com a emenda constitucional n. 45, de 8.12.2004 (DOU de 31.12.2004) e com um estudo sistemático da Reforma do Judiciário (na Apresentação da 5ª edição), v. 1. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FLENIK, Giordani. **A arbitragem nos litígios trabalhistas individuais**. Florianópolis: Insular, 2009.

FRANCO, Mariulza. **Nova cultura do litígio: necessária mudança de postura**. In LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coords.). **Arbitragem**: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007, p. 112-124.

JESUS, Edgar A. de. **Arbitragem**: questionamentos e perspectivas. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

**REVISTA Visão Jurídica**, nº 45. São Paulo: Editora Escala.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 8. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Atlas, 2006.

SANTANA, Maria Aparecida. **Democratização da justiça e arbitragem em espécie**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2009.

# Utilização do Sistema Bacen Jud para Construção de Contas Bancárias: análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.091/DF

Conceição Maria Leite Campos Silva\*

*1 Introdução. 2 Sistema Bacen Jud. 3 Penhora: 3.1 Ordem de bens a serem penhorados e utilização do sistema Bacen Jud para construção judicial de contas bancárias: 3.1.1 princípio da legalidade; 3.1.2 princípio da menor onerosidade para o executado; 3.1.3 princípio da celeridade e da efetividade processual. 4 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.091/DF. 5 Conclusão.*

## Resumo

Trata de tema inserido no quadro jurídico atual, no qual se discute a constitucionalidade da utilização do sistema Bacen Jud para a construção judicial de contas bancárias. O sistema Bacen Jud elimina a necessidade de o juiz enviar documentos (ofícios e requisições) na forma de papel para o Banco Central, toda vez que necessita afastar sigilo bancário ou ordenar bloqueio de contas-correntes de devedores em processo de execução, para posterior penhora. A eleição dos bens penhoráveis não é arbitrária e deve respeitar o princípio do resultado da execução, segundo o qual a execução deve ser feita de forma mais proveitosa para o credor, e o princípio da menor onerosidade para o executado, pelo qual a execução não deve ultrapassar o estritamente necessário para satisfação do crédito. Análise do caso concreto.

---

\* Procuradora do Banco Central, exerce a função de coordenadora, com o encargo de subgerente-executiva do Projeto Recuperação de Créditos, no Gabinete da Procuradoria-Geral. Pós-graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia, especialista em Direito Econômico da Regulação Financeira pela Universidade de Brasília, especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho, do Rio de Janeiro.

**Palavras-chave:** Bacen Jud. Banco Central. ADI 3.091/DF.

### *Abstract*

*This study will address a subject included in the current legal framework, in which it will be debated the constitutionality of the use of the Central Bank system called Bacen Jud for the judicial constriction of bank accounts. This Bacen Jud system eliminates the need for the judge to send to the Central Bank paper documents (letters and requisitions) everytime he needs to break banking secrecy or blockade banking accounts of those debtors in the stage of being judicially executed for later guarantees. The selection of the commodities seized is not arbitrary and must observe some principles: that of the outcome of the judicial execution, by which the result of the enforcement procedure should be made more beneficial to the lender, and that of the minimum burden for the debtor, by which the judicial execution must not exceed what is necessary to satisfy the claim. Case analysis.*

**Keywords:** Bacen Jud. Central Bank. ADI 3.091/DF

## 1 Introdução

O trabalho irá tratar de um tema inserido no quadro jurídico atual, no qual se discute a constitucionalidade da utilização do sistema Bacen Jud para a constrição judicial de contas bancárias. Isso ocorre por causa da efetividade gerada por tal tipo de instrumento. Substancialmente, não há qualquer distinção entre a ordem emanada pelo juiz por meio de um ofício de papel e um encaminhado pelo Bacen Jud, o que os diferencia é a efetividade e celeridade de um e de outro.

O sistema Bacen Jud foi desenvolvido pelo Banco Central do Brasil para permitir que juízes possam determinar bloqueio de contas e de ativos financeiros, comunicação de decretação e de extinção de falências, solicitação de informações sobre a existência de contas correntes e de aplicações financeiras, saldos, extratos e endereços de clientes do Sistema Financeiro.<sup>1</sup>

---

1 Essas informações estão no *site* do Banco Central do Brasil: <<http://www.bcb.gov.br/?BCJUDINTRO>>.

Demócrito Reinaldo Filho (2010, p. 1) explica o funcionamento do sistema, destacando a racionalização e agilidade do serviço:

O sistema Bacen Jud elimina a necessidade de o Juiz enviar documentos (ofícios e requisições) na forma de papel para o Banco Central, toda vez que necessita quebrar sigilo bancário ou ordenar bloqueio de contas-correntes de devedores em processo de execução. As requisições são feitas através de site próprio na Internet, onde o Juiz tem acesso por meio de senha que lhe é previamente fornecida. Em espaço próprio do site, o Juiz solicitante preenche uma minuta de documento eletrônico, onde coloca informações que identificam o devedor e o valor a ser bloqueado. A requisição eletrônica é enviada diretamente para os bancos, que cumprem a ordem e retornam informações ao Juiz. Ou seja, o sistema apenas permite que um ofício que antes era encaminhado em papel seja enviado eletronicamente, através da Internet, racionalizando os serviços e conferindo mais agilidade no cumprimento de ordens judiciais no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.

Antes de analisar a ação direta de inconstitucionalidade objeto deste trabalho, serão necessárias algumas explicações sobre institutos que afetam diretamente a conclusão do estudo ora desenvolvido. Preliminarmente, algumas considerações serão feitas com relação ao instituto da penhora.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2007, p. 251) definem a penhora como:

[...] procedimento de segregação dos bens que efetivamente se sujeitarão à execução, respondendo pela dívida inadimplida. Até a penhora, a responsabilidade patrimonial do executado é ampla, de modo que praticamente todos os seus bens respondem por suas dívidas (art. 591 do CPC e art. 391 do CC). Por meio da penhora são individualizados os bens que responderão pela dívida objeto da execução. Assim, a penhora é o **ato processual pelo qual determinados bens do devedor (ou de terceiro responsável) sujeitam-se diretamente à execução.** (grifos dos autores)

A eleição dos bens penhoráveis não é arbitrária e deve respeitar o princípio do resultado da execução, segundo o qual a execução deve ser feita de forma mais proveitosa para o credor, e o princípio da menor onerosidade para o



executado, pelo qual a execução não deve ultrapassar o estritamente necessário para satisfação do crédito.

O Código de Processo Civil traz no art. 655, com a redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006, uma ordem para a constrição legal e embora essa ordem não seja obrigatória, o juiz, para desconsiderá-la, terá que o fazer mediante a devida justificativa:

Art 655 – A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I – dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

II – veículos de via terrestre;

III – bens móveis em geral;

IV – bens imóveis;

V – navios e aeronaves;

VI – ações e quotas de sociedades empresárias;

VII – percentual do faturamento de empresa devedora;

VIII – pedras e metais preciosos;

IX – títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado;

X – títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;

XI – outros direitos.

§ 1º Na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, a penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia; se a coisa pertencer a terceiro garantidor, será também esse intimado da penhora.

§ 2º Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do executado.

O dinheiro está em primeiro lugar exatamente pelo fato de ser a melhor forma de viabilizar a satisfação do crédito, já que elimina o procedimento para transformar o bem penhorado em pecúnia, levando a uma economia de tempo e de custos do processo.

Entretanto, até antes da reforma implementada pela Lei nº 11.382, 6 de dezembro de 2006, existia uma grande dificuldade da penhora recair sobre dinheiro depositado em instituições financeiras, já que como o art. 655, I, do CPC falava apenas em “dinheiro”, entendia-se que só valores em espécie poderiam ser indicados.

Com a inclusão da expressão “ou em depósito ou aplicação em instituição financeira”, não há como falar-se nesse entendimento.

Com a nova dicção do artigo, surgiu o problema de como o exequente poderia saber se o executado tem dinheiro depositado e, em caso positivo, onde. Por isso, a mesma lei trouxe o art. 655-A, com a seguinte disposição:

Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

Por isso, é preciso deixar claro que sem o sistema Bacen Jud o artigo em questão transformar-se-ia em letra morta.

Os princípios da legalidade e da menor onerosidade para o executado também serão abordados, já que têm um papel fundamental em toda essa discussão.

O sistema Bacen Jud, utilizado para a penhora de contas bancárias, nada mais é do que um instrumento para viabilizar que o Judiciário envie suas ordens às instituições financeiras pela rede internet.

Não se pode confundir um meio de instrumentalizar uma ordem judicial com o processo<sup>2</sup> em si. Não houve qualquer alteração nas regras do Processo de Execução, essas continuam as mesmas, o que mudou é que hoje o juiz consegue agir de forma mais efetiva e menos burocrática.

Conforme se depreende da simples leitura do referido dispositivo de lei, trata-se de norma que, ao contrário do que pensam alguns estudiosos mais açodados acerca da matéria, não versa sobre a criação de um “novo instituto processual” ou de uma “nova modalidade de construção judicial”, mas sim – como bem anotou André de Luiz Correia, em artigo sobre a matéria – de uma simples permissão legal para que os juízes possam realizar, por meio eletrônico, um ato de execução – no caso, a penhora ou

---

2 Se o processo é um instrumento, e se para o exercício da jurisdição por meio do processo são traçados, pela lei, vários procedimentos – que devem estar de acordo com as normas e valores constitucionais –, o processo pode ser definido como o procedimento que, atendendo aos ditames da Constituição da República, permite que o juiz exerça sua função jurisdicional. (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 77).

o arresto – que já se acha previsto no sistema processual civil (CPC, arts. 659 e seguintes, e arts. 803 e seguintes), só que, agora, podendo ser levado a efeito de maneira mais célere e eficaz, atendendo, inclusive, ao anseio do legislador constitucional pátrio, quando acrescentou o inciso n. LXXVIII ao art. 5º da Constituição da República, disciplinando que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (TRAVASSOS SILVA, 2010, p. 1).

Outro princípio que será ressaltado é o da menor onerosidade para o executado, positivado no art. 620 do Código de Processo Civil pátrio: “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

Demócrito Reinaldo Filho (2010, p. 6) argumenta que não há falar-se em ofensa ao princípio da menor onerosidade nesse caso,

primeiro, porque é de se ter em vista que o princípio da “menor onerosidade” não se sobrepõe a outros que também informam o processo de execução, especificamente aquele inserido no art. 612, que consagra o princípio da maior utilidade da execução para o credor e impede que seja realizada por meios ineficientes à solução do crédito exequendo. É preciso, portanto, uma compatibilização entre esses princípios, tendo-se sempre em mente que a necessidade de se imprimir à execução uma real efetividade não pode prescindir de um sistema que desburocratiza atos processuais.

Finalizando, tratar-se-á da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.091/DF, proposta pelo Partido da Frente Liberal (PFL) com o intuito de ver declarado inconstitucional o Convênio de Cooperação Técnico Institucional firmado entre o Banco Central do Brasil e o egrégio Tribunal Superior do Trabalho (TST), para fins de acesso ao Bacen Jud.

Dessa forma, a análise desenvolvida no presente trabalho servirá para demonstrar a inviabilidade das argumentações apresentadas pela referida ação direta de inconstitucionalidade.

## 2 Sistema Bacen Jud

Devido à formalidade e burocracia que sempre caracterizaram o processo executivo, sempre foi muito fácil para o devedor procrastinar os feitos, lesando o direito do credor de ver sua pretensão satisfeita.

Não se pode negar a necessidade de uma execução mais efetiva, gerando uma justiça mais respeitada:

não haverá justiça forte enquanto houver demora no julgamento na execução e no cumprimento da decisão judicial. Não adianta facilitar o acesso, se a conclusão do julgamento não for igualmente facilitada, por mais independente que a justiça seja. A justiça forte é aquela no qual o povo acredita. Agora, se o cidadão acredita que vai ganhar o seu dinheiro daqui há dez anos, ele, com certeza, não confiará na justiça (SANCHES, 2010, p. 11).

O Bacen Jud é uma das soluções encontradas para implementar maior rapidez ao processo.

Vale destacar que, antes da criação do sistema estudado, o Banco Central do Brasil vivia a realidade de centenas de ofícios diários determinando o bloqueio de ativos financeiros pertencentes a alguma parte em litígios judiciais, gerando um grande atraso no processamento dos ofícios, já que, pelo procedimento até então existente, o juiz expedia a ordem para a autarquia, esta comunicava a ordem para toda a rede bancária utilizando o Sistema de Informações do Banco Central (Sisbacen), e o banco enviava a reposta para o Poder Judiciário pelo correio.

Por outro lado, não se pode esquecer que os saques fraudulentos de valores para fugir do bloqueio e frustrar a execução são uma realidade recorrente e de difícil comprovação, assim, nada mais lógico do que criar, com base no avanço da tecnologia, um instrumento capaz de evitar essa fraude.

Então, para dar uma maior rapidez às determinações do Poder Judiciário ao Sistema Financeiro, o sistema Bacen Jud foi desenvolvido pelo Banco Central do Brasil para permitir que os juízes possam determinar bloqueio de contas e de ativos financeiros, comunicação de decretação e da extinção de falências, solicitação de informações sobre a existência de contas correntes e de aplicações financeiras, saldos, extratos e endereços de clientes do Sistema Financeiro.

A ministra Fátima Nancy Andrichi (2007, p. 387/388) alerta que:

A “lenda” mais excêntrica é a de que o Banco Central fez um convênio com o Poder Judiciário para que os juízes passassem a determinar bloqueio de valores em conta corrente. Ora, o trabalho nunca teve esse objetivo, até porque, desde a década de 80, os juízes já determinavam bloqueios por meio de ofício em papel. Repita-se, tudo o que se almejava era dar rapidez às determinações do Poder Judiciário ao Sistema Financeiro para evitar a frustração nos processos de execução, mudando o paradigma “ganha mas não leva”. O progresso e a prática de outros atos ou a facilitação na prática destes é fruto exclusivamente da boa intenção do Judiciário na melhora da prestação jurisdicional e do Banco Central em atender a contento as solicitações do Poder Judiciário.

O Banco Central do Brasil explica como o sistema opera:<sup>3</sup>

Em termos técnicos, as ordens judiciais protocolizadas no Bacen Jud 2.0 constituem arquivos eletrônicos transmitidos pelas varas ou juízos emissores e recebem a confirmação da transmissão com um número de protocolo.

Após as 19 horas, o Banco Central consolida as ordens de todo o país, gera arquivos de remessa e os transmite às instituições financeiras até as 23 horas e 30 minutos. No mesmo dia, as instituições recebem os arquivos contendo as ordens judiciais para cumprimento.

As determinações judiciais (exceto transferências) são cumpridas no dia útil bancário seguinte. Em seguida, as instituições geram arquivos de resposta e os 2 enviam ao Bacen, até as 23 horas e 59 minutos, quando serão submetidos a processo de validação.

Após a validação, os arquivos de resposta são consolidados e transmitidos para visualização do juízo emissor, até as 8 horas da manhã do dia útil bancário seguinte.

As respostas disponíveis na tela possibilitam ao magistrado protocolizar ordens subsequentes (desbloqueio, transferência, reiteração, cancelamento). As etapas, então, repetem os prazos das ordens vestibulares. No caso das transferências, as respostas diferem por não haver prazo regulamentar para sua efetivação”.

---

3 Essas informações estão no *site* <<http://www.bcb.gov.br/fis/pedjud/ftp/manualbasico.pdf>>.

Dessa leitura, pode-se observar o equívoco de chamar esse procedimento de penhora *on-line*.

Segundo nosso entendimento, a doutrina moderna deveria utilizar-se de nomenclaturas que realmente se identifiquem com a natureza jurídica do instituto. Não estamos tentando embutir na cabeça de ninguém que a nomenclatura sugerida aqui seria a mais correta. O que se quer, é que a doutrina tenha uma visão mais globalizada da evolução da informática, senão mais à frente todo e qualquer procedimento judiciário, será composto da nomenclatura *on line*, mormente porque, esse convênio foi o primeiro de muitos outros que surgirão com a evolução normal da informática (MACHADO, 2010, p. 10).

O que ocorre é uma ordem do magistrado para que as instituições financeiras procedam ao bloqueio de valores existentes nas contas do devedor, tornando-os indisponíveis ao seu titular. Isso não pode ser confundido com penhora, que é um ato de apreensão judicial e ocorre posteriormente, quando o juiz determina que se proceda à transferência do valor para uma conta à disposição do juízo.

Seguindo a mesma esteira, Epídio Donizetti (2010, p. 3/4) sustenta que:

A rigor nem se trata de penhora, mas sim de informações sobre a existência de ativos em nome do executado, isto é, depósito em conta corrente ou em caderneta de poupança e qualquer outra aplicação no mercado financeiro, como os CDIs e CDBs. De qualquer forma, o efeito prático é o mesmo, e isso é o que importa nesse momento em que o processo não mais se compraz com discussões sobre sexo de anjos; busca, antes de tudo, a efetividade, que consiste em definir, resguardar e realizar o direito das partes com celeridade sem descuidar das garantias do devido processo legal.

[...]

Feito o bloqueio, tudo ocorre do modo mais simples e informal. A quantia permanece à ordem do juízo até a ulitimação dos atos da execução. Como já salientado, a rigor não se trata de penhora, porquanto não há lavratura de auto ou termo, tampouco nomeação de depositário. O termo que o escrivão lançará de forma simplificada nos autos referirá ao cumprimento ou não da ordem de bloqueio, em nada se assemelhando ao termo de penhora, que deve conter os requisitos do art. 665.

No mesmo sentido, o ensinamento de José Ronemberg Travassos Silva (2010, p. 3) é de uma clareza solar:

Com efeito, não é acertado falar-se na existência de penhora on line, penhora virtual ou penhora eletrônica, como se o ato de constrição judicial regrado nos arts. 659 e seguintes, do CPC, pudesse assumir várias roupagens no ordenamento jurídico pátrio.

Não é bem assim o assunto deve ser visto. Penhora será sempre penhora, como “ato executivo que afeta determinado bem à execução, permitindo sua ulterior expropriação, e torna os atos de disposição do seu proprietário ineficazes em face do processo.”

O que variará, conforme o caso, será, apenas, o meio pelo qual ela poderá ser efetivada.

E, em se tratando da penhora realizada através do Bacen Jud, esse meio será o eletrônico ou virtual.

Por outro lado, se considerarmos que a penhora possa ser on line, virtual ou eletrônica, aí sim estaríamos criando um novo instituto de constrição judicial ou, como pensam alguns outros estudiosos da matéria, um novo procedimento em matéria processual; o que, diga-se de passagem, não poderia ocorrer por via de um mero ato de disposição normativa havido entre o Banco Central e os tribunais, como é o caso do Bacen Jud.

É que, como sabido, o procedimento em matéria processual é tema que somente a União, os Estados e o próprio Distrito Federal têm competência para legislar, a teor do art. 24, n. IX, da Constituição da República.

Logo, acaso levássemos em conta que a penhora poderia ser on line, virtual ou eletrônica, estaríamos, indubitavelmente, diante de uma manifesta inconstitucionalidade do sistema; o que não é certo.

Na verdade, eletrônica não é a penhora. Eletrônico é, tão-somente, o meio de comunicação que é utilizado pelo Juiz para fins de obter informações a respeito da existência de eventual saldo bancário em nome de algum devedor sobre o qual recairá a penhora.

Porém, muito se discutia sobre a possibilidade de utilização desse sistema, levando o legislador a consagrá-lo, com a inserção do art. 655-A no Código de Processo Civil Pátrio:<sup>4</sup>

---

4 A inserção do art. 655-A no Código de Processo Civil foi correta. Positivou-se um sistema que, na prática forense, já vinha sendo adotado e que agilizou substancialmente a satisfação de obrigações baseadas em títulos extrajudiciais. (SACCO NETO, 2007, p. 384).

Art. 655-A Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

§ 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução.

§ 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do *caput* do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade.

§ 3º Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exequente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

Após essa sucinta explicação sobre o sistema Bacen Jud, tratar-se-á, no capítulo seguinte, de alguns aspectos relacionados à sua utilização.

### 3 Penhora

O art. 475-J do CPC determina que:

caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

A penhora serve para separar os bens do devedor que irão responder pela dívida inadimplida. Antes da penhora, funciona a regra de que todo o patrimônio do executado pode ser atingido.<sup>5</sup> Assim, a penhora “é o ato processual pelo

---

<sup>5</sup> Código de Processo Civil: – Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.  
Código Civil – Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.



qual determinados bens do devedor (os do terceiro responsável) sujeitam-se diretamente à execução” (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 251).

Após a realização da penhora, os bens constritos não podem ser alienados ou onerados, tornando-se indisponíveis. Isso não quer dizer que o devedor perde a propriedade do bem, só não pode dispor dele, e se assim o fizer, o ato jurídico é ineficaz.

Não se trata de hipótese de invalidade, já que a alienação ou o ônus real imposto ao bem é válido para os sujeitos que participaram destas relações jurídicas. Tais atos apenas não produzem efeitos diante da execução, de modo que o bem, para a execução, permanece respondendo pela dívida do executado, como se não tivesse qualquer gravame. A rigor, tal efeito não decorre propriamente da penhora, mas sim da citação válida, uma vez que, a partir daí, considera-se em fraude à execução qualquer ato de oneração ou de alienação do bem que repercuta negativamente na capacidade do devedor saldar seus débitos (art. 593, II, do CPC). Em relação aos terceiros, haverá presunção absoluta de má-fé na participação nos atos que importem diminuição da negociabilidade do bem, desde que haja a averbação da penhora no órgão respectivo (art. 615-A, § 3º, do CPC). (MARINONI e ARENHART, 2007, p. 252).

A penhora é realizada com a lavratura do “termo de penhora”, gerando todos os efeitos determinados pela lei, não sendo necessário o depósito ou remoção do bem para o ato jurídico ser considerado perfeito.

Existem muitas particularidades ligadas à penhora, como a existência de bens que não se sujeitam à constrição legal, que não serão tratadas nesse trabalho, por fugir do objetivo fixado. Entretanto, as discussões relacionadas à ordem de bens a serem penhorados, a utilização do sistema Bacen Jud para constrição judicial de contas bancárias, o princípio da legalidade, o princípio da menor onerosidade para o executado e o princípio da celeridade e da efetividade processual serão abordados nos tópicos seguintes.

### 3.1. Ordem de bens a serem penhorados e utilização do sistema Bacen Jud para construção judicial de contas bancárias

Os bens a serem penhorados não podem ser eleitos de forma arbitrária pelo oficial de justiça, nem pelas partes. A lei estabelece uma ordem de preferência de certos bens nos quais deve recair o gravame. Isso atende ao princípio do resultado da execução, que deve ocorrer da forma mais proveitosa para o credor e menos onerosa para o devedor.

A ordem de bens estabelecida pela lei não é absoluta, já que, diante do caso concreto e das necessidades que este apresente, o juiz pode alterá-la, desde que o faça justificadamente.

É exatamente nesse sentido que o art. 655 do CPC fala em “preferencialmente”, e não “obrigatoriamente”.

Ademais, é importante destacar que o inciso I sofreu um acréscimo para prever que o dinheiro depositado em instituição financeira também pode ser penhorado, já que, apesar de ser cediço que a maioria das pessoas guarda o dinheiro em tal lugar, muito se discutia sobre essa possibilidade.<sup>6</sup>

Outro ponto que era atacado dizia respeito à necessidade de o exequente comprovar não ter logrado êxito em suas tentativas de encontrar bens do executado, para poder requerer ao juiz que requisitasse informações ao Banco Central sobre os depósitos financeiros.<sup>7</sup>

Marinoni e Arenhart (2007, p. 267) pontuam que:

Se o exequente tem direito de penhorar preferencialmente dinheiro, mas não sabe – até porque é praticamente impossível saber – onde estão localizados os depósitos do executado, tal direito simplesmente deixará de existir se o juiz não puder requisitar informações ao Banco Central

---

6 Lembre-se de que, para a requisição de informações ao Banco Central ou a outros bancos, o credor não precisa ter esgotado todas as atividades necessárias para a localização de bens penhoráveis, nem mesmo na ação de execução. Não deveria ser preciso dizer que surge ao autor, diante do descumprimento da tutela antecipatória, o direito de imediatamente obter dinheiro. Pouco importa que existam ou tenham sido nomeados outros bens penhoráveis, não só porque o credor tem o direito de penhorar, diante da ordem legal do art. 655, dinheiro, como ainda porque, como já amplamente demonstrado, a efetividade da tutela antecipatória depende da imediata obtenção de soma. Porém, como ao autor é impossível descobrir se o devedor possui dinheiro depositado em instituição financeira – e em valor suficiente –, não lhe resta outra saída senão pedir ao juiz que requisite informações ao Banco Central, ou, na hipótese em que acidentalmente conheça o banco em que o devedor possui depósito, solicitar que o juiz oficie diretamente a esse. (MARINONI, 2010, p. 3).

7 Existem decisões do STJ nesse sentido, mas todas relacionadas à decisões anteriores à inclusão do Art 655-A pela Lei nº 11.382, de 2006. STJ, 1ª T., REsp 282.717, rel. Min Garcia Vieira, DJ 11.12.2000.

antes de exaurida as atividades necessárias à localização de outros bens penhoráveis. Ora, caso a requisição de informações seja subordinada à tentativa de localização de bens, a penhora de dinheiro logicamente perderá a preferência para a penhora de outros bens.

Por isso, caso o executado não pague, o exequente tem o direito de penhorar dinheiro preferencialmente e, para isso, pode valer-se do sistema Bacen Jud.

Como já destacado anteriormente, o acesso a esse sistema possibilita que o juiz obtenha informações sobre os depósitos bancários, podendo determinar o bloqueio dos valores porventura existentes.

Uma das grandes críticas feita ao Bacen Jud está relacionada à situação em que o executado tem inúmeras contas bancárias, em várias instituições financeiras, podendo gerar o bloqueio múltiplo.

Contudo, tal crítica não pode ser direcionada exclusivamente ao procedimento implementado via Bacen Jud.

Com efeito, o fenômeno do bloqueio múltiplo também pode verificar-se quando a ordem é executada via ofício em papel.

Na verdade, e esse ponto é interessante, a solução do problema, via desbloqueio, é muito mais rápida por meio do sistema ora estudado.

Se a versão 2.0 do sistema não elimina a possibilidade de excessos em penhora de contas bancárias, torna o procedimento de desbloqueio muito mais rápido. A penhora de valores em contas acima do efetivamente devido pelo devedor e o tempo gasto para o desbloqueio dos excessos foram as principais críticas feitas à primeira versão do sistema Bacen-Jud. A nova versão diminui drasticamente o tempo necessário para o desbloqueio da conta penhorada, em razão da total integração dos sistemas de informática dos bancos com o do Banco Central. Na versão anterior, não havia essa completa integração, e alguns bancos cumpriam e respondiam a ordens de bloqueio ainda de forma manual, por meio da utilização de correspondências enviadas pelo sistema tradicional dos correios. Com a nova versão do Bacen-Jud calcula-se que uma ordem de desbloqueio não leve mais que 48 horas entre sua emissão pelo Juiz e seu definitivo cumprimento pelos bancos.

É de se concluir, portanto, que a possibilidade de ocorrência de excesso de penhora de conta corrente, quando efetivada eletronicamente, não deve servir de causa para justificar a não utilização do sistema Bacen-Jud. A

nova versão do sistema reduz drasticamente o tempo necessário para a liberação da conta bloqueada. Se o procedimento de desbloqueio é muito mais rápido, houve um avanço significativo nesse ponto. Nunca é demais lembrar que a penhora de contas bancárias sempre foi feita pelo Judiciário, para garantir o processo de execução; apenas era realizada por meio da emissão de mandado e cumprimento da ordem pelo Oficial de Justiça. Mesmo nessa forma tradicional havia possibilidade de penhora excessiva e uma contraordem de desbloqueio demorava para ser cumprida [...]

Trata-se de sistema informático que, na verdade, suaviza os efeitos de eventual penhora excessiva, se comparado com os métodos tradicionais de requisição de penhora em dinheiro, na medida em que possui funcionalidade para desbloqueio de forma rápida e eficiente. (REINALDO FILHO, 2010, p. 3)

Outro ponto negativo levantado é que o bloqueio eletrônico pode alcançar contas e depósitos destinados a pagamentos de obrigações do devedor ou até mesmo sobre verbas impenhoráveis, como aquelas de natureza alimentar de ganhos exclusivamente salariais.

Essa crítica não merece melhor sorte:

Por outro lado, o Juiz tem sempre a possibilidade de determinar o desbloqueio (total ou parcial) de contas, quando a constrição se revela excessiva ou recai sobre valores que possuam natureza de impenhorabilidade (art. 649 do CPC). O Juiz pode sempre avaliar a necessidade de eventual desbloqueio, se verificar algumas das situações que contrariam dispositivos legais (constrição de salários, proventos de aposentadoria, pensões e outras verbas de caráter alimentar) ou que demonstrem que a penhora deva ser feita de uma maneira menos excessiva ou menos gravosa. Mas, em todo caso, ele sempre poderá exigir do devedor outras garantias, antes de efetuar o desbloqueio. Nessa situação, de o devedor já se encontrar com recursos de suas contas bancárias retidos, é muito mais fácil que ele aceite em oferecer outros bens ou indicar uma das contas bancárias em que possa ser mantido o bloqueio. O sistema Bacen-Jud na nova versão (2.0) possibilita que esse desbloqueio seja realizado num prazo máximo de 48h, o que evita qualquer prejuízo ou transtorno ao devedor (REINALDO FILHO, 2010, p. 6).

É preciso registrar que o sistema Bacen Jud não está imune às críticas, que, na verdade, têm o relevante papel de apontar falhas existentes.

Por isso, o Banco Central vem implementando medidas para aperfeiçoar o sistema, como, por exemplo, com a entrada em funcionamento, no final de 2005, da versão 2.0:

A versão 1.0 do sistema apesar de ter proporcionado imensos avanços para a efetividade do processo de execução judicial, na medida em que pôs à disposição do Judiciário recursos da informática para a realização da penhora de dinheiro, apresentou ainda algumas deficiências. Por exemplo, a versão original não contemplava a possibilidade de o Juiz ter o controle das respostas dos bancos no próprio sistema. O Juiz somente ficava sabendo que uma ordem tinha sido cumprida ao receber, via ofício em papel, a resposta de um determinado banco. Na versão atual, o Juiz no dia seguinte à efetivação da ordem, pode acessar o site e verificar se sua requisição de bloqueio já foi efetivada. Além disso, a versão antiga do sistema também não permitia ao magistrado efetuar a transferência de valores eventualmente bloqueados para outra conta, à disposição do juízo e com correção monetária. A transferência de valores bloqueados tinha que ser determinada por meio de ofício em papel endereçado à agência bancária onde se verificara o bloqueio de contas, com toda a demora que isso representava. O valor bloqueado ficava tempo largo sem correção monetária, até ser transferido para a conta judicial. Com as alterações promovidas no Bacen-Jud, o Juiz eletronicamente faz a transferência de valores, à semelhança da ordem de bloqueio. (REINALDO FILHO, 2010, p. 1)

O sistema foi remodelado exatamente para oferecer maior segurança e rapidez às ordens judiciais, bem como controle sobre elas.

### 3.1.1 Princípio da legalidade

Antes da previsão expressa na lei sobre a possibilidade de requisição de informações à autoridade supervisora do sistema bancário, a legalidade do sistema Bacen Jud era bastante discutida, já que alguns defendiam que o

convênio feito entre Banco Central e os entes do Judiciário teria criado uma nova modalidade de penhora.

Isso afrontaria o princípio da legalidade, já que isso só poderia ser feito por lei, por se tratar de matéria processual, de competência privativa da União, segundo o art. 22, I, da Constituição Federal.

Esse tema será melhor tratado na análise do caso concreto.

### 3.1.2 Princípio da menor onerosidade para o executado

O artigo 620 do Código de Processo Civil Pátrio determina que a execução deve ser promovida da maneira menos gravosa para o devedor.

Existe a tentativa de defender que a penhora de dinheiro depositado em conta-corrente, sobretudo quando realizada pela forma *on-line*, ofende o princípio da menor onerosidade previsto no art. 620 do CPC. O principal fundamento dessa corrente está baseado no fato do uso do Bacen Jud possibilitar um bloqueio indiscriminado e amplo de contas bancárias, acarretando ônus excessivo ao devedor.

Porém, como já se destacou anteriormente, essa crítica não encontra respaldo, já que o bloqueio múltiplo pode ocorrer quando a ordem é emanada via ofício em papel e o desbloqueio é mais célere com o Bacen Jud.

André Luiz Correia (2003, p. 123) sustenta que

penhora *on-line* em nada viola o princípio da menor onerosidade, não somente porque sua correta exegese não é aquela que lhe atribuem os opositores ao sistema Bacen Jud, como também – e principalmente – porque referido princípio perdeu muito espaço após as reformas processuais que, seguindo uma tendência mundial, intensificaram o valor efetividade, que não mais pode ser dissociado do próprio conceito de acesso à Justiça.

Daí anotar Daniel Amorim Assunção Neves (2007, p. 259):

A aplicação do art. 620 do CPC, entretanto, não pode ser utilizada aos maus pagadores que se escondem por detrás da menor onerosidade

simplesmente para deixar de cumprir suas obrigações e complicar o andamento processual. A efetividade da tutela executiva deverá nortear a atuação judicial no processo de execução, devendo lembrar o juiz que qualquer espécie de satisfação forçada, contra a vontade do devedor, naturalmente lhe acarretará prejuízos e incômodos. O princípio da menor onerosidade não afasta tais prejuízos e desconfortos do caso concreto.

Outra ponderação interessante é apresentada por Demócrito Reinaldo Filho (2010, p. 7):

A penhora de valores depositados em conta bancária, sobretudo na sua modalidade eletrônica, representa, isso sim, uma economia para o próprio devedor, que não tem que arcar com custos com registro da penhora, publicação de editais, honorários de avaliador e leiloeiro e outras despesas que sempre arca ao final do procedimento praça e leilão para conversão de outros bens em dinheiro. Isso revela que penhora de outros bens, para sua posterior conversão em dinheiro pelo procedimento da praça ou leilão, é também prejudicial ao próprio devedor, que tem que arcar com todos os custos adicionais do procedimento da conversão.

Já foi apontado pelo Superior Tribunal de Justiça que:

PROCESSUAL CIVIL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. RECUSA DO CREDOR. POSSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA PARA SATISFAÇÃO DO DÉBITO. SÚMULA 7.

- Não se declara nulidade de ato processual, quando (a) não resultar prejuízo para a parte (Art. 249, § 1º, do CPC) ou (b) o mérito puder ser decidido em favor daquela a quem aproveita a declaração de nulidade.
- Ainda que se reconheça que a execução deve ser realizada de forma menos onerosa ao devedor (Art. 620 do CPC), não se pode desprezar o interesse do credor e a eficácia da prestação jurisdicional.
- Se instâncias locais entenderam que as ações oferecidas à penhora não eram suficientes para garantir a satisfação do crédito, não se pode, em recurso especial, dizer o contrário (Súmula 7).

(REsp 801262/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/04/2006, DJ 22/05/2006 p. 200).

Essa decisão é muito importante, pois permite afirmar que o princípio da menor onerosidade para o executado não se sobrepõe aos direitos do exequente.

Com isso, pode-se afirmar que não há qualquer ofensa ao princípio em estudo, quando da utilização do sistema Bacen Jud.

### 3.1.3 Princípio da celeridade e da efetividade processual

As decisões proferidas pelo judiciário devem ser respeitadas e cumpridas e quem busca a proteção do Estado para a solução das lides – já que a autotutela é vedada – tem o direito de ver os conflitos solucionados de forma célere e efetiva.

Antes de tudo, é preciso deixar claro que o exequente tem o direito de saber se o executado possui dinheiro depositado em instituição financeira pela mesma razão que possui o direito de saber se o executado é proprietário de bem imóvel ou móvel. Ou seja, tal direito é consequência do direito à penhora, que é colorário do direito de crédito e do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da CF). De modo que a requisição de informações ao Banco Central objetiva apenas permitir a penhora, que é inquestionável direito daquele que tem direito de crédito reconhecido em título executivo, particularmente em sentença condenatória não adimplida, nada tendo a ver com alguma intenção de violar o direito à intimidade. (MARINONI E ARENHART, 2007, p. 272).

O Código de Processo Civil coloca o “dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira”, como o primeiro bem a ser penhorado para a satisfação de um crédito. Porém, o credor não tem como, por meios próprios, saber se o devedor tem dinheiro em instituições financeiras, por isso depende de uma ordem judicial. O juiz, considerando que se emitir a ordem por meio de ofício de papel poderá aguardar um tempo significativo pela resposta, prefere utilizar o sistema Bacen Jud, mais célere e seguro, para transmitir essa decisão para as instituições financeiras

As observações feitas por Demócrito Reinaldo Filho (2010, p. 2) falam exatamente da efetividade do sistema e servem para finalizar esse ponto do trabalho:



A realização de ordens de bloqueio pela via do sistema Bacen-Jud não somente elimina o uso de papel e do correio tradicional, gerando economia de tempo e racionalização dos serviços de comunicação entre o Judiciário e as entidades integrantes do sistema Financeiro Nacional. Ele confere mais eficácia às ordens judiciais de bloqueio de contas bancárias, na medida em que fica mais difícil de o devedor prever quando terá sua conta bloqueada. Pelo sistema de envio das requisições via correio, a ordem (o ofício) circula por várias repartições, desde a saída do cartório, passando por departamentos do Banco Central, até a chegada nas mãos do gerente da agência bancária. Antes de o ofício cumprir todo esse caminho, o devedor quase sempre era informado sobre a diligência, sobrando-lhe tempo para providenciar a retirada do numerário. O sistema eletrônico de cumprimento de ordens judiciais dificulta essa ação preventiva do devedor, porque nem o gerente do banco toma conhecimento de que a conta será bloqueada. Tudo é feito eletronicamente e diretamente pelo Juiz. É claro que o devedor de má-fé poderá sempre levantar o dinheiro da conta assim que toma conhecimento da execução (quando citado), mas não tem, como antes, conhecimento exato do momento em que poderá ocorrer a constrição judicial

[...]

O princípio da economicidade, realmente, não pode superar o princípio maior da utilidade da execução para o credor, propiciando que a execução se realize por meios ultrapassados e ineficientes à solução do crédito exequendo. Por essa razão, deve haver uma preferência pela penhora de dinheiro, através do sistema eletrônico de requisições judiciais, método idôneo e suficiente para alcançar o resultado pretendido com o processo de execução. “A execução visa a recolocar o credor no estágio de satisfatividade que se encontrava antes do inadimplemento. Assim, realiza-se a execução em prol dos interesses do credor (artigos 612 e 646 do CPC). Em consequência, o princípio da Economicidade não pode superar o princípio maior da Utilidade da execução para o credor, propiciando que a execução se realize por meios ineficientes à solução do crédito exequendo, maxime tratando-se de execução de sentença transitada, cujo direito do credor restou soberanamente reconhecido”.

## 4 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.091/DF

A Ação Direta de inconstitucionalidade 3.091/DF foi proposta em 17 de dezembro de 2003, pelo PFL, objetivando a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos, baixados pela Corregedoria-Geral de Justiça do Trabalho (Provimentos 1 e 3, de 2003), provenientes do Convênio de Cooperação BACEN/TST/2002, firmado entre o Banco Central do Brasil e o Tribunal Superior do Trabalho, para fins de acesso ao Sistema de Solicitações do Poder Judiciário ao Banco Central do Brasil (Bacen Jud).

O autor alega que foram desrespeitados os seguintes dispositivos constitucionais:

- a) art. 1º, *caput*, incisos II, III e IV (princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa);
- b) art. 5º, *caput*, incisos II, X, XII, XXXII, XXXV, XLI, LIV e LV (direitos e garantias fundamentais, princípio da legalidade, intimidade e vida privada, sigilo de dados, defesa do consumidor, inafastabilidade do Poder Judiciário de apreciação de lesão ou ameaça a direito, proteção aos direitos e liberdades fundamentais e devido processo legal, contraditório e ampla defesa);
- c) art. 22, inciso I (organização do Estado no que concerne à competência privativa da União para legislar sobre direito processual e do trabalho);
- d) art. 48, *caput* (as atribuições do Congresso Nacional);
- e) arts. 59 a 69 (o processo legislativo bicameral);
- f) art. 37, *caput* (a obediência da administração pública aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência);
- g) art. 241 (o princípio segundo o qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços referidos).

Não há como fazer uma análise crítica dessa ação sem antes voltar a reforçar o que é o sistema ora atacado.

Nada impede que um juiz envie uma determinação diretamente para as instituições financeiras. E como bem destacou o Banco Central no parecer apresentado na ADI estudada (p. 50):

“Todavia, pela facilidade de comunicação do Banco Central do Brasil com o Sistema Financeiro Nacional (especialmente por intermédio do chamado Sisbacen), o Poder Judiciário, em regra, encaminha a ordem ao Banco Central, que providencia sua transmissão aos integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Basicamente, o Banco Central “converte” os ofícios encaminhados pelo Poder Judiciário em “correios eletrônicos do Sisbacen” e os remete às instituições financeiras destinatárias. Assim, o Banco Central do Brasil, desde os anos 80, vem prestando um importante serviço à Justiça, traduzido pelo repasse, às instituições do Sistema Financeiro Nacional, das solicitações remetidas pelo Poder Judiciário, tais como falências, bem como bloqueios e desbloqueios de aplicações e movimentações financeiras de pessoas físicas e jurídicas.

Como já se ressaltou em seção anterior deste artigo, antes da criação do sistema estudado, o Banco Central do Brasil vivia a realidade de centenas de ofícios diários determinando o bloqueio de ativos financeiros pertencentes a alguma parte em litígios judiciais, gerando um grande atraso no processamento dos ofícios, já que pelo procedimento até então existente o juiz expedia a ordem para a autarquia, esta comunicava a ordem para toda a rede bancária utilizando o Sisbacen (sistema de informações próprias que liga o Banco Central aos bancos), e o banco enviava a resposta ao Poder Judiciário pelo correio.

Dentro dessa realidade, o Bacen Jud surgiu não só para agilizar a sistemática, mas também como forma de tornar o procedimento confiável e seguro, já que ele permite a autenticação da ordem. Não se pode olvidar que (ADI, p. 51):

“pelo sistema de ofício-papel era presente a possibilidade do recebimento, pelo Banco Central, de determinações judiciais falsas, em razão da impossibilidade de se certificar a origem e a validade dos documentos, uma vez que é inviável a manutenção de cadastro de assinaturas de juízes e demais serventuários da justiça que demandam a interveniência do Banco Central. Já no Sistema eletrônico, o documento é autenticado pela senha individual do magistrado que encaminha o ofício eletrônico ao Banco

Central.

Cabe, ainda, referenciar outra vantagem do Bacen Jud: a interpretação das ordens judiciais pelos analistas do Banco Central, leigos em questões jurídicas, pode ser equivocada; outras vezes, as ordens judiciais omitem dados essenciais à sua circularização; podem, ainda, mostrar-se não muito claras para entendimento de leigos. Com o Bacen Jud foi possível uma padronização das determinações encaminhadas ao Banco Central, que seguem layouts pré-determinados.

Feito esse esclarecimento preliminar, passa-se ao estudo da ação constitucional em questão.

A Constituição Federal de 1988 dispõe no seu artigo 102, alínea I, letra a, que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Observe-se que os provimentos atacados não possuem conteúdo normativo, ambos envolvem indicações procedimentais, com efeitos concretos.

Como bem destacou a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Anamatra, em sua intervenção como *amicus curiae* (ADI, p. 201):

O Provimento TST nº 001/2003, por sua vez, limita-se a dar instruções concretas para a correta utilização do Bacen Jud, inclusive no que diz respeito às exigências para assegurar o completo sigilo em todo o procedimento, motivo pelo qual não há que se lhe imputar nenhuma inconstitucionalidade. Já o Provimento TST nº 003/2003 visa a resguardar os interesses do devedor, possibilitando que o mesmo indique uma conta que será preferencialmente utilizada para fins de informações e bloqueio, evitando, assim, que sejam bloqueados valores indesejáveis ou mesmo que haja, por equívoco, mais de um bloqueio relacionado ao valor executado.

Melhor sorte não há com relação à impugnação do convênio, já que se trata de um ajuste que permite ao Tribunal Superior do Trabalho e aos tribunais regionais do trabalho o acesso ao sistema BacenJud, não se enquadrando, também, no conceito de ato normativo idôneo a submeter-se ao controle de constitucionalidade.

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal (são no seguinte sentido:

[...] 3. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que só constitui ato normativo idôneo a submeter-se ao controle abstrato da ação direta aquele dotado de um coeficiente mínimo de abstração ou, pelo menos, de generalidade. 4. Precedentes (vg. ADIn 767, Rezek, de 26.8.92, RTJ 146/483; ADIn 842, Celso, DJ 14.05.93).

(ADI 1937 MC-QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2007, DJe-092 DIVULG 30-08-2007 PUBLIC 31-08-2007 DJ 31-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02287-02 PP-00332).

Assim, considerando-se que os provimentos e o convênio impugnado não podem ser enquadrados como ato normativo federal, a ação não deveria nem ser conhecida. Entretanto, para fins didáticos, serão analisados os outros aspectos levantados pela parte autora.

Alega a autora que o convênio e os provimentos impugnados afrontam os princípios da legalidade e da separação de poderes.

Com relação ao princípio da legalidade, assertiva que já era completamente equivocada, agora perdeu sua razão de ser, já que:

a penhora de bens do executado pelo sistema informatizado, denominada *penhora on line*, não é uma nova espécie de penhora. O secular instituto que se destina a garantir a execução até sua satisfação final não sofreu qualquer alteração na sua substância, ganhando apenas, agora em sede de legislação processual civil, uma nova forma de operacionalização, ao lado, por exemplo, da tradicional penhora por mandado por meio de Oficial de Justiça ou da penhora no rosto dos autos, quando o objeto for crédito que se encontra sob discussão judicial em outro processo, ou ainda a penhora por termo nos autos, quando o próprio devedor oferece bem a garantia do juízo (MACEDO, 2007. p. 469).

E completa:

O que já vinha se praticando sustentado por posições doutrinárias jurisprudenciais e liberado por regulamentação administrativa, passou agora a receber o selo de norma processual federal ganhando, evidentemente, em grau de segurança jurídica.

Outra não é a posição de Demócrito Reinaldo Filho (2010, p. 3-4):

O bloqueio de créditos disponíveis em contas bancárias tem evidente amparo nas normas processuais vigentes, tanto que sempre foi realizado, embora pelo método tradicional envolvesse expedientes de pouca praticidade, consistentes na expedição de ofícios (na forma impressa em papel) ao Banco Central para identificação de contas bancárias de devedores, seguindo-se a diligência de constrição através de oficial de Justiça. Quando a conta se situava em localidade diversa da área de competência territorial do magistrado emissor da ordem, fazia-se necessária a expedição de carta precatória para que outro juízo (deprecado) implementasse a constrição. Toda a demora inerente a esse procedimento tradicional no mais das vezes acabava por permitir que o devedor frustrasse a penhora, efetuando o saque de seus depósitos.

Na atualidade, o que muda é que o Juiz, por conta do convênio entre o Poder Judiciário e o Banco Central, tem a faculdade de utilizar recursos informáticos para dinamizar o procedimento de constrição de contas bancárias, que sempre teve permissão na legislação. Com efeito, a moldura da execução tal qual está disciplinada no CPC induz a que a penhora deva recair sobre dinheiro, com precedência a qualquer outro bem de propriedade do devedor. O dinheiro tem preferência sobre todos os outros bens na ordem de nomeação à penhora (art. 655, I, CPC). Essa ordem legal de preferência tem de ser obedecida (salvo convindo ao credor), sob pena de se tornar ineficaz (art. 656, I, CPC).

Realmente, como já foi alertado, com a inclusão do art. 655-A, essa discussão caiu por terra.

Quanto ao princípio da separação de poderes, a suposta violação teria ocorrido pela alteração do rito processual das ações trabalhistas em fase de execução de sentença, autorizando bloqueios eletrônicos sem lei prévia autorizando.

O artigo 241 da Constituição Federal estabelece que:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Essa alegação parte de um pressuposto equivocado, o convênio de cooperação técnico-institucional feito entre o Banco Central e o TST não se enquadra nas situações do artigo supracitado, que trata de convênios entre entes federados distintos, e sim na disciplina do artigo 116 da Lei nº 8.666, de 1993.

Assim, não há como exigir sua disciplina por lei.

Por tudo o que foi exposto aqui, vê-se que não assiste razão ao autor da ADI, não padecendo o sistema Bacen Jud de qualquer vício.

Em tempo, destaque-se que o Banco Central do Brasil implementou o Bacen Jud 2.0, com base em estudos feitos para automatizar as respostas das instituições financeiras.

Com isso, a Corregedoria-Geral da justiça do trabalho editou o Provimento nº 6, de 28 de outubro de 2005, para ajustar seus procedimentos administrativos internos à operacionalização do sistema, revogando expressamente o Provimento nº 3, de 2003.

Em 6 de abril de 2006, foram consolidados os provimentos da Corregedoria-Geral do Trabalho, com a revogação dos Provimentos nº 6 e nº 1.

Note-se que todos os provimentos atacados pela ADI 3.091/DF foram revogados, prejudicando o seguimento da ação constitucional, segundo precedentes do próprio STF (ADI 1.633, voto da min. Carmem Lúcia, julgamento em 17.5.07, DJ de 30.11.07. No mesmo sentido ADI 307, rel. min Eros Grau, julgamento em 13.2.08, DJE de 20.6.08).

## 4 Conclusão

Como foi destacado ao longo deste artigo, o sistema Bacen Jud foi desenvolvido pelo Banco Central do Brasil para permitir que os juízes possam determinar bloqueio de contas e de ativos financeiros, comunicação de decretação e da extinção de falências, solicitação de informações sobre a existência de contas correntes e de aplicações financeiras, saldos, extratos e endereços de clientes do Sistema Financeiro.

Porém, o objetivo desse trabalho foi desenvolver uma análise sobre o sistema Bacen Jud para demonstrar a improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.091/DF e não todos os aspectos relacionados ao tema.

Primeiro, mostrou-se o que é o sistema Bacen Jud e como ele funciona, com o alerta de que sua criação é um fator importante para solucionar o problema das execuções infundáveis e pouco efetivas.

Destacou-se que a denominação penhora *on line* está equivocada, já que o que existe é uma ordem do magistrado para que as instituições financeiras procedam ao bloqueio de valores existentes nas contas do devedor, tornando-os indisponíveis ao seu titular. Isso não se confunde com penhora, que é um ato de apreensão judicial, e ocorre posteriormente, quando o juiz determina que se proceda à transferência do valor para uma conta à disposição do juízo.

Levando em conta essa assertiva, no ponto seguinte, foram feitas algumas observações sobre o instituto da penhora, como a sua definição, a ordem de bens a serem penhorados e a mudança ocorrida com a Lei nº 11.382, de 2006, que deixou clara a possibilidade de construção de dinheiro em depósito ou aplicado em instituição financeira.

Ficou assente que a mudança legislativa supracitada torna-se letra morta sem o sistema Bacen Jud.

Foi afirmado que os bens a serem penhorados não podem ser eleitos de forma arbitrária pelo oficial de justiça, nem pelas partes. A lei estabelece uma ordem de preferência de certos bens nos quais devem recair o gravame. Isso atende o princípio do resultado da execução, que deve ocorrer da forma mais proveitosa para o credor e menos onerosa para o devedor.

Tratou-se, também, da desnecessidade de o exequente comprovar não ter logrado êxito em suas tentativas de encontrar bens do executado, para poder requerer ao juiz que requisitasse informações ao Banco Central sobre os depósitos financeiros.

O trabalho tentou desmistificar a questão do bloqueio múltiplo de contas bancárias, que pode ocorrer quando a ordem é executada via ofício em papel, mas tem a solução muito mais rápida via Bacen Jud.

Entretanto, esse tema árido não poderia ser estudado afastado dos princípios da legalidade, menor onerosidade e efetividade.

Viu-se que, com a inclusão do art. 655-A, a discussão sobre a ofensa ao princípio da legalidade caiu por terra.

Com relação ao princípio da menor onerosidade para o executado, foi transcrito o alerta de André Luiz Correia (2005, p. 20) de que



a penhora *on-line* em nada viola o princípio da menor onerosidade, não somente porque sua correta exegese não é aquela que lhe atribuem os opositores ao sistema Bacen Jud, como também – e principalmente – porque referido princípio perdeu muito espaço após as reformas processuais que, seguindo uma tendência mundial, intensificaram o valor efetividade, que não mais pode ser dissociado do próprio conceito de acesso à Justiça.

Foi demonstrada, ainda, a importância do Sistema Bacen Jud para que os conflitos sejam resolvidos de forma célere e efetiva pelo Estado-Juiz.

Por fim, fez-se a análise do caso concreto, demonstrando a impropriedade dos argumentos apresentados pela parte autora.

Assim, diante de todos os argumentos apresentados, conclui-se não existir qualquer inconstitucionalidade nos provimentos atacados e que a ação constitucional perdeu seu objeto com a revogação dos documentos atacados.

## Referências

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A gênese do sistema “penhora on-line”. In: **Execução Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior**. São Paulo: RT, 2007.

ASSIS, Araken. **Manual do Processo de Execução**. 11. ed. ampli. e atual. São Paulo: RT, 2007.

CORREIA, André Luiz. Em defesa da “penhora on-line”. **Revista de Processo**, 125. São Paulo: RT, 2005.

DI SPITITO, Marco Paulo Denucci. **A reforma do Código de processo Civil, a penhora on-line e a execução fiscal**. Contrapontos entre a Lei nº 6.830/80 e o art. 185-A do CTN. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9426>>. Acesso em: 1º jan. 2010.

\_\_\_\_\_ **A reforma do Código de processo Civil, a penhora on-line e a execução fiscal**. Segunda parte. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9900>>. Acesso em: 1º jan. 2010.

DONIZETTI, Elpídio. **As inovações tecnológicas a serviço do credor:** aspectos da penhora por meio eletrônico. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9679>>. Acesso em: 1º jan. 2010.

HARADA, Kiyoshi. **Penhora on line.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10540>>. Acesso em: 1º jan. 2010.

LEITE, Antônio Carlos Magalhães. **A penhora on line merece uma reflexão.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5751>>. Acesso em: 1º jan. 2010.

LEITE, Daniel Sandrin Veraldi. **Confisco.** Arbitrariedade. Emenda Constitucional nº 45/04. Contribuições Previdenciárias. Execução. Art. 114, VIII, CF. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9696>>. Acesso em: 1º jan. 2010.

MACEDO, Elaine Harzheim. Penhora on-line: uma proposta de concretização da jurisdição executiva. In: **Execução Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior.** São Paulo: RT, 2007.

MACHADO, Gabriel da Silva Fragoso. **Credibilidade e agilidade na execução trabalhista.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5540>>. Acesso em: 1º jan. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A multa e a penhora on line como formas de efetivar a antecipação de soma em dinheiro.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6519>>. Acesso em: 1º jan. 2010.

MARTINS, André Malta. **Duas abordagens acerca da Lei Complementar 118/05.** Contagem da prescrição em repetição de indébito e indisponibilidade de bens em execução fiscal. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7713>>. Acesso em: 1º jan. 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção *et al.* Reforma do CPC 2 – Leis 11.382/2006 e 11.341/2006. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1, 2007.

PALHARES JÚNIOR, Cacildo Batista. **Penhora de dinheiro no Processo Civil.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6436>>. Acesso em: 1º jan. 2010.

PATAH, Cláudia Campas Braga. **Os princípios Constitucionais à luz da celeridade processual e a penhora on line.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6428>>. Acesso em: 1º jan. 2010.

PAULA, Paulo Mazzante de. **Penhora “On-Line”.** Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/2509>>. Acesso em: 1º jan. 2010.

REINALDO FILHO, Demócrito. **A penhora on-line:** a utilização do sistema BacenJud para constrição judicial de contas bancárias e sua legalidade. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8459>>. Acesso em: 1º jan. 2010.

REIS FILHO, Antônio Carlos M. **Penhora on line na execução fiscal.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5465>>. Acesso em: 1º jan. 2010.

SACO NETO, Fernando. Banco de dados de proteção ao crédito, execução civil e economia: algumas convergências. In: **Execução Civil:** Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: RT, 2007.

SANCHES, Sidney. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo. **Revista da Escola Paulista da Magistratura,** São Paulo, v. 2, n. 1, nov. 2001.

SILVA, José Ronemberg Travassos. **A penhora realizada através do BacenJud.** Breves apontamentos. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=8751>>. Acesso em: 1º jan. 2010.

# A Multa Administrativa como Instrumento de Regulação Econômica e o Princípio da Retroatividade da Norma Punitiva Benéfica – Estudo de caso: multa de importação

Viviane Neves Caetano\*

*1 Introdução. 2 O Banco Central do Brasil como órgão regulador do Sistema Financeiro Nacional e sua atuação como supervisor do mercado cambial. 3 O panorama econômico: exportações e importações brasileiras – O mercado e a atuação do Banco Central do Brasil a partir de 1997. 4 As inovações na legislação cambial. 5 A reação: as infrações à nova legislação cambial geraram inúmeros processos administrativos no Banco Central do Brasil e, conseqüentemente, recursos endereçados ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. 6 A principal controvérsia: aplicabilidade do princípio da lei penal mais benéfica aos processos administrativos punitivos. 7 O conteúdo econômico da legislação cambial, sua faceta regulatória e conseqüente ultra-atividade. 8 Conclusão.*

## Resumo

Pretende estudar a legislação que criou severa multa de importação no ano de 1997 e as modificações legislativas mais benéficas que surgiram em 2003 e 2006, para demonstrar a relação entre a majoração ou a redução de penalidades com as necessidades econômicas de cada um dos períodos estudados. Por fim, pretende-se investigar se os princípios do Direito Penal, especialmente a retroatividade da

---

\* Procuradora do Banco Central do Brasil, exerce a função de Assessora Jurídica na Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes (Cojud). Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB) e pela Advocacia Geral da União. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

norma punitiva mais benéfica, são aplicáveis aos processos administrativos punitivos destinados à imposição de multas devidas por violação a normas de Direito regulatório.

**Palavras-chave:** Multa. Penalidade. Princípio. Retroatividade.

### *Abstract*

*The Administrative Fine as an Instrument of Economic Regulation and the Principle of Retroactivity of the Beneficial Punitive Norm: a case study – Importation Fine. The purpose of this study is to analyze the legislation that created a severe fine on imports in 1997, and a later, more beneficial, legislation of 2003 and 2006. Its aim is to demonstrate the link between the increase and the reduction of the penalties with the economic needs of each of the said time periods. Finally, this study will also investigate whether the principles of Criminal Law, in particular “the retroactive application of the most beneficial penal provision”, apply to punitive administrative proceedings that impose fines due as a consequence of the violation of Regulatory Law.*

**Key words:** Fine, Penalty, Principle, Retroaction.

## 1 Introdução

O Banco Central do Brasil, entre suas diversas atribuições de órgão regulador do Sistema Financeiro Nacional, tem como uma de suas principais funções a atuação no sentido do funcionamento regular do mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio no balanço de pagamentos.<sup>1</sup> Forte em tais objetivos, essa autarquia reguladora, amparada pela legislação federal competente, edita normativos e aplica penalidades, no exercício do poder de polícia que exerce no mercado financeiro, notadamente no mercado cambial.

A partir de 1997, circunstâncias no mercado indicaram que o controle das importações de produtos estrangeiros necessitava de fiscalização mais

---

<sup>1</sup> Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, art. 11, III.

rigorosa, com o efetivo controle dos prazos para fechamento dos contratos de câmbio. Percebeu-se que, ao contrário das exportações brasileiras, os contratos de importação permitiam maior negociação de prazo para pagamento, o que acabava frustrando o efetivo controle da entrada e saída de divisas do país.

Assim, foram editadas sucessivas normas legais<sup>2</sup> destinadas à regulação dos contratos de importação, tendo como primeiro normativo a Medida Provisória nº 1.569, de 25 de março de 1997, que estabeleceu severa multa diária para o importador que, entre outras infrações, contratasse operação de câmbio fora dos prazos estabelecidos pelo Banco Central do Brasil; efetuasse pagamento em reais, de importação devida em moeda estrangeira, etc.

As leis que se seguiram passaram a tratar a multa de forma diversa, eliminando, por exemplo, o caráter diário da penalidade, o que gerou inúmeras discussões teóricas no âmbito do Banco Central do Brasil, com reflexos no Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN), bem como no Poder Judiciário. As discussões envolviam, por exemplo, a aplicação do princípio da lei punitiva mais benéfica, sustentando os interessados que a sucessão de leis cambiais deixou bem claro que, com o passar do tempo, o órgão regulador demonstrou um menor interesse em promover a repressão às infrações elencadas, com evidente arrefecimento da punição aos importadores infratores.

O presente trabalho pretende, com base no episódio das multas cambiais impostas pela legislação acima citada, verificar os limites do poder regulatório e a possibilidade de majoração ou redução de penalidades de acordo com as necessidades dos fluxos econômicos e com a urgência ou desnecessidade de intervenção em determinada atividade regulada.

Por fim, pretende-se verificar se a norma punitiva mais benéfica é aplicável nos casos de redução da penalidade em razão da menor intensidade dos problemas da atividade regulada ou se o caso se equipara à Lei Penal Excepcional, dotada de ultra-atividade, tal como prevê o art. 3º do Código Penal Brasileiro, que estabelece que “a lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante a sua vigência.”<sup>3</sup>

2 Medida Provisória nº 1.569, de 25 de março de 1997, que foi convertida na Lei nº 9.817, de 28 de março de 1999, Lei nº 10.755, de 3 de novembro de 2003, Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, e Medida Provisória nº 315, de 3 de agosto de 2006, que foi convertida na Lei nº 11.371, de 28 de novembro de 2006.

3 Decreto-Lei nº 2.848, de 1940.

Embora a pesquisa use como paradigma legislação pretérita, as conclusões permitem uma investigação para futuros casos em que o Banco Central do Brasil se veja na iminência de reprimir ou permitir a atividade regulada, em prol do funcionamento saudável do mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio no balanço de pagamentos. Assim, o trabalho pretende perscrutar os instrumentos normativos e o poder do órgão regulador na fixação de penalidades, levando em conta os direitos dos infratores e a efetividade da punição para fins regulatórios, avaliando, inclusive, o poder de repressão e o caráter educativo da penalidade. Pretende-se, portanto, verificar se uma norma mais benéfica deve ser aplicada aos casos pretéritos ou se as oscilações do mercado e as necessidades de atuação do órgão regulador permitem enquadrar as penalidades decorrentes de infrações de mercado como uma norma excepcional e, portanto, ultra-ativa.

## **2 O Banco Central do Brasil como órgão regulador do Sistema Financeiro Nacional e sua atuação como supervisor do mercado cambial.**

O Sistema Financeiro Nacional, segundo a Constituição da República de 1988,<sup>4</sup> é estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade e será regulado por leis complementares. A Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, foi recepcionada no ordenamento jurídico atual como lei complementar e traz as vigas mestras da regulação do Sistema Financeiro Nacional, principalmente a respeito das competências do Banco Central do Brasil, com destaque para as seguintes: *i*) emitir moeda-papel e moeda metálica; *ii*) executar os serviços do meio-circulante; *iii*) exercer o controle do crédito sob todas as suas formas; *iv*) efetuar o controle dos capitais estrangeiros; *v*) ser depositário das reservas oficiais de ouro e moeda estrangeira; *vi*) exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas; *vii*) efetuar, como instrumento de política monetária, operações de compra e venda de títulos públicos federais, atuar no sentido do funcionamento regular do

---

4 Art. 192 da Constituição da República de 1988.

mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio no balanço de pagamentos, dentre outras atividades de igual relevância.<sup>5</sup>

A função primordial de um banco central é a de guardião da moeda e, para o exercício desse mister, o órgão regulador precisa estar dotado de poder fiscalizatório e punitivo, tal como ensina Haroldo Verçosa (2007, p. 219), quando afirma que a fiscalização das empresas financeiras existe “para impedir ou minimizar as quebras nesse campo de atividade, pois tal fato acarreta prejuízos sensíveis para o mercado, tanto no campo interno, quanto, eventualmente, no internacional”. Para tanto, afirma o citado autor, que “não basta o estabelecimento de políticas monetárias restritivas: é necessário acompanhar dentro das instituições financeiras a efetiva obediência às determinações emanadas dos bancos centrais”.

E, entre os mercados que merecem especial atenção do Banco Central, não podemos esquecer o mercado cambial. Segundo Eduardo Fortuna (2007, p. 60-61), a política cambial está fundamentalmente baseada na administração da taxa de câmbio e no controle das operações cambiais. Lembra o autor que “embora diretamente ligada à política monetária, destaca-se desta por atuar mais diretamente sobre todas as variáveis relacionadas às transações econômicas do País com o exterior”. Acrescenta, ainda, que a política cambial “deve ser cuidadosamente administrada no que tange ao seu impacto sobre a política monetária”, visto que um desempenho muito forte nas exportações pode ter grande impacto monetário, uma vez que o ingresso de divisas significa conversão para reais e expansão da emissão de moeda, que tem enorme efeito inflacionário futuro.

Nota-se, portanto, que na condução da política cambial o Banco Central do Brasil lida com diversos fatores que demandam equilíbrio, sob pena de impactar os demais aspectos da economia nacional. É evidente, por conseguinte, que a atuação do órgão regulador do Sistema Financeiro Nacional, por diversas vezes, exige atitude e repressão imediata às práticas deletérias que afrontem a saúde de cada um dos mercados e da economia como um todo. Hoje, como é notório, práticas financeiras reprováveis podem gerar risco sistêmico, acarretando reflexos continentais ou, por vezes, planetários, em poucos dias.

---

5 Lei nº 4.595, de 1964, art. 9º e 11.



### 3 O panorama econômico: exportações e importações brasileiras – O mercado e a atuação do Banco Central do Brasil a partir de 1997

A Exposição de Motivos nº 154, de 25 de março de 1997, que levou à apreciação do presidente da República a multa de importação nos moldes fixados pela medida provisória que foi convertida na Lei nº 9.817, de 23 de agosto de 1999, foi muito clara a respeito das dificuldades encontradas pelos órgãos regulatórios para o controle do cumprimento dos prazos dos contratos de importação. Segundo a referida exposição de motivos, ao contrário do que acontecia com as exportações, facilmente controladas com base nos dados de embarque fornecidos pela Receita Federal do Brasil, o que facilita a fiscalização das divisas correspondentes, no caso das importações havia sempre a possibilidade de o importador negociar dilações desses prazos com seus credores, ou mesmo de atrasar os seus pagamentos, alterando de maneira fundamental as condições originais de licenciamento.<sup>6</sup>

A questão do controle de prazos era imperiosa e naquele momento histórico se tornou mais urgente, tendo em vista que foi verificado um artifício do mercado para a obtenção de capital de giro. O seguinte trecho é esclarecedor:

Considerando que as condições de prazos e custos para o financiamento doméstico são significativamente piores, comparativamente às prevalentes no mercado externo, situação que, por si só, tende a estimular a opção pelo produto importado, a receita bruta das vendas domésticas de bens importados se transforma em capital de giro barato para o importador, ou permite que ele repasse o financiamento externo ao consumidor, a prazos compatíveis, apropriando-se do diferencial de taxas de juros, o que evidentemente estimula mais as importações.

A propósito, o seguinte trecho do Parecer PGBC-129/2008, publicado na **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, explica muito bem e de forma simples as artimanhas que a nova legislação cambial pretendeu impedir:

---

6 Exposição de Motivos nº 154, de 25 de março de 1997.

32. O Brasil, notadamente no período entre 1997 e 2003, aproximadamente, viu crescer vertiginosamente diversas irregularidades cambiais relacionadas às importações de mercadorias. O artifício consistia na importação, para pagamento em até 180 dias, de mercadorias e sua venda no mercado interno a preços de custo, mais baixos que o produto nacional. Os valores obtidos com a venda, ao invés de serem utilizados no pagamento dos contratos de câmbio, eram aplicados no mercado financeiro para a compra de títulos públicos e obtinham alta remuneração. Lembre-se que a taxa Selic chegou a mais de 40% (quarenta por cento) nesse período. Mesmo a instituição da multa de importação pela Lei nº 9.817, de 1997, cobrada inicialmente sob a modalidade de encargos financeiros, não surtiu o efeito desejado, pois a diferença obtida entre as taxa de juros internas e o pagamento das multas cambiais, compensavam o inadimplemento dos contratos cambiais.

33. Os juros altos diminuía o consumo, o que prejudicava as vendas e as empresas nacionais. Como as empresas não cresciam, aumentava o desemprego, e a economia encolhia. Além disso, o investimento estrangeiro que entrava no país por causa dos juros altos era especulativo. E esse dinheiro poderia deixar o país a qualquer momento. (BOMBINO; ANDRADE, 2008, p. 313-333).

Assim, a referida medida provisória teve como objetivo fixar regras que garantissem o cumprimento dos prazos para a contratação de câmbio nas operações de importação. Tal providência permitiu conferir às importações um controle semelhante ao adotado para as exportações, uma vez que estas já contavam com a facilidade de fiscalização oriunda dos controles de embarque da Receita Federal. As novas regras objetivaram, por fim, evitar que condições financeiras favoráveis no exterior e a diferença entre a taxa de juros interna e externa acarretassem prejuízo para a produção nacional.

A medida provisória estabeleceu, então, uma cobrança de multa equivalente ao ganho financeiro obtido com as operações de câmbio de importação realizadas em desacordo com as regras fixadas pelo Banco Central, no que diz respeito aos prazos de contratação. Estabeleceu, ademais, salvaguardas contra possíveis artifícios que pudessem ser utilizados pelos importadores nacionais, com a utilização de mecanismos de pagamento que, de qualquer forma, pudessem reduzir a eficácia das normas do Banco Central.

A título de curiosidade, convém demonstrar que, no *site* do Banco Central do Brasil, há o histórico de evolução da taxa Selic, que indica o índice de 21,84% ao ano (a.a) em março de 1997, o percentual altíssimo de 44,95% a.a., em março de 1999, em contraste com o de dezembro de 2009, a 8.65% a.a., o que justifica a preocupação do órgão regulador com a política monetária nacional nos idos de 1997.

No mesmo sentido, percebe-se a evolução da taxa de câmbio. Também no *sítio eletrônico* do Banco Central do Brasil, é possível verificar as cotações de fechamento de Ptax<sup>7</sup> e perceber sua trajetória. Em 2 de janeiro de 1997, por exemplo, no mercado de câmbio de taxa livre, percebe-se que a taxa de compra era 1,038 e a de venda 1,039.<sup>8</sup> Em 26 de fevereiro de 2009, por outro lado, a taxa de compra estava a 2,06400 e a de venda 2,06480,<sup>9</sup> demonstrando o início da desvalorização cambial. A partir de 1999, a especulação decorrente das importações passou a ser menos atraente e segura, descortinando-se um panorama econômico no qual não mais seria premente a estipulação de multa exorbitante destinada a neutralizar o ganho financeiro obtido com as práticas que antes se pretendia coibir.

E outra não foi a justificativa para a edição da Lei nº 10.755, de 2003, que, em sua exposição de motivos,<sup>10</sup> assim esclareceu:

Considerando que a medida foi adotada no passado dentro de uma conjuntura econômica específica, mas levando-se em conta o regime cambial com flutuação de taxas de câmbio adotado pelo país a partir de fevereiro de 1999, o que, por si só traz consigo o equilíbrio na variação de preços do mercado externo, torna-se imprescindível e conveniente promover ajustes na forma de cobrança da referida multa, de modo a compatibilizar a necessidade de se manter o instrumento de cobrança, na busca de efetividade dos prazos estabelecidos para as nossas importações e ao mesmo tempo estabelecer valor de cobrança compatível com a realidade econômica do país, independentemente de qualquer que seja a sua natureza, circunstância ou conjuntura.

---

7 Taxa média ponderada dos negócios realizados no mercado interbancário de câmbio com liquidação em dois dias úteis, calculada pelo Banco Central do Brasil.

8 Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?txcambio>>. Acesso em: 24 jun. 2010.

9 Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?txcambio>>. Acesso em: 24 jun. 2010.

10 Mensagem nº 147, de 2002. **Diário do Senado Federal**, abril de 2003.

E as mudanças significativas no panorama econômico se desenvolveram até o advento da Medida Provisória nº 315, de 3 de agosto de 2006, sendo evidente que as condições que circundaram a criação da multa de importação em 1997 não mais subsistiam em 2006, quando a cobrança foi definitivamente eliminada. Trata-se, portanto, de um período histórico bastante rico, que demandou diferentes atitudes do legislador e do órgão regulador, de forma que se mantivesse o desejado equilíbrio nas operações de importação.

#### 4 As inovações na legislação cambial

Para melhor ilustrar o objeto do presente trabalho, convém historiar e concatenar os principais dispositivos legais que foram editados a partir de 1997 e que tratam da multa de importação. Em primeiro lugar, merece destaque a Medida Provisória nº 1.569, de 25 de março de 1997, que criou, em seu art. 1º, a famigerada cobrança, sujeitando o importador ao pagamento de **multa diária**, sob a modalidade de encargo financeiro, quando: *i*) contratasse operação de câmbio fora dos prazos estabelecidos pelo Banco Central do Brasil; *ii*) efetuasse o pagamento, em reais, de importação em virtude da qual fosse devido o pagamento em moeda estrangeira; *iii*) efetuasse pagamento, com atraso, das importações licenciadas para pagamento em reais; *iv*) não efetuasse o pagamento de importação até 180 dias após o primeiro dia do mês subsequente ao previsto para pagamento na Declaração de Importação.

Em seguida, por ocasião da Lei nº 10.755, de 3 de novembro de 2003, a multa foi fixada em 100% do valor da operação. O art. 1º da nova lei não mais estipulava o cálculo da multa como encargo financeiro e também não mais fazia referência ao caráter diário da cobrança.

Outra inovação do diploma de 2003 foi determinar que o Banco Central do Brasil ditaria os limites da multa, que chegou a ser reduzida ao patamar de 0,5% do equivalente em reais do valor da importação com pagamento irregular.

Embora a Lei nº 9.817, de 1999, tenha sido expressamente revogada pela lei de 2003, o art. 4º desse diploma houve por bem estabelecer um marco temporal para a permanência da antiga multa diária. Tal modalidade de cobrança ainda estaria valendo para as importações com Declaração de Importação já registradas

no Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex) e com vencimento até o centésimo octogésimo dia contado da data de publicação da Lei.<sup>11</sup>

A redação do art. 1º da Lei nº 10.755, de 2003, foi alterada pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, estendendo a disciplina legal às irregularidades previstas na legislação anterior, desde que pendentes de julgamento definitivo nas instâncias administrativas.<sup>12</sup> Vale dizer: todas as multas de caráter diário e de valor altíssimo impostas pela Medida Provisória nº 1.569, de 1997, poderiam ser reduzidas aos moldes mais amenos da Lei nº 10.755, de 2003, desde que os respectivos processos administrativos não estivessem definitivamente julgados. Na ocasião, por uma questão de coerência com a extensão dos benefícios da Lei nº 10.755, de 2003, aos casos pretéritos, também foi eliminado o marco temporal que mantinha a multa diária, revogando-se art. 4º da Lei nº 10.755, de 2003.<sup>13</sup>

Por fim, a Medida Provisória nº 315, de 2006, convertida na Lei nº 11.371, de 26 de novembro de 2006, lançou as bases para a paulatina eliminação da

11 “Art. 4º Para as importações com DI já registrada no Siscomex e com vencimento até o centésimo octogésimo dia contado da data de publicação desta Lei, sujeita-se, o importador, ao pagamento de multa diária, sob a modalidade de encargo financeiro, a ser recolhida ao Banco Central do Brasil, em conformidade com a legislação aplicável até a data de publicação desta Lei.

§ 1º A multa de que trata o *caput* será cobrada para os períodos de incidência a partir de 26 de setembro de 1997, inclusive, observado, quando for o caso, o disposto no § 2º deste artigo:

I nas contratações de operações de câmbio fora dos prazos estabelecidos pelo Banco Central do Brasil ou quando efetuado o pagamento em reais de importação em virtude da qual seja devido o pagamento em moeda estrangeira, sobre o valor, em reais, do pagamento e calculada com base na taxa prefixada de empréstimo para capital de giro divulgada pelo Banco Central do Brasil, para vigência na data de início destes períodos de incidência, durante o período compreendido entre a data limite do prazo estabelecido pelo Banco Central do Brasil para a contratação do câmbio e a data da sua efetiva contratação, ou do pagamento em reais, descontada a variação cambial ocorrida no período;

II nas importações licenciadas para pagamento em reais com pagamento em atraso sobre o valor, em reais, do pagamento e calculada com base na taxa prefixada de empréstimo para capital de giro divulgada pelo Banco Central do Brasil, para vigência na data de início destes períodos de incidência, durante o período compreendido entre o primeiro dia do mês subsequente ao previsto para pagamento e a data do efetivo pagamento;

III quando não efetuado o pagamento de importação até cento e oitenta dias após o primeiro dia do mês subsequente ao previsto para pagamento na Declaração de Importação, sobre o equivalente, em reais, do valor da importação não liquidada e calculada com base na taxa prefixada de empréstimo para capital de giro divulgada pelo Banco Central do Brasil para vigência na data de início destes períodos de incidência, durante o período compreendido entre:

a) a data limite do prazo estabelecido pelo Banco Central do Brasil para a contratação do câmbio e o centésimo octogésimo dia da data de publicação desta Lei, nas importações licenciadas para pagamento em moeda estrangeira;

b) o primeiro dia do mês subsequente ao previsto para o pagamento da importação e o centésimo octogésimo dia da data de publicação desta Lei, nas importações licenciadas para pagamento em reais.

§ 2º Sempre que o período de incidência da multa abranger datas anteriores a 26 de setembro de 1997 ou, simultaneamente, datas anteriores e posteriores, o cálculo será efetuado com base no rendimento acumulado das Letras do Banco Central – LBC, para os valores devidos até 25 de setembro de 1997, inclusive, na forma a ser definida pelo Banco Central do Brasil, e com base nas disposições do § 1º deste artigo, quando relativo aos valores devidos a partir de 26 de setembro de 1997, inclusive.”

12 “Art. 126. O § 1o do art. 1o da Lei no 10.755, de 3 de novembro de 2003, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º .....  
§ 1º O disposto neste artigo aplica-se também às irregularidades previstas na legislação anterior, desde que pendentes de julgamento definitivo nas instâncias administrativas.”

13 Art. 133 da referida Lei nº 11.196, de 2005.

multa de importação, determinando<sup>14</sup> que a multa de que trata a Lei nº 10.755, de 2003, não se aplica às seguintes operações de importação: *i*) cujo vencimento ocorra a partir de 4 de agosto de 2006; *ii*) ou cujo termo final para a liquidação do contrato de câmbio de importação, na forma do inciso II do art. 1º da Lei nº 10.755, de 2003, não tenha transcorrido até 4 de agosto de 2006.

O esboço acima realizado demonstra que a multa cambial variou de exação automática, diária e rigorosa, passando para uma fase de limites de valor e de marco temporal, chegando a valores irrisórios, para, finalmente, não ser mais necessária no ordenamento regulatório. Todas as modificações levaram em conta a necessidade de fiscalização e de repressão que, em diferentes níveis, atingiu a atividade de importação no período compreendido entre 1997 e 2006, demonstrando que o órgão regulador procurou adequar sua atuação às ondas econômicas enfrentadas pelo mercado.

## **5 A reação: As infrações à nova legislação cambial geraram inúmeros processos administrativos no Banco Central do Brasil e, conseqüentemente, recursos endereçados ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional**

Uma breve consulta aos acórdãos e decisões do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN)<sup>15</sup> nos dá notícia das inúmeras questões jurídicas levantadas pelos importadores e enfrentadas pelo Banco Central do Brasil a partir da edição da Medida Provisória nº 1.569, de 1997, até o advento da Lei nº 11.371, de 2006. As críticas à legislação vão desde a imediata reação ao caráter diário e automático da cobrança até a alegação de total *abolitio criminis*, como adiante se perceberá.

O primeiro ataque à nova legislação ocorreu com a insatisfação dos importadores com a imposição de multa automática, imediatamente debitada da reserva bancária das instituições financeiras vinculadas aos contratos de

14 "Art. 6º A multa de que trata a Lei nº 10.755, de 3 de novembro de 2003, não se aplica às importações:

I – cujo vencimento ocorra a partir de 4 de agosto de 2006; ou

II – cujo termo final para a liquidação do contrato de câmbio de importação, na forma do inciso II do art. 1º da Lei nº 10.755, de 2003, não tenha transcorrido até 4 de agosto de 2006."

15 Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/crsfn/default.htm>>.

câmbio. A alegação era no sentido de que a multa de importação não prescinde de regular processo administrativo, com ampla defesa e todos os recursos a ela inerentes, sendo a cobrança automática e debitada diretamente da conta reserva bancária do banco interveniente, flagrantemente inconstitucional.

De fato, segundo a Circular nº 2.753, de 30 de abril de 1997, do Banco Central, a multa era cobrada de forma automática, e “levada a débito da conta ‘Reservas Bancárias’ do estabelecimento vendedor da moeda estrangeira, no segundo dia útil subsequente à liquidação do contrato de câmbio, ou da vinculação a este da correspondente declaração de importação.”

A questão chegou ao Judiciário, conforme demonstra o acórdão a seguir, proferido no mandado de segurança impetrado por Machbert Equipamentos e Serviços S.A.:<sup>16</sup>

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL. MULTA ADMINISTRATIVA.

CONTRATO DE CÂMBIO. RESTRIÇÕES. MEDIDA PROVISÓRIA 1.569/97. FORMA DE COBRANÇA. CONFISCO.

O objeto do *writ* é o ato coator supostamente praticado pela apelante, consistente no lançamento de débito em conta corrente da impetrante do valor correspondente às multas que lhe teriam sido aplicadas em razão da Circular n. 274/97 do Bacen. Se procedente o pedido, a medida concedida consistirá na cessação do ato coator, com a restituição da situação ao seu estado anterior à prática do ato em questão. Não configurado o caráter de ação de cobrança.

[...]

Em nosso ordenamento jurídico não é dado a nenhum ente público, da administração direta ou indireta, administrativamente confiscar dinheiro de conta corrente dos administrados, olvidando-se do procedimento propício para a cobrança de valores devidos.

Remessa oficial e apelação conhecidas, parcialmente providas.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu caso semelhante, nos autos do Recurso Especial 379.595 – RS,<sup>17</sup> afirmando a ministra Eliana Calmon, em seu voto, que:

---

16 TRF3, AMS 2001.03.99.044090-6/SP, Desembargador Relator: Juiz Federal Alexandre Sormani, Apelante: Banco Central do Brasil, Apelado: Machbert Equipamentos e Serviços Ltda., 3ª T, julgado em 31/1/2007.

17 STJ, Resp n. 379.595 - RS (2001/0160335-6), Relatora: ministra Eliana Calmon, Recorrente: Banco Central do Brasil, Recorrido: Maxferil Comércio e Indústria de Fertilizantes Ltda., 2ª T, julgado em 3 de abril de 2003.

Ora, essas multas oriundas da MP 1.569-2/97, como todas as demais aplicáveis pela Administração Pública, devem observar o regime previsto na Lei 6.830/80, mediante a inscrição dos débitos tributários ou não tributários, definidos estes no art. 39, § 2º, da Lei 4.320/64, em dívida ativa da Fazenda Pública, para futura cobrança pela ação de execução fiscal. Confira-se, a esse respeito, o REsp 337.092/RJ, relator Min. José Delgado, DJ de 25.02.2002, pág. 00234.

Desta forma, não poderia norma de natureza inferior à lei, que tem por finalidade precípua a respectiva regulamentação, como as circulares do Banco Central do Brasil, dispor contrariamente à lei geral que rege a forma de cobrança da dívida ativa de Autarquia Federal, para permitir o desconto direto em conta bancária, seja ela corrente ou de “Reserva Bancária”.

Além do caráter automático da exação, muito causou espanto o fato de, durante a vigência da Lei nº 9.817, de 1999, a multa ser diária, praticamente ilimitada, o que, segundo os interessados, inviabilizava a atividade econômica daquele que infringisse a norma, a qual foi considerada desproporcional e abusiva. Segundo os importadores, a cobrança feriria os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Argumentos fortes contra a multa automática podem ser encontrados no relatório do Recurso Voluntário referente ao Processo BCB 0201122180.<sup>18</sup> Segundo o relator, as críticas dos recorrentes combatem a sistemática do cálculo, uma vez que

fere o princípio da ampla defesa e do contraditório ao impedir que o administrado tenha condições plenas de conhecer e averiguar o montante exigido na sanção aplicada, ante a complexidade, falta de esclarecimento e de clareza nos atos normativos”.

---

18 Relator: Flávio Maia Fernandes dos Santos, Recorrente: Plastipak Packaging do Brasil Ltda., Recorrido: Banco Central do Brasil.

“EMENTA: RECURSOS VOLUNTÁRIO E DE OFÍCIO – Câmbio – Importação – Falta de pagamento pela compra de bens – Inteligência do § 1º do art. 1º da Lei 10.755, de 03.11.03, na redação dada pelo art. 126 da Lei 11.196, de 21.11.05 – Irregularidade caracterizada – Incidência de pena de multa pecuniária (inciso VII do art. 2º do primeiro diploma legal citado) – Planilha informativa do Banco Central do Brasil com sistemática de cálculo efetuada de acordo com a regulamentação baixada pela Circular 3.308, de 04.01.06 – Apuração do valor em montante superior a R\$ 1.000,00 (um mil reais) – Apelo voluntário a que se dá provimento parcial – Recurso de ofício improvido.” Disponível em: <<http://www4.bcb.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=nmsSecreCRSFN:idxSecreCRSFN>>. Acesso em: 11 jun. 2010.



Sustentam, ainda, suposta afronta ao “princípio da livre iniciativa, vez que o vultoso valor a ser desembolsado pela Recorrente teria como origem relação privada, a qual não deve ser conduzida pela Administração Pública”. E, por fim, afirmam ser a multa “desproporcional e desarrazoada”, de forma que violaria o direito de propriedade.

A Lei nº 10.755, de 2003, apesar de manter a ilicitude da conduta, afastou o caráter diário da cobrança, seu cálculo na forma de custo financeiro e atribuiu ao Banco Central do Brasil a regulamentação do percentual de multa aplicável, observando-se, porém, o limite de 100% da operação. Tendo em vista que a cobrança se tornou mais amena, os importadores enquadrados na lei anterior passaram a alegar a incidência do princípio da lei penal mais benéfica, objetivando reduzir a cobrança aos patamares fixados na lei nova.

Novos questionamentos a respeito da lei mais benéfica surgiram quando a Lei nº 11.196, de 2005, estendeu a disciplina da Lei nº 10.755, de 2003, às infrações perpetradas durante a vigência da Medida Provisória nº 1.569, de 1997, desde que pendentes de julgamento definitivo nas instâncias administrativas. Na mesma época, como já explicitado no presente trabalho, também foi eliminado o marco temporal que mantinha a multa diária, revogando-se art. 4º da Lei nº 10.755, de 2003. A Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil enfrentou diversos questionamentos a respeito do que seria um caso “pendente de julgamento definitivo nas instâncias administrativas”, envolvendo, por exemplo, os efeitos de recurso intempestivo. Lucas Alves Freire (2009, p. 101-118) estudou casos concretos que ensejaram dúvidas e interpretações conflitantes no âmbito da administração federal. Segundo o autor, questionava-se se o reconhecimento da intempestividade do recurso teria o poder de prostrar a pendência do recurso, de forma a permitir a incidência da lei nova. Em suas conclusões, assevera:

[...] No caso da interposição intempestiva de recurso, a tese defendida pela Procuradoria-Geral do Banco Central, no sentido de que o efeito devolutivo do apelo prorrogaria a pendência do processo até a data em que o CRSFN se pronunciasse sobre o pleito, a par de não ter dado azo a controvérsias entre os órgãos e entidades administrativos envolvidos, é a que a meu sentir, melhor reflete o espírito da norma. (FREIRE, 2009, p. 101).

O recurso da Plastipak Packaging do Brasil, referente ao Processo BCB 0201122180, julgado no CRSFN em 27 de abril de 2007,<sup>19</sup> é um bom exemplo de redução de multa com base nos dispositivos da Lei nº 11.196, de 2005. Após acirrada discussão a respeito da retroatividade ou não do regime mais ameno da Lei nº 10.755, de 2003, às operações realizadas sob a égide da Medida Provisória nº 1.569, de 1997, o CRSFN não teve outra saída senão diminuir a multa de R\$3.657.597,95 para R\$18.330,51, uma vez que o recurso ainda estava pendente de julgamento.<sup>20</sup>

Por fim, com a edição da Medida Provisória nº 315, de 2006 (convertida na Lei nº 11.371, de 2006), o legislador optou por excluir as multas de importação para as importações cujo vencimento ocorressem a partir 4 de agosto de 2006 ou cujo termo final para a liquidação do contrato de câmbio de importação não tenha transcorrido até o dia 4 de agosto de 2006.

## 6 A principal controvérsia: aplicabilidade do princípio da lei penal mais benéfica aos processos administrativos punitivos

As idas e vindas da legislação administrativa fizeram recrudescer a discussão acerca da aplicabilidade dos princípios penais constitucionais às punições administrativas. A previsão de penalidades mais brandas do que a inicialmente fixada pela Medida Provisória nº 1.569, de 1997, trouxe à baila a possível incidência do inciso XL do art. 5º da Constituição da República de 1988, que preceitua que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, bem como os artigos correlatos do Código Penal Brasileiro, tais como o art. 2º e o 3º.<sup>21</sup>

Na seara do Direito Penal, a questão é bastante conhecida. Sobrevindo lei penal mais benéfica, o agente será favorecido, o que pode acontecer de duas formas: quando o fato não mais é considerado crime pela nova lei ocorre a

19 Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/crsfn/default.htm>>. Acesso em: 19 maio 2010.

20 No mesmo sentido, os recursos voluntários referentes aos Processos BCB 0201122284, 0201125273, entre outros.

21 “**Lei penal no tempo** Art. 2º – Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984) Parágrafo único – A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984) **Lei excepcional ou temporária** (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984) Art. 3º – A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984)”.

*abolitio criminis* (art. 2º, *caput*, do Código Penal Brasileiro), ou seja, é causa de extinção da punibilidade, na forma do inciso III do art. 107 do Código Penal.<sup>22</sup> Quando, de qualquer outra forma, a lei nova beneficia o agente, acontece a *lex mitior*, ou seja, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado (art. 2º, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro) (DELMANTO *et al*, 2002.).

O princípio da lei penal mais benigna não é aplicável, porém, às leis excepcionais ou temporárias, definidas como aquelas que, “embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência”, segundo o que dispõe o art. 3º do Código Penal Brasileiro. Há, porém, controvérsias quanto ao tema, havendo doutrinadores que sustentam que o art. 3º do Código Penal não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que, ao estabelecer o princípio da lei penal mais benigna, não trouxe qualquer ressalva às leis temporárias ou excepcionais (BORGES, 2005).

Segundo Delmanto, (2002, p. 8-9), as leis excepcionais são aquelas promulgadas para vigorar em situações ou condições sociais anormais, tendo sua vigência subordinada à duração da anormalidade que as motivou. Já as leis temporárias são as que têm tempo de vigência determinado em seus próprios dispositivos. Como as referidas leis são especiais, editadas em razão de determinada circunstância ou tempo, o Código Penal abre exceção no que se refere à lei posterior mais favorável. Segundo os autores,

como é óbvio, elas perderiam toda a sua força intimidativa, caso o agente já soubesse, de antemão, que, após cessada a anormalidade (no caso das leis excepcionais) ou findo o período de vigência (das leis temporárias), acabaria impune pela aplicação do princípio da retroatividade.

O que merece estudo no presente trabalho é se o princípio da lei penal mais benéfica, de natureza eminentemente penal, aplica-se aos processos administrativos punitivos e, ainda, em caso de aplicabilidade, quais as influências que tal regra pode gerar no âmbito do poder regulatório do Estado. Após tal

---

22 “Extinção da punibilidade Art. 107 – Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984) [...] III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;”.

análise, é imperiosa a investigação: as normas cambiais que trataram da multa de importação têm caráter de lei excepcional?

É intuitivo que consideremos possível que os princípios punitivos penais previstos na Constituição da República de 1998 influenciem a teoria das sanções administrativas. Em primeiro lugar, embora possamos divisar diversas distinções entre as infrações penais e administrativas, precisamos reconhecer suas semelhanças.

Marcelo Madureira Prates (2005, p. 138-139) elenca ao menos cinco distinções equivocadas entre as sanções penais e as administrativas, acabando por concluir que:

Acreditamos que não haja, ao menos de maneira geral ou constante, um complexo de infrações que esteja “naturalmente” reservado à repressão penal ou à punição administrativa, de modo a favorecer, por decorrência, a separação entre a sanção administrativa geral e sanção penal.

O texto constitucional, ao tratar dos princípios penais, faz referência a termos como “crime” e “pena”, quando estipula, por exemplo, no art. 5º, que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” ou que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.<sup>23</sup> Não obstante, tais regras são plenamente aplicáveis a toda a atividade punitiva estatal, seja aquela exercida pelo Poder Judiciário, seja aquela exercida por uma autoridade administrativa, porque se destinam a garantir a legalidade e a justiça que todo e qualquer infrator almeja e faz jus. **Obviamente, tais princípios devem ser aplicados em conjunto com as especificidades do poder punitivo administrativo**, o qual, ademais, também está sujeito aos princípios que regem a Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, entre outros.

A propósito, Alexandre Magno Fernandes Moreira Aguiar (2009) esclarece:

Essa similitude essencial exige que as penas criminais e as administrativas sejam tratadas de maneira semelhante, sob pena de afronta ao princípio constitucional da isonomia. Aliás, as semelhanças são tão evidentes

---

23 Art. 5º, XXXIX e XL, da Constituição da República de 1988.

que parte da doutrina já se refere a um ramo do ordenamento jurídico chamado de “Direito Sancionador”, que traria regras gerais para as diversas espécies de sanções. (Situação bastante semelhante já ocorre na Teoria Geral do Processo, que reúne as normas fundamentais do processo civil e do processo penal.).

Por isso, não há sentido algum em interpretar-se de modo restritivo o vocábulo “pena”, que aparece diversas vezes no art. 5º da Constituição, para considerá-lo apenas como sanção criminal. Até porque as normas constitucionais devem ser sempre interpretadas extensivamente (princípio da máxima efetividade), ou seja, dentre os vários significados de um termo, o intérprete deve preferir aquele que tenha o sentido mais amplo. A própria Constituição exige essa interpretação extensiva ao dispor que os direitos e as garantias nela expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”.

O Direito Administrativo Sancionador, portanto, deve utilizar a vasta gama de conhecimentos jurídicos já produzidos pelo Direito Penal, pois são substancialmente iguais e derivam da mesma fonte constitucional.

O princípio da legalidade, por exemplo, é uma garantia de que o administrado somente estará sujeito a infrações e penalidades que tenham previsão e fundamento em lei. Apesar de amplamente reconhecido o poder regulamentar da Administração, portarias, regulamentos e normas similares não poderão fixar a penalidade e a sanção, sem respaldo legal que o justifique, sob pena de afronta ao mencionado princípio constitucional.

Enfim, o processo administrativo punitivo, que gera, obviamente, sanções, é influenciado pelo arcabouço jurídico do direito punitivo estatal penal, cujos fundamentos estão insculpidos na Constituição da República. E é esse o espírito que anima os defensores da tese de que, assim como a lei penal, a lei administrativa não deve retroagir, salvo para beneficiar o acusado.

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (2007, p. 197), afirmam que “outro parâmetro do direito penal, agora até jurisprudencialmente gozando de prestígio sua aplicação no processo administrativo, é o da aplicabilidade da lei posterior mais benéfica (ao administrado)”.

A jurisprudência contempla vários casos de incidência de lei mais benéfica às penalidades administrativas e também delimita muito bem os casos em que a mudança da norma não favorece ao agente. O Superior Tribunal de Justiça, no

juízo do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 200001164546,<sup>24</sup> ao tratar de processo administrativo disciplinar, decidiu que:

[...] Constitui regra a aplicação da norma vigente à época dos fatos que regula. A retroatividade da lei que prevê penalidades só tem lugar quando benéfica, necessariamente, a condição do acusado. No caso, a lei nova que prevê pena máxima de trinta dias de suspensão à exemplo da lei revogada e pena mínima mais elevada que a norma antiga. Recurso a que se nega provimento.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por exemplo, ao julgar a Apelação Cível 200771000246450,<sup>25</sup> que tratava de multa administrativa de trânsito, afirmou, com base em precedentes da Turma, que “a retroatividade *in bonam partem* é princípio geral de direito que impera independentemente de haver ou não a multa índole tributária”.

E, como não poderia deixar de ser, a imposição de penalidade administrativa pressupõe a existência de regular processo administrativo e os amplos meios de defesa perante a autoridade competente (incisos LIII e LIV do art. 5º da Constituição da República).

Segundo Egon Bockman Moreira (2003, p. 341), “O processo administrativo brasileiro configura expressão do princípio do Estado Democrático de Direito”. Acrescenta, ainda, o prestigiado autor, que o processo administrativo significa “a garantia de os particulares participarem ativamente das decisões estatais que possam afetar seus interesses”.

Embora se possa afirmar que há influência do Direito Penal no Direito Administrativo Punitivo, é certo, como já dito alhures, que as especificidades do Direito Administrativo não podem ser esquecidas. O princípio da norma punitiva benéfica, por exemplo, deve ser analisado segundo a natureza econômica de diversas penalidades, conforme se verá adiante.

---

24 ROMS 200001164546, relator desembargador Paulo Medina, 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Julgamento em 1º de julho de 2004.

25 AC 200771000246450, relator desembargador Márcio Antônio Rocha, 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Julgamento em 3 de novembro de 2008.

## 7 O conteúdo econômico da legislação cambial, sua faceta regulatória e conseqüente ultra-atividade

A Exposição de Motivos nº 154, que levou à apreciação do presidente da República as regras que foram criadas pela Medida Provisória nº 1.569, de 1997,<sup>26</sup> foi bem clara a respeito da natureza econômica da cobrança, bem como da necessidade de o órgão regulador de trazer as importações nacionais a parâmetros seguros de fiscalização. Acrescente-se, ademais, que a referida exposição de motivos foi bastante competente ao situar o momento econômico dos idos de 1997, demonstrando as dificuldades do órgão regulador em verificar o cumprimento dos prazos e em controlar o fluxo de reservas no país.

Não há dúvidas de que a medida provisória pretendeu regular um dado momento histórico, no qual se pretendia punir, de forma rigorosa, aqueles que não respeitassem as normas de importação. E o interesse na punição daqueles que desrespeitaram as leis daquele momento histórico perdurou, mesmo depois de ultrapassados os motivos que ensejaram o recrudescimento da punição. Isso aconteceu porque a norma econômica tem ultra-atividade, conforme explicado neste trabalho e muito bem explanado no Parecer da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil nº 129/2008, conforme demonstra o seguinte trecho, bastante esclarecedor:

37. A sucessão legislativa que culminou na extinção da multa de importação não ocorreu pelo fato de entender o Estado que estava se imiscuindo indevidamente nos negócios entre particulares, mas sim porque a situação cambial em 2006 era totalmente distinta daquela entre os anos de 1997 e 2003, o que só ratifica a volubilidade do mercado. Cessada a excepcionalidade da situação fática, a pena também se torna desnecessária, mas ainda aplicável a quem, durante a situação excepcional, praticou a irregularidade cambial. (BOMBINO; ANDRADE, 2008, p. 313-333).

A respeito do tema, merece ser citado o entendimento de Sérgio Augusto G. Pereira de Souza, Procurador Federal atuante no CRSFN que, no que concerne às inovações da Medida Provisória nº 315, de 2006, afirma que há ultra-atividade

---

26 A qual foi convertida na Lei nº 9.817, de 1999.

das leis que impõem penalidades administrativas, mas não identifica esse estudo com os princípios norteadores da sanção penal:

Penso que, em tese, o problema há de ser resolvido à luz de alguns critérios gerais facilmente perceptíveis na ordem jurídica brasileira, não se podendo partir, aprioristicamente, de forma absoluta, de uma presunção de retroatividade das normas mais benéficas no direito administrativo sancionador, como se esse fosse equiparado ao direito penal, por várias razões relevantes, mas, sobretudo, pela ausência de identidade entre estes ramos jurídicos, como tenho afirmado.

[...]

E não se argumente que a ultratividade das normas estaria vinculada à sua “temporiedade” ou “excepcionalidade”, a bem da doutrina do direito penal, tendo as normas relativas ao não pagamento de importações permanecido vigentes durante anos e as relativas à sonegação de cobertura cambial, por sua vez, por mais de 70 anos, razão pela qual às mesmas não se aplicaria tal ultratividade, uma vez que não seriam dotadas de “temporiedade” ou “excepcionalidade”.

[...]

Novamente, as premissas do direito penal não são aplicáveis sem temperamento ao direito administrativo sancionador, especialmente quando vinculado ao Sistema Financeiro Nacional. (SOUZA, 2007, p. 43).

O CRSFN também reconhece a ultra-atividade da norma administrativa, no Recurso Voluntário referente ao Processo BCB 0201179046,<sup>27</sup> que tratava de importações em desacordo com o art. 1º da Lei nº 9.817, de 1999, conforme se percebe pela leitura do seguinte trecho:

Não se pode olvidar que certas normas, em face da circunstância política e social nas quais foram inseridas, continuam vigorando mesmo com o advento de eventual norma mais benéfica; ou seja,

---

27 Recorrente: The Swatch Group do Amazonas, Recorrido: Banco Central do Brasil:

“EMENTA: RECURSOS VOLUNTÁRIO E DE OFÍCIO – Câmbio – Importação – Falta de pagamento pela compra de bens – Inteligência do § 1º do art. 1º da Lei 10.755, de 03.11.03, na redação dada pelo art. 126 da Lei 11.196, de 21.11.05 – Irregularidade caracterizada – Incidência de pena de multa pecuniária (inciso VII do art. 2º do primeiro diploma legal citado) – Planilha informativa do Banco Central do Brasil com sistemática de cálculo efetuada de acordo com a regulamentação baixada pela Circular 3.308, de 04.01.06 – Apuração do valor em montante superior a R\$ 1.000,00 (um mil reais) – Apelo voluntário a que se dá provimento parcial – Recurso de ofício improvido.

PENALIDADE: Multa Pecuniária, BASE LEGAL: Lei nº 10.755/03, art. 1º.”



fica determinada sua ultratividade. No caso específico o objetivo de tal construção é garantir que seja possível, por exemplo, que políticas cambiais sejam efetivamente aplicadas.

No mesmo sentido, no relatório do Recurso Voluntário referente ao Processo BCB 0601330996,<sup>28</sup> restou assentado que:

Com relação à alegação de *abolitio criminis*, entendo que está com razão a D. PGFN, pois as normas cambiais devem ser consideradas como excepcionais, já que são parte da política cambial estatal, devendo desta forma, ser reconhecida a ultra-atividade no tempo destas normas, conforme previsão do artigo 3º do Código Penal. Inaplicável, portanto, o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, para o caso em questão.

Como já explicitado no presente trabalho, entendo que a normativa penal tem sim grande influência sobre o direito punitivo sancionador. Portanto, não afastamos a possibilidade de aplicação da norma punitiva mais benéfica às multas administrativas, ainda que de caráter econômico. Nada impede, por exemplo, que o órgão fiscalizador perceba que uma multa foi fixada de forma exagerada e decida reduzi-la. Nesse caso, é óbvio que a redução aplicar-se-á aos casos pretéritos e, portanto, ocorrerá a retroatividade da lei mais benéfica.

Ocorre que, em sua imensa maioria, as normas regulatórias são excepcionais por sua própria natureza, principalmente aquelas atinentes ao sistema financeiro. As condições econômicas são dinâmicas e é com base nelas que o poder regulamentar deve ser conduzido e por vezes, modificado. Trata-se de uma característica inerente ao Direito Regulatório – o mercado que o Direito regula não é imutável, não é estático –, portanto o regulador precisa ter meios de punir os infratores das regras mesmo quando essas já foram revogadas ou as punições arrefecidas. Assim como ocorre no Direito Penal, a utilização pura e simples do princípio da lei penal mais benéfica pode significar o abuso do infrator, que já sabe que as condições econômicas estão em mutação e que, a qualquer momento, a norma punitiva

---

28 Recorrente: ADM Exportadora e Importadora S.A, Recorrido: Banco Central do Brasil.

“EMENTA: RECURSOS VOLUNTÁRIO E DE OFÍCIO - Câmbio - Importação - Falta de pagamento pela compra de bens - Inteligência do § 1º do art. 1º da Lei 10.755, de 03.11.03, na redação dada pelo art. 126 da Lei 11.196, de 21.11.05 - Sistemática de cálculo feita já de acordo com a regulamentação baixada pela Circular 3.308, de 04.01.06 - Apuração do valor em montante acima de R\$ 1.000,00 (mil reais) - Irregularidade caracterizada - Apelos improvidos. PENALIDADE: Multa Pecuniária, BASE LEGAL: Lei 10.755/03, art. 1º.”

poderá revogada. Assim, o órgão regulador precisa garantir que sua punição terá ultra-atividade, punindo amanhã os infratores de hoje, mesmo que, no futuro, as circunstâncias econômicas sejam diversas e as penalidades também.

Assim, é fácil observar que, ainda que punições administrativas e penais tenham características diversas, neste particular elas em muito se assemelham. Se a norma punitiva é excepcional, se foi editada em um momento histórico mutável, porém relevante, seus efeitos deverão perdurar, tal como ocorre na teoria geral do Direito Penal, tantas vezes explicitada no presente trabalho.

O episódio das multas cambiais é emblemático, porque o caráter econômico e o objetivo de regular determinado momento histórico relevante eram óbvios, mas, mesmo assim, chegaram a ser explicitados na Exposição de Motivos nº 154, referente à Medida Provisória nº 1.569, de 1997, de forma a não restar qualquer dúvida. Como se tal não bastasse para demonstrar a ultra-atividade da norma anterior, a exposição de motivos da Lei nº 10.755, de 2003, ao modificar a multa de importação, também foi explícita a respeito da mudança da situação econômica do país e a necessidade de dispor para o futuro de forma diferente.

Em 2003, por ocasião da Lei nº 10.755, de 2003, não se poderia falar em retroatividade da lei mais benéfica pelos seguintes motivos:

- a) a lei anterior era excepcional, e, portanto, ultra-ativa;
- b) a lei nova não chegava a ser mais benéfica, porque, embora fixasse multa limitada a 100% da operação e sem o caráter diário e de custo financeiro, **explicitou, em seu art. 4º, que a legislação anterior permanecia a vigorar em casos pretéritos**, especificamente “as importações com DI já registrada no Siscomex e com vencimento até o centésimo octogésimo dia contado da data de publicação desta Lei”. Assim, a vontade do legislador era a não retroatividade da lei nova, sustentando, mais uma vez, a intenção de punir as infrações pretéritas tal como a lei anterior previa.

O segundo argumento acima elencado foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1062838/RS:<sup>29</sup>

IMPORTAÇÃO. BANCO CENTRAL DO BRASIL. MULTA. LEI Nº 9.817/99. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 10.755/03. ULTRA-

<sup>29</sup> REsp 1062838/RS, Rel. ministro Francisco Falcão, Primeira Turma. Julgado em 2/9/2008, DJe de 15/9/2008.

#### ATIVIDADE DA LEI ANTERIOR.

I – A Lei nº 10.755/03, ao redimensionar a dívida que enseja a aplicação de multa ao importador e limitar o percentual da sanção a ser aplicada, na hipótese do não-pagamento da importação no prazo legal, conferiu condição mais favorável ao importador. Todavia, o artigo 4º da mesma Lei manteve a eficácia das multas aplicadas sob a vigência da Lei nº 9.817/99, devendo ser afastado o entendimento de que houve revogação.

II – Recurso Especial provido.

Quando a Lei nº 11.196, de 2005, permitiu que a disciplina da Lei nº 10.755, de 2003, fosse estendida às infrações previstas na legislação anterior, desde que pendentes de julgamento definitivo nas instâncias administrativas, percebe-se que o legislador optou por abrir mão de parte da ultra-atividade da lei anterior. Decidiu-se, por questões de natureza administrativa, permitir que a lei nova retroagisse para alguns casos. Decidiu-se que seria possível arrefecer a punição também para aqueles que praticaram a infração no início do período crítico, mas a lei foi explícita no sentido de que tal benefício somente poderia ocorrer para aqueles que ainda discutiam a questão no âmbito administrativo, seja no Banco Central do Brasil, seja no CRSFN. Respeitou-se, aqui, a coisa julgada administrativa.

Poder-se-ia questionar se o legislador não estaria violando o direito daqueles que foram punidos com a lei mais severa. Entendo que não, uma vez que aqui podemos inserir os demais princípios e interesses do órgão regulatório, que tem como foco a saúde do mercado financeiro. A retroatividade total da lei mais benéfica acarretaria prejuízos inestimáveis ao mercado como um todo, sendo perfeitamente possível e esperado que o legislador opte por manter incólumes os casos já definitivamente julgados e as multas já recolhidas, em homenagem à eficiência e à segurança jurídica.

Da mesma forma, quando do advento da Medida Provisória nº 315, de 2006, novo marco temporal foi fixado, determinando-se que a multa de que trata a Lei nº 10.755, de 2003, não se aplica, por exemplo, às operações de importação cujo vencimento ocorresse a partir de 4 de agosto de 2006. Observa-se, aqui, que o legislador eliminou a imposição de multa, criando uma norma mais benéfica, mas decidiu que tal eliminação somente ocorreria a partir de 4 de agosto de 2006, sendo, portanto, explícito que a norma anterior teria ultra-atividade para as infrações que ocorressem até a referida data.

## 8 Conclusão

O presente trabalho buscou esclarecer, com base no episódio da multa de importação instituída pela Medida Provisória nº 1.569, de 1997, e normas que se sucederam, se o princípio da lei penal mais benéfica, de natureza eminentemente penal, aplica-se aos processos administrativos punitivos e, ainda, em caso de aplicabilidade, quais as influências que tal regra pode gerar no âmbito do poder regulatório do Estado.

Conforme demonstrado no presente trabalho, a multa cambial variou de exação automática, diária e rigorosa, passando para uma fase de limites de valor e de marco temporal, chegando a valores irrisórios, para, finalmente, não ser mais necessária no ordenamento regulatório. Todas as modificações levaram em conta a necessidade de fiscalização e de repressão que, em diferentes níveis, atingiu a atividade de importação no período compreendido entre 1997 e 2006, demonstrando que o órgão regulador procurou fixar as punições de acordo com as condutas que pretendia reprimir em cada momento, adequando sua atuação às ondas econômicas enfrentadas pelo mercado.

Com a ajuda da doutrina pátria e com a experiência extraída das diversas modificações que o legislador pátrio impôs à regulação da multa de importação, conclui-se que a adoção de princípios gerais de Direito Penal é de grande valia para o Direito Regulatório, sendo possível, em alguns casos específicos, que o princípio penal da lei mais benéfica também seja aplicado às punições administrativas impostas por órgãos reguladores.

Ocorre que, em sua imensa maioria, as normas regulatórias são excepcionais por sua própria natureza, principalmente aquelas atinentes ao sistema financeiro, uma vez que as condições econômicas são dinâmicas e é com base nestas que o poder regulamentar deve ser conduzido e, por vezes, modificado. O dinamismo e a instabilidade do mercado financeiro exigem que ao órgão regulador seja conferido o poder de punir os infratores das regras mesmo quando estas já foram revogadas ou as punições arrefecidas. Assim, a regra é que as normas punitivas de natureza regulatória tenham ultra-atividade, à semelhança do disposto no art. 3º do Código Penal brasileiro, que estabelece que “a lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante a sua vigência”.

Verificou-se que a sucessão de normas que culminou com a total eliminação da multa de importação foi um conjunto de leis punitivas de caráter excepcional, destinadas a regular momentos históricos distintos, sendo que cada uma vigorou pelo período necessário, e, mesmo quando estipuladas multas mais amenas, não se poderia falar em aplicação automática do princípio da lei penal mais benéfica, mas sim de ultra-atividade da norma administrativa punitiva.

É possível afirmar, ainda, que tanto quanto possível, convém que as normas sejam acompanhadas de exposições de motivos explicativas do momento histórico e das necessidades da política econômica subjacentes, providência que prima pela transparência e pela eficiência, medidas tão caras no que se refere à Administração Pública e aos órgãos reguladores em geral.

A experiência da multa de importação descrita no presente trabalho demonstra o quão delicada pode ser a relação entre o órgão regulador e o mercado regulado. As discussões travadas no âmbito administrativo foram bastante ricas, tanto da parte dos administrados, com as críticas bastante pertinentes à legislação, quanto da parte dos julgadores do Banco Central do Brasil e do CRSFN, que muito bem equacionaram as questões apresentadas e as centenas de recursos que foram protocolizados. A intrincada dinâmica das normas até a inevitável eliminação da cobrança se tornou um excelente exemplo de como uma exação pode modificar o destino de um dado econômico e, ao mesmo tempo, orientar o órgão regulador em suas ações para o futuro.

## Referências

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. **Os limites constitucionais das sanções administrativas**. (2009). Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/19907/public/19907-19908-1-PB.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2010.

BOMBINO, Luciana Marques; ANDRADE, Luiz Ribeiro de. Parecer PGBC-129/2008. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, v. 2, p. 313-333, jun. 2008. Semestral.

- BORGES, Paulo César Corrêa. Princípio da retroatividade benéfica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 13, n. 56, p.148-172, set./out. 2005.
- DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FORTUNA, Eduardo. **Mercado Financeiro: Produtos e Serviços**. 16. ed. Rio de Janeiro: Qualimark, 2007.
- FREIRE, Lucas Alves. O Processo Pendente de Julgamento Definitivo na Esfera Administrativa e a Aplicação da Multa de Importação. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, v. 3, n. 1, p.101-118, jun. 2009. Semestral.
- MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005.
- SOUZA, Sérgio Augusto G. Pereira de. A Suposta Retroatividade Benéfica e a Nova Normativa Cambial. **Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais**, São Paulo, n. 36, p.43-53, jun. 2007. Trimestral.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Bancos Centrais no Direito Comparado: O Sistema Financeiro Nacional e o Banco Central do Brasil (o regime vigente e as propostas de reformulação)**. São Paulo: Malheiros, 2005.

# O Supremo Tribunal Federal, os Planos Econômicos de Estabilização e a Construção da Moldura Jurídica do Poder Monetário

Camila Villard Duran\*

*1. Introdução. 2 Pesquisa empírica: decisões judiciais relevantes. 3 O Supremo Tribunal Federal e o controle constitucional dos planos heterodoxos: Cruzado (1986), Bresser (1987), Verão (1989), Collor I (1990) e Collor II (1991). 4 O Supremo Tribunal Federal e o controle constitucional do Plano Real. 5 Conclusão.*

## Resumo

Após trazer a análise das decisões relevantes do Supremo Tribunal Federal relativas aos planos econômicos de estabilização (do Plano Cruzado ao Plano Real), o artigo busca responder às seguintes questões, com base em pesquisa empírica: *i)* o que o Supremo Tribunal Federal entende por lei monetária? *ii)* segundo as decisões do tribunal constitucional sobre planos econômicos de estabilização, qual é a moldura jurídica para o poder de legislar sobre moeda? O objetivo é traçar linhas argumentativas com base na análise de decisões do Supremo e dialogar com a possível decisão final das ações de descumprimento de preceito fundamental nº 77 e nº 165. Ao final, o artigo traz o conceito de lei monetária e os contornos da moldura jurídica do poder monetário, tal como formulado pelo Supremo em suas decisões sobre planos econômicos, selecionadas pela pesquisa como relevantes.

---

\* Doutoranda em regime de co-direção de tese entre a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e a *École Doctorale de Droit International et Européen da Université Paris I Panthéon-Sorbonne*. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. *E-mail* para contato: [camiladuran@usp.br](mailto:camiladuran@usp.br).

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal. Controle de constitucionalidade. Poder Executivo. Planos econômicos.

### *Abstract*

*This article analyzes relevant STF decisions relating to economic stabilization plans (Cruzado Plan to Real Plan), and seeks to answer the following questions, based on empirical research: (i) according to STF, what is monetary law?; and, (ii) according to STF decisions relating to economic stabilization plans, which is the legal framework for the power to legislate on money?*

*The goal of this article is to construct arguments based on analysis of decisions by the STF and to try to predict the possible final decision of ADPFs (“Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental”) nº 77 and nº 165. Finally, the article presents the concept of monetary law and outlines the legal framework of the monetary power, as formulated by the STF in its decisions that were chosen by this survey as relevant.*

**Keywords:** *Brazilian Supreme Court. Judicial review. Executive Branch. Economic plans of monetary stabilization.*

## 1 Introdução

Duas ações de descumprimento de preceito fundamental (ADPF<sup>1</sup>), especialmente relevantes para a definição dos contornos jurídicos do exercício político do poder monetário, estão aguardando o julgamento final pelo Supremo Tribunal Federal (STF): a ADPF nº 77 e a ADPF nº 165. A importância desses dois processos é evidente: eles reúnem relevantes questões jurídicas debatidas em diversas instâncias do Poder Judiciário sobre os planos heterodoxos de estabilização monetária e o Plano Real.

Com o objetivo de reconstruir, a partir das decisões do tribunal constitucional, a moldura jurídica do poder monetário e dialogar com a possível

---

1 A ADPF é uma ação que tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público (artigo 1º, Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999).



decisão final das mencionadas ADPFs, o presente artigo analisa um conjunto de decisões relevantes tomadas pelo STF durante as décadas de 1990 e 2000 sobre os planos heterodoxos de estabilização monetária<sup>2</sup> e o Plano Real.

Este artigo está estruturado em três partes. Na primeira, apresentam-se as decisões judiciais selecionadas como relevantes por esta pesquisa e os problemas jurídico-econômicos trazidos por elas. Esse levantamento baseia-se em parte da pesquisa empírica realizada pela autora durante seu mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2005-2008), consolidada no trabalho intitulado **Direito e moeda: o controle dos planos de estabilização pelo Supremo Tribunal Federal**.<sup>3</sup> A segunda parte deste artigo, por sua vez, dedica-se ao estudo crítico das decisões do STF relativas aos planos heterodoxos de estabilização. A terceira parte completa a análise com as decisões relativas ao Plano Real. Ao final, apresenta-se a consolidação das conclusões, construídas a partir da pesquisa empírica, e busca-se traçar os contornos da moldura jurídica do poder monetário.

## 2 Pesquisa empírica: decisões judiciais relevantes

A partir dos meios oficiais do STF para publicação de jurisprudência,<sup>4</sup> foram selecionadas para este artigo vinte decisões relevantes, do ponto de vista qualitativo (cinco relativas ao Plano Real e quinze compreendidas pelos planos heterodoxos), que envolveram a discussão de medidas formuladas por reformas monetárias em quinze casos (quatro correspondentes ao Plano Real e onze relativos aos planos heterodoxos).<sup>5</sup>

O problema jurídico-econômico, que se refere à medida implementada pelo plano de estabilização heterodoxo e que foi submetida ao julgamento pelo STF (“Tema”), a denominação do plano (“Plano”), o número processual e sua identificação (“Decisão Judicial”), com a denominação dada por esta pesquisa

---

2 As decisões judiciais selecionadas referem-se aos seguintes planos heterodoxos: Cruzado (1986), Bresser (1987), Verão (1989), Collor I (1990) e Collor II (1991).

3 Este artigo traz um novo olhar sobre parte da pesquisa empírica desenvolvida no mestrado da autora. A íntegra desse estudo foi publicada recentemente pela editora Saraiva (DURAN, 2010).

4 **Revista Trimestral de Jurisprudência (RTJ)** e *site* do Supremo Tribunal Federal ([www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)).

5 Para um levantamento exaustivo das decisões do STF relativas aos planos econômicos de estabilização, ver a íntegra da pesquisa empírica em Duran (2010).

(“Caso”), o ano de julgamento (“Ano”) e o órgão do STF responsável pela tomada de decisão (“Órgão Julgador”) são sintetizados no quadro abaixo.

**Quadro 1 – Decisões relevantes proferidas pelo STF sobre as medidas implementadas pelos planos heterodoxos**

TEMA	PLANO	CASO	Decisão judicial	ANO	Órgão Julgador
1. Controle sobre salários	Verão e Collor I	Cia. Nitro	RE 202686	1997	2ª Turma
	Collor I	Sindiquimica	RE 194662	2001	2ª Turma
			RE ED 194662	2002	2ª Turma
2. Contas de poupança (alteração de critério para correção monetária)	Verão	Cadernetas de poupança I	RE 200514	1996	1ª Turma
	Collor I	Cadernetas de poupança II	RE 206048	2001	Pleno
3. Fator de deflação (“tablitas”)	Bresser	BCN	RE 141190	2005	Pleno
	Cruzado	Plano Funaro	RE 136901	2006	Pleno
	Collor II	Banco do Progresso	RE 164836	2006	Pleno
4. Bloqueio dos ativos financeiros	Collor I	Bloqueio dos cruzados novos	ADIn MC 534	1991	Pleno
			ADIn QO 534	1992	Pleno
5. TR como índice de atualização monetária	Collor II	ADIn 493	ADIn MC 493	1991	Pleno
			ADIn 493	1992	Pleno
		UDR	ADIn MC 768	1992	Pleno
			ADIn 768	2002	Decisão Monocrática
		Crédito Rural	ADIn MC 959 <sup>1</sup>	1994	Pleno

Fonte: Duran (2010).

O STF atuou tanto pela modalidade de controle de constitucionalidade concentrado, por meio do julgamento de quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADIns),<sup>6</sup> como pelo controle de constitucionalidade

<sup>6</sup> É da competência do órgão máximo do STF, o Plenário, composto por onze ministros, o julgamento das ADIns (para outras competência desse órgão, ver art. do 5º ao 8º do **Regimento Interno** do STF). Na sessão para julgar a constitucionalidade de ato normativo, devem estar presentes, no mínimo, oito ministros (art. 22 da Lei nº 9.868, de 1999). E para que seja declarada a inconstitucionalidade do dispositivo jurídico, a decisão deve ser partilhada por, no mínimo, seis ministros (art. 23 da Lei nº 9.868, de 1999).

difuso, no julgamento de recursos extraordinários (RE).<sup>7</sup> Houve julgamento de medidas cautelares<sup>8</sup> e questão de ordem<sup>9</sup> em ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn MC e ADIn QO, respectivamente).

Os julgamentos selecionados foram realizados no espaço temporal de 1991 até 2006. Os órgãos julgadores foram também diversificados. Há decisões tomadas pelo plenário do STF, primeira turma,<sup>10</sup> segunda turma e decisão monocrática.<sup>11</sup> Em relação a essa última, ela pôs fim ao andamento de uma ação direta de inconstitucionalidade. Importante mencionar que a decisão da primeira turma foi tomada por unanimidade,<sup>12</sup> ao passo que todos os julgados da segunda turma foram por maioria.<sup>13</sup> Das dez decisões tomadas pelo pleno, somente duas foram por unanimidade.<sup>14</sup>

No que se refere especificamente ao Plano Real, as decisões relevantes selecionadas pela pesquisa empírica são as que se seguem.

#### Quadro 2 – Decisões relevantes proferidas pelo STF sobre as medidas implementadas pelo Plano Real

TEMA	CASO	Decisão judicial	ANO	Órgão julgador
1. Sistema de conversão para a Unidade Real de Valor (URV)	Reajuste de vencimentos	Rcl 846	2001	Pleno
		RMS 24651	2003	1ª turma
2. Periodicidade da correção monetária	Pequi	RE 273602	2003	1ª turma
3. Metodologia para o cálculo de índices de correção monetária	ADPF 77	ADPF MC 77	2006	Decisão monocrática
	BBA	Rcl 5512 MC	2007	Decisão monocrática

Fonte: Duran (2010).

7 Cabe recurso extraordinário contra decisão judicial que contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local em face da Constituição ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal (artigo 102, III, CF/1988).

8 A medida cautelar antecipa os efeitos de uma decisão final, de forma preventiva. Ela é deferida se presente dois requisitos: razoável probabilidade do direito alegado (*fumus bono iuris*) e o risco da demora do julgamento final da ação (*periculum in mora*).

9 A questão de ordem objetiva solucionar dúvida quanto à tramitação do processo. No caso específico, o relator trouxe ao julgamento do plenário em questão de ordem o pedido da Procuradoria Geral da República de impossibilidade de prosseguimento da ação direta de inconstitucionalidade por perda do objeto da ação, tendo em vista que a lei submetida ao controle abstrato teria cessado sua eficácia (ADIn QO 534).

10 As turmas são compostas por cinco ministros e, no STF, existem duas. Para uma análise pormenorizada da competência de cada uma das turmas, ver art. do 9º ao 11 do **Regimento Interno** do STF.

11 Decisão monocrática é aquela tomada individualmente pelo ministro relator do caso.

12 Cadernetas de poupança I.

13 Cia. Nitro e SindiQuímica (duas decisões).

14 Essas duas foram decisões relativas ao Bloqueio dos cruzados novos (em julgamento final) e ao caso UDR (em medida cautelar).

O STF atuou tanto pela modalidade de controle de constitucionalidade concentrado, por meio do julgamento de uma ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), como pelo controle de constitucionalidade difuso, no julgamento de recursos extraordinários (RE), recursos em mandado de segurança (RMS)<sup>15</sup> e reclamações (Rcl).<sup>16</sup>

Os julgados selecionados foram realizados no espaço temporal de 2001 até 2007. Os órgãos julgadores foram também diversificados. Há decisões tomadas pelo pleno da Corte, pela primeira turma e por decisão monocrática. Em relação a esta última, as duas decisões monocráticas foram emitidas no julgamento de medidas cautelares (MC). A decisão tomada pelo pleno do STF foi unânime. Nos julgados de primeira turma, por sua vez, todas as decisões foram tomadas por unanimidade, o que pode demonstrar certa uniformidade entre os ministros dessa turma.<sup>17</sup>

A discussão central sobre a constitucionalidade dos planos de estabilização envolvia o debate jurídico sobre a ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Os planos econômicos, em sua lógica de implementação, pressupunham a introdução por leis monetárias de alterações em obrigações privadas (mudança em índices de correção monetária para contratos diferidos, retenção de ativos financeiros, regras para conversão de ajustes privados para nova moeda, etc.), implicando violência jurídica.<sup>18</sup>

A orientação firmada pelo tribunal constitucional, a respeito das leis que, a partir de 1964, institucionalizaram a correção monetária, foi o ponto de partida para argumentação do STF sobre a constitucionalidade dos planos de estabilização, enquanto normas que disciplinaram a moeda nacional.

Um caso de referência é o Recurso Extraordinário nº 105.137, julgado em 31 de maio de 1985 e de relatoria do ministro Cordeiro Guerra, que definiu

---

15 O mandado de segurança é instrumento que visa proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público (art. 5º, LXIX, CF/1988). O recurso em mandado de segurança é o instrumento hábil para reverter decisão contrária a sua denegação.

16 Por meio desse instrumento processual, visa-se preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e garantir a autoridade de suas decisões (art. 102, I, I, da CF/1988, e art. 6º, I, g, do **Regimento Interno** do STF).

17 Ao contrário das decisões de competência da segunda turma, conforme já exposto, em relação aos planos heterodoxos.

18 Nas palavras de Simonsen (1995, p. 108), referindo-se aos planos heterodoxos de estabilização, “os choques heterodoxos foram obra de economistas desprovidos de formação jurídica e que não tinham pejo em ferir contratos juridicamente perfeitos, desde que tal lhes parecesse consentâneo com as convicções teóricas.” Segundo Faria (1993, p. 78): “subjacente ao problema específico das implicações constitucionais da reforma monetária encontra-se, portanto, uma das questões centrais da filosofia política e da filosofia do direito moderna: a relação entre os interesses privados e o interesse público”.

a seguinte orientação: “não há direito adquirido a um determinado padrão monetário pretérito, seja ele o mil réis, o cruzeiro velho ou a indexação pelo salário mínimo; o pagamento se fará sempre pela moeda definida pela lei do dia do pagamento”.<sup>19</sup> Dessa orientação é possível retirar duas conclusões: *i*) lei monetária incide de imediato, disciplinando os efeitos de obrigações jurídicas constituídas antes de sua vigência; e *ii*) lei monetária é lei que disciplina moeda enquanto meio de pagamento e padrão de valor.

## 2 O Supremo Tribunal Federal e o controle constitucional dos planos heterodoxos: Cruzado (1986), Bresser (1987), Verão (1989), Collor I (1990) e Collor II (1991)

As ações julgadas pelo STF envolveram questionamentos relevantes, relacionados à implementação dos planos heterodoxos, e as respostas articuladas pelo tribunal constitucional podem orientar o jurista na construção dos contornos da moldura jurídica do exercício do poder monetário.

As principais questões, submetidas ao STF e presentes nos casos selecionados, foram as seguintes:

### Quadro 3 – Questões relevantes submetidas ao STF no julgamento de casos relativos à implementação dos planos heterodoxos

TEMA	CASO	Questões relevantes
1. Controle sobre salários	Cia. Nitro e Sindiquimica	(1) Ofende o ato jurídico perfeito e a coisa julgada lei prevista por plano econômico que altera índice de correção monetária de salários?
2. Contas de poupança	Cadernetas de poupança I e II	(2) A alteração dos critérios de correção monetária de poupança, prevista por plano econômico, afronta o direito adquirido à remuneração pactuada na celebração do contrato com a instituição financeira?
3. Fator de deflação (“tablitas”)	BCN, Plano Funaro e Banco do Progresso	(3) O que o STF entende por lei monetária?
		(4) Lei prevista por plano econômico de estabilização, que estabelece fator de deflação para negócios jurídicos em execução, ofende o ato jurídico perfeito e o direito adquirido?

19 Esse caso refere-se ao julgamento da constitucionalidade da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, que disciplinou a correção do pagamento das contribuições e dos benefícios da previdência privada (artigo 22 e parágrafo único).

4. Bloqueio dos ativos financeiros	Bloqueio dos cruzados novos	(5) A retenção de cruzados novos, implementada pelo Plano Collor, é medida governamental constitucional para controle da massa monetária?
5. TR como índice de atualização monetária	ADIn 493, UDR e Crédito rural	(6) A taxa referencial (TR) pode servir como índice de atualização monetária?

O **controle sobre salários (casos Cia. Nitro e Sindiquimica)** é uma medida extremamente sensível a um plano heterodoxo. Especificamente, as decisões selecionadas sobre o tema estão relacionadas aos seguintes planos: Verão e Collor I.

No julgamento dos casos sobre o controle de salários, o STF declarou que, por ser de ordem pública, a lei superveniente que introduza nova política monetária tem aplicação imediata e geral. Nas palavras do ministro Mauricio Correa, relator dos casos que consagraram esse entendimento em segunda turma, em 2002, seria “demasiado extremismo afirmar-se a existência de ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada” contrapostos a plano econômico dessa natureza (RE ED 194662, p. 272).

No caso Cia. Nitro, o STF afirmou que não há direito adquirido a regime jurídico estabelecido por lei. Em relação ao Plano Verão, os reajustes salariais, previstos anteriormente ao seu advento, eram “meras expectativas de direito, uma vez que a implementação do direito adquirido dependeria da contraprestação de serviços durante o período, pressuposto fático do direito a vencimentos” (RE 202686, p. 345). Aplicar-se-ia ao Plano Collor o mesmo entendimento. Ainda, o tribunal constitucional decidiu que até mesmo sentença normativa (art. 873 da Consolidação das Leis Trabalhistas) poderia ser derogada por disposições legais que insiram nova política econômico-monetária, por se tratar de norma de ordem pública.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Entretanto, como se verá julgamento do caso da ADIn 493, em 1992, o pleno do tribunal já havia definido que o princípio da proibição de ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido teria natureza constitucional e aplicar-se-ia indistintamente a leis infraconstitucionais de ordem pública ou privada. O julgamento dos casos sobre controle salarial parece contradizer essa orientação. Posteriormente, em 2000, no julgamento do caso FGTS (RE 226855), e, em 2003, no julgamento da constitucionalidade da periodicidade anual da correção monetária, prevista pelo Plano Real (Caso Pequi), o STF irá definir sua orientação de que a Constituição de 1988 não faria distinção entre leis de ordem pública e privada para fins de aplicação do princípio constitucional da proibição de ofensa a ato jurídico perfeito e a direito adquirido, como se verá mais adiante. Mais uma vez, esse entendimento será retomado no julgamento da constitucionalidade das “tablitãs”.

O segundo tema (alteração de critério para correção monetária de **contas de poupança**, presente nos **casos Cadernetas de poupança I e II**) está no centro das atenções do STF e, possivelmente, terá sua definição no aguardado julgamento final da ADPF nº 165.

A discussão em torno da aplicabilidade de índices de correção monetária, introduzidos por planos econômicos, bem como o momento a partir do qual esse índice iniciaria sua vigência, alterando aquele determinado no início do contrato de poupança, está presente, entre os casos selecionados, nos planos Verão, Collor I e Collor II.

A resposta formulada pelo STF ao questionamento relevante baseou-se na seguinte premissa: a conta de poupança é um contrato que se renova a cada trinta dias. Esse foi o entendimento do tribunal nos julgados relativos ao Plano Verão, em relação à Medida Provisória nº 32, de 15 de janeiro de 1989, convertida na Lei 7.730, de 31 de janeiro de 1989. Esse plano determinou a incidência imediata de novos índices de atualização monetária para as contas de poupança, independentemente da data do início do contrato. Essa medida foi julgada inconstitucional pelo STF, que determinou a aplicação do índice definido pelo plano econômico somente após novo período aquisitivo, o trintídio seguinte. Entretanto, o tribunal constitucional entendeu que não haveria afronta a direito adquirido se, antes do novo termo inicial, fosse alterado o cálculo para os próximos rendimentos. A Medida Provisória nº 168, de 15 de março de 1990, convertida na Lei 8024, de 1990, de 12 de abril de 1990 (Plano Collor), determinou que os valores até certo limite (cinquenta mil cruzados novos) restariam disponíveis aos seus detentores e seriam “remunerados” pelo percentual correspondente a 90% do Índice de Preços ao Consumidor (IPC). Por sua vez, os valores retidos e transferidos ao Banco Central do Brasil (Bacen), medida que tinha como objetivo “enxugar” a liquidez da economia, seriam remunerados pelo Bônus do Tesouro Nacional Fiscal (BTN Fiscal). No caso concreto analisado, a regra prevista pelo plano assegurou a conversão pela correção monetária ao término do período de trinta dias, conforme as regras vigentes no início de cada trintídio; ou seja, o primeiro mês de rendimento pós-plano teve assegurada sua atualização pelo IPC para, em posterior transferência ao Bacen, ser atualizado pelo BTN Fiscal.

Assim, o Plano Collor I teria atendido à orientação firmada pelo STF de que a alteração de critério de atualização monetária somente teria vigência após o

início do novo trintídio. Não haveria que se falar, nos casos concretos relativos especificamente ao Plano Collor I, em direito adquirido à atualização pela regra anterior.

Além disso, importante mencionar que o STF classificou as alterações normativas relativas à correção monetária como modalidade de medida jurídica relacionada ao estatuto da moeda. Dessa forma, o entendimento do tribunal sobre a inexistência de direito adquirido a regime jurídico ou a estatuto legal também se aplicaria à introdução de modificação nos critérios de atualização monetária para poupança. Nas palavras do redator do caso Cadernetas de Poupança II, “não há direito adquirido a regime jurídico ou a estatuto legal, mais especificamente a um determinado padrão monetário pretérito ou ao estatuto da moeda [...], no caso [concreto] representado pelo índice estabelecido para correção monetária” (RE 206048, pp. 643; 645). Posteriormente, esse mesmo julgado serviu como referência para a edição da Súmula 725, de 26 de novembro de 2003, segundo a qual “é constitucional o artigo 6º da lei 8024/1990, resultante da conversão da Medida Provisória 168/1990, que fixou o BTN Fiscal como índice de correção monetária aplicável aos depósitos bloqueados pelo Plano Collor I”.

Com o julgamento de ambos os casos, o STF reforçou o entendimento de que lei monetária compreende tanto a disciplina da moeda enquanto meio de pagamento, como padrão de valor. Nesse mesmo sentido, as normas, que institucionalizaram a correção monetária no país, em especial a Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964, já falavam em “poder jurídico liberatório”.

Segundo o STF, portanto, leis que alteram índices de correção monetária disciplinam regime jurídico da moeda e aplicam-se imediatamente. Entretanto, há um limite para essa aplicação: ela deve respeitar a natureza de determinados contratos. No caso das contas de poupança, o trintídio deveria ser observado.

Algumas questões, no entanto, devem ser colocadas em relação a essa específica orientação formulada pelo tribunal: por que a lei monetária pode disciplinar os efeitos das obrigações jurídicas celebradas anteriormente ao seu advento, contudo, em relação unicamente ao contrato de poupança, existe o “limite jurídico” do trintídio? O que diferencia esse contrato privado dos demais, inclusive de outros contratos de depósito, de mesma natureza jurídica? O tribunal não responde a essas questões jurídicas em seus julgados.



Cite-se como exemplo o RE 217.561 - AgR AgR, de relatoria do ministro Eros Grau e julgado no recente ano de 2009, que determina a aplicação imediata da lei que alterou correção monetária para contrato de Certificado de Depósito Bancário (CDB) pós-fixado, uma modalidade de contrato de depósito, tal como a poupança. Não há na jurisprudência do órgão a construção jurídica para essa diferenciação entre o CDB e a poupança (contratos de depósito), e outros contratos privados. Essa decisão recente do STF cita ainda como precedente o caso BCN, analisado a seguir, que trata da aplicabilidade das “tablitas”.

No julgamento da constitucionalidade das “**tablitas**” (**casos BCN, Plano Funaro e Banco do Progresso**), as decisões selecionadas referiam-se aos seguintes planos: Cruzado, Bresser e Collor II.

Esses julgados foram especialmente interessantes, uma vez que os ministros procuraram discutir a natureza jurídica de lei monetária e trouxeram para o presente as discussões passadas do STF sobre a questão. Além disso, o entendimento de que a lei monetária aplicar-se-ia de imediato porque se trata de lei de ordem pública foi expressamente afastado para se precisar que se trata de lei que altera estatuto jurídico de moeda e, por essa razão, aplicar-se-ia de pronto. A construção dessa distinção pela jurisprudência do STF é especialmente relevante e a ementa do caso BCN não reflete o teor do acórdão. A ementa oficial desse caso revela entendimento diverso, não reproduzindo com precisão o que foi discutido no corpo do acórdão.

O entendimento definido no caso BCN, que discutiu a constitucionalidade especificamente da tablita do Plano Bresser, foi estendido às decisões das tablitas dos planos Cruzado e Collor II. Os fundamentos articulados pelo STF foram diversos para cada ministro. Nesse caso específico do Plano Bresser, temos uma pluralidade de fundamentos jurídicos que convergiram, em sua maioria, para a mesma decisão: a constitucionalidade do fator de deflação. Este artigo traz os argumentos de dois ministros relevantes nesse debate: Ilmar Galvão e Nelson Jobim.

Segundo o ministro Ilmar Galvão, primeiro relator do caso BCN, a moeda representa, do ponto de vista econômico, o papel de instrumento de troca e de reserva de valor. Em termos jurídicos, ela desempenharia as funções de moeda de conta e moeda de pagamento. Dessa forma, o ministro sustentou que a lei monetária era aquela que modifica a moeda de pagamento (como lei que altera a unidade monetária ou “corta zeros”) e a lei que modificaria a moeda de conta

(que altera, portanto, o padrão de valor). Ambas aplicar-se-iam imediatamente aos contratos privados, atingindo os efeitos dos negócios jurídicos em execução, por se tratar de leis que modificam “estatuto legal”, instituto fundamental integrante do sistema jurídico. Esse argumento foi bastante próximo daquele desenvolvido pelo STF no caso das cadernetas de poupança. Portanto, não haveria “direito adquirido a padrão monetário, a estatuto legal de moeda, matéria de competência exclusiva do Estado” (RE 141190, p. 25). No entanto, segundo o ministro, essa investigação não teria relação com a verificação se uma determinada lei é de ordem pública ou de natureza dispositiva, uma vez que o princípio da irretroatividade da lei aplicar-se-ia a ambas, indistintamente, devido a sua índole constitucional. É também nesse momento, em que se deixa claro o fundamento da jurisprudência do STF, que, em algumas decisões, sustentava sobre a natureza de ordem pública a possibilidade jurídica de impacto futuro em atos considerados perfeitamente acabados.<sup>21</sup> De acordo com o ministro, tratar-se-ia de um problema de natureza diversa. “Na verdade, leis da espécie [leis monetárias], frustrar-se-iam em seus objetivos, como, por exemplo, o de exorcizar o demônio da inflação, se não interferissem nos contratos de execução em curso, por ela não expressamente ressalvados” (RE 141190, p. 25). Argumento bastante pragmático, sustentado pelo fundamento jurídico de que a lei monetária incide sobre contratos em curso, porque se trata de “lei estatutária”, que altera regime jurídico. O ministro Ilmar Galvão ressaltou que não vislumbrava ofensa a ato jurídico perfeito e direito adquirido no caso das tablitas, uma vez que não se poderia alegar direito adquirido a regime legal de moeda. Além disso, não teria ocorrido o fenômeno da alteração do contrato, “constitucionalmente vedado por nós, mas tão-somente da expressão monetária das obrigações dela decorrentes” (RE 141.190, p. 33).

Em seguida, o ministro Nelson Jobim sustentou a tese de que a tablita, baseada na expectativa governamental de inflação pós-plano, visava assegurar, em termos

---

21 Refiro-me aqui não somente às decisões da segunda turma, analisadas no âmbito do tema do controle sobre salários, no final da década de 1990, como também ao Recurso Extraordinário nº 105.137, de 31 de maio de 1985, já citado por este artigo. Nessa oportunidade, o STF determinou que a moeda de pagamento das contribuições e dos benefícios previdenciários teria seu valor definido segundo a norma que estipulasse o índice de correção monetária. O relator do referido recurso extraordinário, ministro Cordeiro Guerra, adotou o argumento de que as leis de natureza monetária (disciplinadores de moeda de conta e moeda de pagamento) são de ordem pública, incidindo imediatamente sobre os contratos em curso. Esse argumento foi acompanhado pelo voto dos outros ministros, Djaci Falcão e Aldir Passarinho. Esse caso foi citado também pelo ministro Marco Aurélio, no julgamento da ADIn 493.

distributivos, a neutralidade de plano econômico que previsse o congelamento. Dessa forma, eventual inconstitucionalidade do fator de deflação seria derivada do vício do congelamento, que não teria sido, no caso concreto, discutido na ação judicial. Segundo o ministro, a escala móvel e a tablita têm ambas o mesmo objetivo: preservar o equilíbrio contratual, ao garantir a realização das funções da moeda. Inconstitucional seria, nas palavras do ministro, “a lei que causa[sse] prejuízos ao ato jurídico perfeito” (RE 141.190, p. 154). No caso concreto, a lei, ao deflacionar o resgate, teria promovido o equilíbrio do contrato. Nelson Jobim afirmou que a compreensão do caso deveria passar pela compreensão do econômico (RE 141.190, p. 147).

Se, nas palavras do ministro Nelson Jobim, para compreender o fator de deflação seria necessário compreender a perspectiva econômica, Simonsen (1995, p. 108), em relação à tablita do Plano Cruzado, trouxe uma consideração econômica importante: o fator deflação parte de três hipóteses bastante discutíveis economicamente. A primeira é a de que a expectativa inflacionária embutida nos contratos com taxas prefixadas fosse efetivamente aquela prevista pela tabela (no caso do Plano Cruzado, 14,2%). A segunda hipótese é a de que o choque fosse inteiramente inesperado. Com a sequência de planos econômicos durante a década de 1980 e início de 1990, e o fato da teoria econômica dominante ainda ser aquela do choque heterodoxo, era difícil sustentar sua total imprevisibilidade. A terceira hipótese, por fim, é a de que a taxa de inflação pós-plano fosse efetivamente reduzida a zero (o que acabou não ocorrendo nos planos heterodoxos).

Nesse julgado, portanto, o STF procurou consolidar seu entendimento sobre lei monetária e seu âmbito de aplicação, bem como rever seu posicionamento nos julgados sobre controle de salários, durante a década de 1990. Contudo, isso foi feito sem um diálogo consistente entre os fundamentos dos diversos ministros. Ao contrário, houve uma “miscelânea” de argumentos, na tentativa de fundamentar a constitucionalidade da tablita. Entretanto, esta pesquisa acredita que os votos do primeiro e do segundo relatores do caso, ministros Ilmar Galvão e Nelson Jobim, podem ser considerados como os formadores do posicionamento da instituição sobre o tema, tendo em vista, principalmente, a adoção de seus fundamentos jurídicos nos julgamentos do Plano Collor II e do Plano Cruzado.<sup>22</sup>

---

22 Para análise dos demais votos relativos ao caso das tablitais, ver Duran (2010, p. 71-78).

O tema do **bloqueio dos ativos financeiros (caso do Bloqueio dos cruzados novos)** pode ser considerado o mais polêmico já julgado pelo STF. Em 1990, o Plano Collor, intitulado Plano Brasil Novo, além das medidas típicas de planos heterodoxos, introduziu algo “inovador”: a retenção dos ativos financeiros. Na exposição de motivos do plano econômico, o governo alegava que a reforma monetária introduzida pelo Plano Collor I tinha como objetivo recuperar o controle do Estado sobre a moeda nacional, uma vez que “a salvaguarda do padrão monetário [seria] uma dimensão da soberania e condição indispensável para o livre funcionamento dos mercados”.<sup>23</sup> O intuito precípua era conter o aumento da massa monetária em poder do público. Os cruzados novos retidos seriam convertidos em cruzeiros posteriormente, em sucessivas parcelas devolvidas ao público durante doze meses, e os valores seriam remunerados em 6% ao ano ou fração *pro rata*, além de serem atualizados monetariamente pela variação do índice BTN Fiscal. Assim, os ativos financeiros retidos foram transferidos ao Bacen em contas individualizadas, em nome dos respectivos titulares, com correção monetária e pagamentos de juros.

Foi exatamente contra essa medida que o Partido Socialista Brasileiro (PSB) interpôs ação direta de inconstitucionalidade (ADI n° 534, caso do Bloqueio dos cruzados novos), em 1991, e trouxe o STF para o centro da discussão do bloqueio dos ativos financeiros. O tribunal pronunciou-se em medida cautelar e em questão de ordem, como julgamento final.

Para a concessão de medida cautelar, seria necessária a presença de dois requisitos: a relevância jurídica da matéria (*fumus boni iuris*) e o risco do dano irreparável (*periculum in mora*). Haveria relevância da tese pretendida pelo autor, segundo o STF, pelas seguintes razões expostas no voto vencido (e, nesse sentido, em nenhum momento foi contestada expressamente pelos outros ministros, que discordaram somente quanto à presença do requisito do *periculum in mora*): *i*) o bloqueio parece ter natureza de empréstimo compulsório; *ii*) com o advento da Constituição de 1988, o empréstimo compulsório ganhou novo regime jurídico, não mais contemplando em suas hipóteses o objetivo de absorção temporária do poder aquisitivo (art. 15, III, do Código Tributário Nacional); *iii*) além disso, não houve obediência ao requisito formal de lei complementar para instituição do

---

23 Exposição de motivos do Ministério de Estado da Economia, Fazenda e Planejamento n° 58, de 15 de março de 1990, que instruiu a mensagem presidencial para a submissão do texto da Medida Provisória 168 à apreciação do Poder Legislativo.

bloqueio; e *iv*) a competência privativa outorgada à União Federal para legislar sobre sistema monetário tem limites: o direito de propriedade, situações jurídicas definitivamente consolidadas e forma de intervenção definida na Constituição. Nas palavras do ministro Celso de Mello,

o poder normativo reconhecido à União Federal para atuar, legislativamente, sobre a disciplina da moeda, quer para adaptar o volume dos meios de pagamentos às reais necessidades da economia nacional, quer para regular seu valor intrínseco, prevenindo ou corrigindo surtos inflacionários ou deflacionários, de origem externa ou interna, quer para impedir situações de anormalidade e outros desequilíbrios oriundos de fenômenos conjunturais, não dispensa e nem exonera o Estado, na formulação e na execução de sua política econômico-financeira, inclusive monetária, de observar e de respeitar aqueles limites impostos pela Constituição (ADIn MC 534, pp. 243-244).

Entretanto, na análise do risco de dano irreparável, o ministro condutor da tese vencedora, Ilmar Galvão, argumentou que se deve atentar “para o prejuízo que a suspensão da execução desta [medida] poder[ia] causar ao interesse público”: “considero mais grave o risco de retorno do ritmo da inflação” (ADIn MC nº 534, pp. 256-257). O ministro Marco Aurélio acrescentou que uma decisão que retirasse a eficácia da lei impugnada poderia provocar ainda uma corrida bancária. A decisão de denegação do pedido do autor concentrou-se no argumento de que se deveria fazer um “sopesamento” entre o interesse dos depositantes considerados individualmente e o “bem comum, o bem-estar da sociedade como um todo” (ADIn MC 534, p. 260). Além disso, quinze meses do advento do plano já se teriam passado e a lei teria grande parte de sua eficácia esgotada no tempo.

No entanto, é importante ressaltar que, em setembro daquele ano (1991), seria iniciada apenas a liberação parcelada dos ativos financeiros e não sua completa devolução aos depositantes de instituições financeiras, o que afasta o argumento de que a lei teria esgotado completamente seus efeitos. O julgamento pelo STF da medida cautelar foi realizado em junho de 1991. Os votos vencidos consideraram esse fato e sustentaram que o decurso do tempo transcorrido, desde a edição da medida provisória convertida na lei contestada, e a interposição da ação

direta não descaracterizaria o elemento *periculum in mora*, porque a “extrema gravidade do comportamento estatal censurado não pode encontrar no tempo um manto protetor de sua intangibilidade” (ADIn MC 534, Celso de Mello, p. 251). Entretanto, o STF julgou improcedente o pedido de medida cautelar e manteve o bloqueio dos cruzados novos.

O ministro Moreira Alves, no julgamento da medida cautelar, sustentou que a questão central era “saber até onde vão os limites de uma reforma monetária”. “A conversão de uma moeda em outra implica obrigatoriamente a conversão imediata, ou esta é passível de fazer-se por etapas, ou seja, primeiro com relação a uma parcela da moeda circulante, e, depois, com relação à outra retirada provisoriamente?” (ADIn MC 534, p. 286).<sup>24</sup> No entanto, esse tema não foi debatido pelo STF naquele momento, tampouco houve a discussão do ponto de vista do direito de propriedade, e se a proteção jurídica desse direito compreende, necessariamente, as faculdades de gozar, usar e dispor.<sup>25</sup>

No julgamento desse caso, foi evidente a confusão jurídica subjacente aos votos dos ministros, que abordaram a questão da perspectiva tributária e, ao mesmo tempo, teceram comentários sobre a disciplina monetária. Nesse sentido, é interessante notar que somente o ministro Moreira Alves procurou pontuar a questão da natureza jurídica da reforma, a partir da discussão enquanto fenômeno monetário. Interessante ressaltar também que o ministro Néri da Silveira, no julgamento de outro caso, a ADIn 493, expressamente classificou a lei que instituiu o bloqueio dos ativos financeiros como lei monetária e considerou que houve ofensa a ato jurídico perfeito em relação aos contratos celebrados com instituições financeiras.<sup>26</sup>

---

24 Gilmar Mendes (1991, p. 75), em artigo publicado naquele ano, respondeu a essa questão da seguinte forma: “De onde se pretende derivar o direito de conversão imediata da moeda antiga no novo padrão monetário? Fundar-se-ia essa pretensão no próprio direito de propriedade? Parece inquestionável que, assim como não se pode sustentar o direito de conversão da velha moeda na nova, com base num critério estritamente paritário – até porque, se assim fosse, seriam impossíveis as reformas monetárias –, não se há de afirmar, igualmente, o direito a uma imediata conversão dos ativos financeiros no novo padrão monetário, com base na garantia constitucional da propriedade”.

25 Para uma crítica a essa questão, ver Mendes (1991). Para Oliveira (2006, p. 238), a União havia lesado o direito de propriedade sobre a moeda, que tinham tanto os depositantes como os depositários dos ativos financeiros. “No depósito bancário, seja ele de conta corrente, a prazo fixo ou de poupança, há uma dupla disponibilidade da moeda, pois o depositário da moeda é equiparado ao mutuário, e este adquire o domínio da coisa mutuada. A disponibilidade pelo depositante coexiste com a do banco” (OLIVEIRA, 2006, p. 238). Para ele, o bloqueio dos ativos, pelo Plano Collor I, tratava-se de medida de arbítrio, inconstitucional e ilícito, que não havia adentrado a esfera do jurídico, mas a violado.

26 Em suas palavras, “essa situação gerada pela lei monetária, ao tornar indisponíveis, pelos titulares, os saldos em cruzados novos de depósitos à vista e de cadernetas de poupança e de depósitos a prazo fixo e outros títulos e recursos (arts. 5º, 6º e 7º), fere atos jurídicos perfeitos celebrados com instituições financeiras e o direito individual dos titulares dos valores em referência de os utilizarem, na forma dos negócios jurídicos atingidos pelos dispositivos legais em foco” (Néri da Silveira, ADIn 493, p. 442; grifos nossos).

Se essa fosse a tese acompanhada e debatida pelos outros ministros, o STF já teria uma orientação para essa modalidade de reforma: normas que alteram padrão monetário ou estabelecem os critérios para a conversão dos valores em face dessa alteração aplicam-se de imediato, não cabendo as limitações do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. Restaria debater a questão colocada pelo ministro Moreira Alves: se as normas que estabelecem o critério de conversão parcelada de cruzados novos para cruzeiros são constitucionais ou inconstitucionais, a partir da orientação firmada pelo tribunal para esses casos e da disciplina da matéria prevista pela Constituição – ou se seria o momento histórico de rever o posicionamento do STF. Ou ainda, criar limites constitucionais para a eficácia da lei monetária, se ela implicar em prejuízos graves ao direito de propriedade sobre bens patrimoniais (dinheiro e crédito), como parece ter sido o caso do Bloqueio dos cruzados novos.

De fato, os juristas que acordaram com a tese do empréstimo compulsório, na época da introdução do plano, cometeram o mesmo equívoco, como bem criticou Moreira Neto (1990). A medida governamental de retenção dos ativos financeiros não trata de matéria tributária ou civil, mas sim de fenômeno de natureza monetária e, por essa razão, seu fundamento constitucional não estava nos títulos VI e VII da Constituição, mas em seu título III, especialmente no art. 22, III, VI e VII. Dessa forma, segundo o citado autor, para se aferir se houve ou não violação constitucional por uma reforma dessa natureza, o ponto de partida são os conceitos monetários constitucionais.<sup>27</sup>

Por fim, no julgamento final da ação, em questão de ordem, o STF por unanimidade decidiu que efetivamente o bloqueio dos cruzados novos vulnerava, “de modo injusto, as esferas de autonomia jurídica reservada às pessoas” (ADIn QO 534, p. 303), sem apresentar o raciocínio jurídico para sua conclusão. No entanto, tendo em vista a cessação da vigência da lei e a “inexistência de efeitos residuais concretos”, a ação restaria prejudicada.

Ao final, Celso de Mello (ADIn QO 534, p. 312 e ss.), declarou que, por uma “convicção eminentemente pessoal”, caberia reparação civil dos danos causados pelo Estado por ato que viesse a ser declarado inconstitucional pelo Judiciário.

---

27 No mesmo sentido, Mendes (1991, p. 80): “As disposições constantes da Lei n. 8.024, de 1990, hão de ser vistas, pois, como preceitos que redefinem o estatuto jurídico da moeda e, por conseguinte, o regime de direito de propriedade sobre os valores patrimoniais expressos em dinheiro ou nos créditos em dinheiro. Não se trata aqui, pois, nem de um empréstimo compulsório camuflado, nem de uma expropriação indevida, muito menos de requisição, de depósito compulsório ou de confisco!”

Nelson Jobim, no julgamento do caso das cadernetas de poupança e em diálogo com o caso do bloqueio dos cruzados Novos, faz referência à hipótese levantada pelo ministro Celso de Mello, e afirmou que ela não se aplicaria ao caso concreto da Caderneta, simplesmente, porque não houve sustentação do pleito nesse sentido (RE 206048, p. 637). Não há, portanto, nesse tema, um posicionamento definido pelo STF.

Questão relevante, que deveria anteceder qualquer raciocínio sobre o tema, é acerca da natureza jurídica da retenção dos ativos financeiros, realizada pelo Plano Collor. Se se trata de alteração do estatuto jurídico da moeda, pergunta-se: caberia compensação financeira na alteração de estatuto jurídico de moeda? Se se adotar a tese de que se trata de requisição civil, em que o Estado “usa” propriedade particular em caso de iminente perigo público, a Constituição assegura ao proprietário a indenização por eventual dano ulterior (art. 5º, XXV, CF/1988). É de se indagar também, no mesmo sentido, se a conversão de obrigações de moeda antiga para moeda nova, que não seja com base no critério de paridade (como ocorreu no Plano Collor I, um cruzado novo para cada cruzeiro), acarretaria modificações na situação subjetiva dos indivíduos envolvidos em relações jurídicas privadas, em posições contrapostas (credor/devedor), e também mereceria ressarcimento por parte do Estado, ente público responsável pela definição do critério de conversão. Como se verá na próxima seção deste artigo, a conversão de salários e vencimentos, assim como de benefícios previdenciários, eram também questões-chave do Plano Real e ela se deu pela média dos últimos salários e vencimentos, que desconsiderou a inflação do período correspondente. Trata-se de medida governamental que desprivilegiou a conversão dos créditos trabalhistas. Nessa modalidade de casos, caberia também indenização? Ou seria esse o custo social de uma reforma monetária de grande amplitude, no momento social de crise econômica? As regras constitucionais de proteção ao direito de propriedade têm sua eficácia limitada em um contexto de grave crise monetária? A “convicção eminentemente pessoal” do ministro Celso de Mello, vocalizada no julgamento do caso do bloqueio dos cruzados novos, traz essa modalidade de questionamentos para o tribunal constitucional, que, no entanto, ainda não foi respondida de forma clara por ele.

Por fim, no que se refere ao tema da **taxa referencial (casos ADIn 493, UDR e Crédito rural)**, foi submetida à apreciação do STF a constitucionalidade da



aplicação da taxa de remuneração dos depósitos de poupança (a TR<sup>28</sup>) como índice de “atualização” monetária para: *i*) os saldos devedores e as prestações dos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação (SFH) e do Sistema Financeiro de Saneamento (SFS);<sup>29</sup> *ii*) os saldos dos contratos de financiamento, concedidos a partir de recursos captados dos depósitos de poupança rural; e *iii*) as operações de crédito rural, com recursos captados de depósitos a vista e com cláusula de atualização pelo IPC.

Para responder à questão relevante levada à sua apreciação, o STF estabeleceu uma distinção entre três casos: *i*) contratos celebrados no âmbito do SFH e do SFS (art. 18 da Lei nº 8.177, 1º de março de 1991) e obrigações jurídicas com cláusula de correção monetária pela variação dos índices extinguidos pela Lei nº 8.117, de 1991, sem previsão de índice substitutivo (art. 6º, II, e 15 da Lei nº 8.177, de 1991); *ii*) contratos de financiamento rural, com recursos de depósitos de poupança rural (art. 21, parágrafo único, da Lei nº 8.177, de 1991); e *iii*) operações de crédito rural, contratadas com base em captações de depósitos a vista. 26 da Lei nº 8.177, de 1991).

Em relação aos contratos relacionados em “*i*”, no parágrafo imediatamente acima, o tribunal decidiu que seria inconstitucional a aplicação da TR como índice de atualização monetária, por entender que se tratava de taxa remuneratória, e não de índice que representasse alterações quanto ao poder aquisitivo da moeda. Segundo o STF, a TR não representava “índice neutro” (ADIn 493, p. 321), que determina o valor de troca da moeda. Dessa forma, o STF eximiu-se de analisar se houve ou não retroatividade da lei que estabeleceu a TR como correção monetária, porque sua natureza não era compatível com o desempenho dessa

28 Conforme preceitua o art. 1º da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991 (Plano Collor II), a taxa referencial é a taxa calculada a partir da remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial, de acordo com a metodologia divulgada pelo Conselho Monetário Nacional (CMN). Para o cálculo, são utilizadas instituições financeiras de referência, entre elas, necessariamente, as dez maiores do país, classificadas pelo volume de depósito fixo (artigo 1º, § 2º, da Lei 8.177, de 1991). Na época, a regulamentação da matéria foi feita pela Resolução do CMN nº 1.805, de 27 de março de 1991, que definiu a metodologia para o cálculo. Posteriormente, a Lei nº 8.660, de 28 de maio de 1993, extinguiu a Taxa de Referência Diária (TRD) e estabeleceu novos critérios para fixação da TR. Além disso, ela alterou o art. 11 da Lei nº 8.177, de 1991, dispondo que a TR poderia ser utilizada como taxa de remuneração de contratos somente com prazo de repactuação igual ou superior a três meses.

29 A Lei nº 8.177, de 1991, em seu art. 18, *caput*, estabelecia que os saldos devedores e as prestações desses contratos, constituídos anteriormente ao advento da norma, seriam “atualizados pela taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário do dia 1º, mantidas a periodicidade e as taxas de juros estabelecidas contratualmente”. A taxa aplicável à remuneração dos depósitos de poupança é a TR.

função.<sup>30</sup> Assim, o Supremo declarou que não seria necessário examinar se “as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado”, porque a TR não é índice de atualização monetária (ADIn 493, p. 324).<sup>31</sup>

Para os contratos de financiamento rural, “ii)”, por sua vez, com recursos oriundos da captação por meio de depósitos da poupança rural, o STF adotou o entendimento de que não há alusão à TR pela Lei nº 8.177, de 1991, mas sim à remuneração do depósito da poupança rural,<sup>32</sup> que é o custo da captação dos recursos dessa modalidade de financiamento. Como o Bacen, desde 1987, por meio de sua Circular nº 1.130, estabeleceu que a remuneração da poupança seria fator de atualização dos financiamentos rurais, assim como existia disposição contratual expressa nesse sentido, não haveria aplicação retroativa da Lei nº 8.177, de 1991. Portanto, o uso da TR como índice de atualização não seria inconstitucional.

As operações de crédito rural, “iii)”, por fim, segundo o STF, não poderiam ter sua cláusula de índice de correção monetária alterada por lei superveniente, por atingir atos jurídicos perfeitos. Ocorre que, em decisão final, o STF julgou prejudicada a ADIn 768 (Caso UDR) e retirou os efeitos da medida cautelar concedida com base no fundamento de que houve desrespeito a ato jurídico perfeito.<sup>33</sup>

Os três casos são relevantes para o estudo dos limites definidos pelo tribunal constitucional para a aplicação de lei monetária no tempo e para identificação dos equívocos cometidos nesse sentido. Em 1992, na decisão do caso ADIn 493, o ministro Moreira Alves faz referência a casos anteriores em que se desenvolveu a orientação do STF de que lei de ordem pública aplica-se de imediato, sem observância da proibição de ofensa ao ato jurídico perfeito, e contesta-os. É, nesse momento, que o STF inicia a revisão de sua orientação, ao argumentar que a Constituição não faz distinção entre leis de ordem pública e leis de ordem

---

30 Conforme o ministro Moreira Alves, “difícilmente taxa com essa composição é índice de atualização monetária, tendo em vista, inclusive, a circunstância de que se, por exemplo, o País ficar sem inflação alguma, mas houver escassez de dinheiro, essa taxa subirá” (ADIn 493, p. 232).

31 Entretanto, no julgamento da medida cautelar da ADIn 959 (caso Crédito rural), o STF declara expressamente que houve ofensa a ato jurídico perfeito. Ocorre que, até o presente momento, não houve julgamento final dessa decisão.

32 Contudo, a redação dos demais artigos era semelhante. Os dispositivos questionados em relação ao SFH faziam referência ao índice de remuneração da poupança.

33 O caso UDR foi julgado prejudicado, porque o STF considerou que a UDR não teria legitimidade ativa para a proposição de ações diretas de inconstitucionalidade.

privada para a incidência do princípio da intangibilidade do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. Segundo o ministro,

era essa justamente uma das peculiaridades de nossa ordem constitucional, pois, além da mexicana e, de certa forma, a norte-americana, não conheço outra Constituição que contenha princípio dessa natureza. Na Europa, o princípio é, em regra, estabelecido em lei ordinária, vinculando apenas o juiz, excepcionando-se dele as leis de ordem pública e as leis que expressamente declararem que retroagem (ADIn QO 493, p. 230).

No julgamento desse mesmo caso, ele ainda contesta que as normas, responsáveis por estabelecer índices de atualização monetária, poderiam não pertencer ao direito monetário.<sup>34</sup> Este estudo discorda da afirmação do ministro Moreira Alves de que normas que definem índice de correção podem não ter natureza de lei monetária. Efetivamente, quando se legisla sobre unidades de conta, legisla-se sobre moeda. É o Estado utilizando-se desse instrumento para regular a moeda enquanto padrão de valor e, indiretamente, como meio geral de troca, ao evitar que a moeda seja recusada pelos agentes da economia por falta de confiança no instrumento, enquanto meio para realizar pagamentos diferidos.

No entanto, deve-se reconhecer que as normas jurídicas, que estabeleceram a TR como índice de “atualização” no âmbito do SFH, do SFS e do financiamento rural, não são normas monetárias. São normas de regulação do sistema financeiro nacional que visam disciplinar a intermediação de recursos, ao vincular a taxa de juros da captação à taxa de juros do empréstimo. O termo “atualização” utilizado pelo redator da norma pode ter sido empregado exclusivamente no objetivo de excepcionar a Lei nº 8.177, de 1991, da proibição da aplicação retroativa e tentar enquadrá-la na orientação definida pelo Supremo no julgamento da Representação nº 1288 (RTJ 119/548), que determinou a incidência imediata das normas relativas à correção monetária aos contratos imobiliários celebrados anteriormente à sua vigência.<sup>35</sup>

34 Em suas palavras: “Já o problema de índice monetário é diverso, pois diz respeito, não ao valor jurídico da moeda, mas, sim, ao seu valor econômico de troca. Índice não é moeda. Pertencerá ele ao direito monetário, para afirmar-se que pode ser alterado a qualquer momento, independentemente da observância do princípio constitucional de respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito? Tenho seríssimas (sic) dúvidas a respeito” (ADIn QO 493, p. 230).

35 A Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, que instituiu o SFH, estabeleceu medidas de compatibilidade das condições de empréstimo com os salários dos mutuários, ao criar o Plano de Equivalência Salarial (PES), que vinculava o reajuste das prestações à variação do salário mínimo. Estruturou-se ainda o Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS)

Entretanto, o STF não procurou identificar a natureza jurídica da **norma**, que definiu o índice de remuneração das contas de poupança como índice de atualização dos contratos de empréstimo, no âmbito do SFH. Ao contrário, a Corte fundamentou sua decisão na natureza jurídico-econômica da **taxa** (TR). Se tivesse questionado a natureza jurídica da norma, poderia ter desenvolvido um raciocínio mais coerente quanto à retroatividade das leis e sua incidência sobre obrigações jurídicas já constituídas. Como não se trata de lei monetária, a orientação firmada pelo STF não caberia ao caso concreto. Além disso, se a fundamentação fosse no sentido proposto, não haveria contradição entre as diferentes modalidades de contrato: aqueles celebrados no âmbito do financiamento rural e aqueles no âmbito do SFH e do SFS. Se a TR é inconstitucional enquanto índice de atualização, ela também é inconstitucional para os casos em que uma circular do Bacen disciplinou sua aplicação como “correção monetária” de financiamentos rurais. No entanto, se a inconstitucionalidade está na aplicação retroativa de norma jurídica, que não tem natureza monetária, mas sim de regulação do sistema financeiro, ela não se aplica ao caso concreto do financiamento rural, como decidiu o STF, já que essa condição já estaria estabelecida em normativo anterior. Uma análise, a partir da perspectiva jurídica proposta, evitaria as decisões incoerentes entre si tomadas pelo tribunal constitucional.<sup>36</sup>

### 3 O Supremo Tribunal Federal e o controle constitucional do Plano Real

As ações relativas ao Plano Real envolveram questionamentos relevantes para se pensar a moldura jurídica do poder monetário. As principais questões, submetidas ao STF, figuram no quadro 4.

---

para cobrir o saldo residual resultante da periodicidade menor da correção monetária do financiamento. Essa arquitetura não foi eficiente para suportar a manutenção desse sistema de financiamento da habitação. A situação foi agravando-se no tempo, uma vez que os reajustes médios das prestações eram, cada vez mais, inferiores à inflação. O Plano Collor II foi uma tentativa de reverter esse quadro, atingindo também os contratos já em curso.

<sup>36</sup> Atualmente, os contratos celebrados no âmbito do SFH, com recursos captados de depósitos de poupança, têm cláusula de “atualização” pela remuneração básica aplicável aos referidos depósitos (vedada a utilização de outros indexadores), conforme disposição do art. 18-A da Lei nº 8.177, de 1991, introduzido pela Lei nº 11.434, de 2006. Ou seja, apesar do questionamento da ADIn 493 e de seu julgamento pelo STF, nova lei foi promulgada, em 2006, que expressamente contraria os termos do fundamento do julgado do tribunal constitucional, qual seja, de que a TR, por ser taxa de remuneração, não pode servir como cláusula de correção monetária.

**Quadro 4 – Questões relevantes submetidas ao STF no julgamento de casos relativos à implementação do Plano Real**

TEMA	CASO	Questões relevantes
1. Sistema de conversão para a URV	Reajuste de vencimentos	(1) Os servidores públicos federais têm direito ao reajuste concedido por lei a trabalhadores celetistas para restabelecer o poder aquisitivo dos salários, durante a implementação do Plano Real? Pode juiz federal conceder o reajuste de vencimentos aos servidores públicos, por meio de tutela antecipada, para recompor o poder aquisitivo da remuneração perdido durante a implementação do Plano Real?
2. Periodicidade da correção monetária	Pequi	(2) Tem aplicação imediata aos contratos privados de prestação sucessiva a determinação legal, prevista pelo Plano Real, da periodicidade mínima de um ano para a correção monetária?
3. Índices de correção monetária	ADPF 77	(3) A aplicação imediata de dispositivo normativo do Plano Real, que prevê a forma do cálculo dos índices de correção monetária no mês de emissão da nova moeda, ofende o direito adquirido e o ato jurídico perfeito? <sup>2</sup>
	BBA	(4) A decisão do STF que, em medida liminar de ação de descumprimento de preceito fundamental, suspendeu todos os processos judiciais, que questionavam a constitucionalidade da aplicação do cálculo para índices de correção monetária durante a emissão do Real, tem efeito vinculante em relação a outros órgãos do Poder Judiciário?

No caso **Reajuste de vencimentos**, em que se discutia o tema da **conversão para URV**<sup>37</sup> e a perda do poder aquisitivo decorrente dessa conversão durante a implementação do plano, o STF declarou que a lei, ao reajustar salários de trabalhadores celetistas (Lei 10192, de 2001) para restabelecer o poder aquisitivo da remuneração durante a implementação do Plano Real (janeiro a junho de 1995), não se aplicaria ao servidor público, por não haver previsão legal expressa a essa categoria.<sup>38</sup> Portanto, o princípio da isonomia não poderia embasar pleito para incorporar aos vencimentos desses servidores o reajuste concedido a trabalhadores celetistas. Ainda, o tribunal declarou que juiz federal não poderia conceder tutela antecipada, efetivada em processo de conhecimento contra a Fazenda Pública, e que tivesse por objeto o pagamento de vencimentos e

37 A URV (Unidade Real de Valor) é uma moeda indexada. A proposta de inserção da URV dissociava duas funções da moeda: o padrão de curso forçado e o padrão de valor. De acordo com Moreira Neto (1994, p. 18), “o que seria mais um indexador é, portanto, um padrão monetário de valor, dissociado da moeda corrente, cumprindo-lhe as funções de mensurador universal de valores econômicos”. A proposta de inserção de uma moeda indexada para eliminar a inflação inercial já estava presente no cenário intelectual brasileiro desde 1984 (Resende, 1984). Posteriormente, ela viria a ser conhecida como a *proposta Larida* de moeda indexada, a partir de seu aprimoramento por Lara Resende e Pêrsio Arida, em 1986. Para uma crítica a essa proposta, ver Lopes (1984, p. 32-38).

38 Nas palavras do relator do caso, ministro Marco Aurélio, “os diplomas referentes a vencimentos e subsídios sempre consideram a expressão servidor público.” (RMS 24651, p. 3).

vantagens pecuniárias a servidores. Ao conceder essa medida, o juiz federal teria afrontado a interpretação do STF a respeito da Lei nº 9.494, de 1997, firmada no julgamento da medida cautelar da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 4. Nesse caso, o tribunal havia decidido (ainda que em medida cautelar) a constitucionalidade da lei que determinou a impossibilidade da concessão de medidas processuais de urgência contra a Fazenda Pública.

No julgamento desse caso, o STF foi bastante claro ao assegurar a implementação do Plano Real com o desenho tal como formulado pelos poderes Executivo e Legislativo, e atribuiu a sua decisão em medida cautelar, na ADC nº 4, o mesmo efeito vinculante de uma decisão em julgamento final, gerando efeitos em julgamentos de outros processos constitucionais.

No **caso Pequi**, por sua vez, que se relaciona ao tema da **periodicidade da correção monetária**, o STF desenvolveu o raciocínio de que o dispositivo legal, introduzido pelo Plano Real e que previu a periodicidade mínima de um ano para a correção monetária em contratos diferidos, não alterava o padrão monetário, tampouco estabelecia regras de conversão de valores de moeda antiga para moeda nova. Não haveria, portanto, como se invocar a jurisprudência do tribunal que excepciona a intangibilidade do ato jurídico perfeito. Assim, a referida norma não poderia aplicar-se retroativamente a contratos celebrados antes de sua edição, de prestações sucessivas, uma vez que a lei não poderia alcançar efeitos futuros de negócios jurídicos celebrados anteriormente à sua vigência. Nas palavras do ministro Sepúlveda Pertence, o STF

não faz distinção entre lei de ordem pública e lei dispositiva para efeito de restringir a garantia constitucional da intangibilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, valendo notar que o dispositivo de cuja aplicação se cogita [...] não altera o padrão monetário nem estabelece critérios para a conversão da moeda, não sendo, pois, invocável a jurisprudência que excepciona essas hipóteses do âmbito de incidência do artigo 5º, XXXVI, da Constituição. (RE 273602, p. 588).

Essa decisão destoa das demais proferidas pelo STF e, no entendimento deste estudo, parece injustificada juridicamente. Por que a lei que altera correção monetária tem natureza de lei monetária, pois legisla sobre padrão de valor, mas aquela que legisla sobre a periodicidade de sua incidência não tem a mesma

natureza jurídica? A resposta a esse questionamento não parece ter sido bem construída pelo acórdão. O diagnóstico da inflação inercial atestava que a causa da inflação brasileira era a própria inflação. A reprodução da inflação passada no presente acontecia devido ao comportamento dos agentes econômicos, que indexavam contratos e previam reajustes frequentes de seu valor na tentativa de se proteger da perda do poder aquisitivo da moeda. No entanto, no julgamento desse caso, o STF excepcionou o específico contrato de locação comercial, submetido a sua revisão, da obrigação generalizada do cumprimento da regra da periodicidade mínima de um ano, um dos pilares do Plano Real (que dependia, para ter resultado, do comportamento conjunto de todos os agentes econômicos).

Por fim, no julgamento do **caso ADPF 77**, em medida cautelar, o STF definiu que, até a futura decisão da Corte, tendo em vista a relevância jurídica e econômico-financeira do caso, ele suspenderia todos os processos em curso no país que questionassem a constitucionalidade do dispositivo do Plano Real, que determinava a metodologia para a incidência de índices de correção monetária. Posteriormente, no **caso BBA**, o STF decidiu que, ainda que proferida em medida liminar e sujeita ao referendo do plenário, conforme determinação legal,<sup>39</sup> a decisão proferida pelo tribunal constitucional, no caso ADPF 77, teria efeito vinculante em relação a outros juízes e tribunais. Assim, os outros órgãos do Poder Judiciário deveriam cumprir a determinação do STF de suspensão do julgamento de processos em curso, que questionassem a aplicação de cálculo para o índice de correção monetária, durante a emissão da nova moeda, o real.

Assim como no caso do reajuste de vencimentos, o STF atribuiu efeito vinculante a sua decisão em medida cautelar, o que parece ser uma inovação do tribunal em seu padrão de decidir. No caso ADPF 77, o Supremo determinou o sobrestamento de recursos em outros tribunais até que a decisão final fosse emitida por ele, chamando para a si a responsabilidade dessa decisão.

## 5 Conclusão

Afinal, é possível retirar da análise acima uma orientação do STF no sentido de definir uma moldura jurídica para o exercício do poder monetário, a partir

---

39 De acordo com o art. 5º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 1999.

de seu controle concreto sobre os planos econômicos de estabilização? Embora o intuito do Plano Real (e, em especial, do programa da URV) tenha sido “promover um alinhamento voluntário de preços e preparar o terreno para a derrubada da inflação, sem congelamentos e desrespeito a contratos”, como declarou Fernando Henrique Cardoso (2006, p. 145-146), pela análise dos casos recebidos pelo STF, houve também quebra de algumas garantias constitucionais na implementação do programa. A promoção de um bem público, como a estabilidade de preços (proporcionada por uma moeda capaz de cumprir todas as suas funções econômicas), depende de horizonte de longo prazo, de modificação dos efeitos jurídicos de contratos privados já constituídos e da coordenação do comportamento de diversos agentes e setores da economia, implicando necessariamente violência jurídica.

Entre outras conclusões relevantes expostas no decorrer do texto, a partir da análise dos argumentos jurídicos formulados pelo STF, foi possível identificar como moldura jurídica do poder monetário o que se segue.

- a) À lei monetária não se aplica como limite a regra constitucional da intangibilidade do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido. A razão para sua incidência sobre os efeitos das obrigações jurídicas, constituídas anteriormente ao seu advento, é devido a sua natureza especial, que altera regime de instituto jurídico (a moeda). Portanto, os planos econômicos podem disciplinar os efeitos jurídicos gerados por contratos privados, perfeitamente celebrados anteriormente ao seu advento.
- b) A disciplina jurídica da ordem monetária compreende: *i*) a alteração da unidade monetária; *ii*) a fixação de critérios para conversão de obrigações jurídicas, da moeda antiga para a nova; *iii*) a definição de novos índices de correção monetária para contratos (moeda enquanto padrão de valor); e *iv*) a definição de fator de deflação para contratos prefixados (moeda enquanto padrão de valor). Possivelmente, com o julgamento final da ADPF 77, poderá ser considerada medida de natureza monetária a metodologia definida para o cálculo de índice de correção monetária, na conversão de moeda antiga para a nova, no mesmo sentido das orientações “*ii*)” e “*iii*)”, acima.



Apesar de, em recorrentes decisões, julgar no sentido exposto pelos itens “a)” e “b)”, acima, o STF construiu outro entendimento em relação a um contrato específico: as contas de poupança. Segundo o tribunal constitucional, lei monetária pode alterar critério de atualização para contas de poupança, desde que observe o período aquisitivo da remuneração pactuada (trinta dias). Entretanto, nenhum argumento jurídico foi construído para diferenciar esse contrato dos demais contratos privados excepcionados da regra da intangibilidade do ato jurídico perfeito, inclusive para contratos de mesma natureza (contratos de depósito), como exposto por este artigo.

As questões relacionadas às contas de poupança que podem ser suscitadas são as seguintes: *i)* por que a lei monetária pode disciplinar os efeitos das obrigações jurídicas celebradas anteriormente ao seu advento, contudo, em relação ao específico contrato de poupança, existem certos limites formulados pela construção jurisprudencial? *ii)* O que diferencia esse contrato dos demais, inclusive de outros contratos de depósito? *iii)* Por que as contas de poupança não se enquadram na orientação jurisprudencial exposta acima, nos itens “a)” e “b)” “*iii)*”, formulada no decorrer da história do STF? *iv)* O que se discute aqui é a quebra da garantia constitucional da intangibilidade do ato jurídico perfeito ou o enriquecimento sem causa do credor (depositante), que teve o seu crédito valorizado em decorrência do resultado de outras medidas econômicas promovidas pelo Poder Público com o objetivo de acabar com a inflação (período imediato pós-plano econômico)?

Existem desafios jurídicos para o julgamento final das ADPFs nº 77 e nº 165, que discutem precisamente a constitucionalidade: *i)* da metodologia definida para o cálculo de índice de correção monetária, na conversão de moeda antiga para a nova, no Plano Real; e *ii)* dos planos heterodoxos e a aplicação da nova correção monetária para os saldos das contas de poupança.

A decisão em medida cautelar da ADPF nº 165 foi emitida em 2009 e sustentou já existir uma orientação dos tribunais sobre o assunto. Entretanto, questões ainda persistem: *i)* o que diferencia o contrato de depósito de poupança dos demais contratos privados, inclusive de mesma natureza jurídica? *ii)* Por que essa construção jurisprudencial sobre lei monetária parece se sustentar em contradição com as demais decisões sobre planos econômicos, exploradas por este artigo?

No julgamento final dessas ações constitucionais, o Supremo estará novamente diante do desafio de decidir sobre a constitucionalidade de leis criadas em momentos de crise social e econômica. Espera-se que a construção dessas decisões traga o diálogo com os demais julgamentos sobre planos econômicos de estabilização, que constituíram como um todo a disciplina jurídica monetária criada pelo próprio STF sobre esse tema, no decorrer dos últimos vinte anos. Espera-se que haja o diálogo explícito entre esses julgamentos, em que o tribunal reafirme sua orientação sobre os planos econômicos, já construída por diversas decisões anteriores, ou afaste o entendimento anterior, justificando a mudança de seu posicionamento ou diferenciando juridicamente aplicação de entendimento diverso no caso concreto.

Se o conjunto das decisões analisadas por este artigo servirá de parâmetro jurisprudencial-constitucional em tempos de normalidade socioeconômica, a sinalizar aos Poderes Executivo e Legislativo quais os limites jurídicos para se legislar sobre moeda (ou a completa ausência desses limites) em seus atos futuros, trata-se de outra questão, diversa, porém bastante relevante. O STF, nas decisões analisadas, não apresenta considerações nesse sentido. No entanto, em relação especificamente às ADPFs n<sup>os</sup> 77 e 165, que tratam de normativos criados por planos econômicos e que apresentam o mesmo suporte fático, espera-se que o tribunal apresente seu posicionamento de forma a interagir com suas próprias decisões, emitidas em momento anterior sobre esse tema.

## Referências

CARDOSO, Fernando Henrique. **A arte da política**: a história que vivi. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

DURAN, Camila Villard. **Direito e moeda**: o controle dos planos de estabilização pelo Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. Antinomias jurídicas e gestão econômica, **Crítica Jurídica** – Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y

Derecho, n. 13, Instituto de Investigaciones Jurídicas de Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.

LOPES, Francisco Lafaiette. Inflação inercial, hiperinflação e desinflação: notas e conjecturas. Rio de Janeiro, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Economia, 1984. (**Texto para Discussão nº 77**).

MENDES, Gilmar Ferreira. A reforma monetária de 1990 – problemática jurídica da chamada ‘retenção dos ativos financeiros’ (Lei nº 8024, de 12.04.1990), **Revista de Direito Administrativo nº 186**, 1991.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Estabilização monetária, **Revista de Direito Administrativo nº 196**, 1994.

OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. **Moeda, juros e instituições financeiras** – regime jurídico. Forense, Rio de Janeiro, 2006.

RESENDE, André Lara. A moeda indexada: uma proposta para eliminar a inflação inercial. Rio de Janeiro, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Economia, 1984. (**Texto para Discussão nº 75**).

SIMONSEN, Mário Henrique. **30 anos de indexação**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getulio Vargas, 1995.

WALD, Arnoldo. **O novo direito monetário: os planos econômicos, os Contratos, o FGTS e a Justiça**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

## Referência jurisprudencial

Nome do Caso	Nº do STF	Ano de julgamento
Bloqueio dos cruzados novos	ADIn MC 534	1991
	ADIn QO 534	1992
ADIn 493	ADIn MC 493	1991
	ADIn 493	1992
UDR	ADIn MC 768	1992
	ADIn 768	2002
Crédito Rural	ADIn MC 959	1994
Cia. Nitro	RE 202686	1997
Cadernetas de poupança I	RE 200514	1996
Cadernetas de poupança II	RE 206048	2001
	RE 194662	2001
Sindiquimica	RE ED 194662	2002
	Rcl 846	2001
Reajuste de vencimentos	RMS 24651	2003
	RE 273602	2003
Pequi	RE 273602	2003
BCN	RE 141190	2005
Plano Funaro	RE 136901	2006
Banco do Progresso	RE 164836	2006
ADPF 77	ADPF MC 77	2006
BBA	Rcl 5512 MC	2007

### (Footnotes)

1 Até a redação final deste trabalho (julho de 2010), o STF ainda não havia julgado definitivamente a ADIn 959 (caso Crédito Rural). O último andamento processual, constante do *site* do STF, informa que, em 24 de abril de 2010, houve nova substituição do relator. Atualmente, o ministro responsável pelo julgamento final da ADIn é o ministro Gilmar Mendes.

2 Conforme art. 38 da Lei nº 8.880, de 1994, “o cálculo dos índices de correção monetária, no mês em que se verificar a emissão do Real de que trata o artigo 3º desta lei, bem como no mês subsequente, tomará por base preços em Real o equivalente a URV dos meses imediatamente anteriores, segundo critérios estabelecidos em lei”. Em seu parágrafo único, define-se que é “nulo de pleno direito e não surtirá nenhum efeito a aplicação de índice, para fins de correção monetária, calculado de forma diferentemente da estabelecida no *caput* do artigo”.

# Rumo a uma Teorização Jurídica da Inovação Financeira: os negócios bancários indiretos

Bruno Meyerhof Salama\*

*1 Inovações financeiras. 2 Perspectiva histórica. 3 Negócio jurídico indireto: 3.1 Conceituação doutrinária; 3.2 Legitimidade; 3.3 Validade. 4 A administrativização do Direito Bancário: 4.1 Síntese histórica; 4.2 Origem constitucional, instrumentalidade e incremento da complexidade regulatória; 4.3 Tipificação da ilicitude. 5 Conclusão*

## Resumo

Realiza um estudo jurídico a respeito das inovações financeiras, especialmente os negócios bancários indiretos. Identifica cânones para interpretação dos negócios bancários indiretos estruturadores de inovações financeiras. Verifica e critica a abordagem administrativizada e subsistêmica desses negócios.

**Palavras-chave:** Inovação financeira. Negócio bancário indireto. Administrativização. Estado democrático regulatório.

## Abstract

*The article provides a legal study on financial innovations, especially the indirect banking transactions. Identifies canons for interpretation of indirect banking transactions structuring of financial innovations. Checks and criticizes the administrative and sub-systemic approach of this transactions.*

---

\* Professor da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas (Direito GV/SP). Doutor em Direito (JSD), pela Boalt Hall School of Law, UC Berkeley (EUA).

**Keywords:** *Financial innovation – Indirect banking Transaction – Administrativization – Democratic regulatory state.*

## 1 Inovações financeiras

O debate contemporâneo sobre a regulação das inovações financeiras é permeado por três mitos. Primeiro, o da **perversidade**, isto é, a ideia de que a ocorrência de inovações financeiras seja um fenômeno sempre negativo. Em particular, não faltam os que enxergam na complexidade de certos produtos e operações bancárias, tais como derivativos de crédito, *swaps* e securitizações de recebíveis, a única chave para a explicação da crise financeira internacional que eclodiu em 2007.<sup>1</sup> Segundo, o mito da **pós-modernidade financeira**, ou seja, a noção de que as inovações financeiras sejam um fenômeno característico apenas da globalização financeira posta em marcha ao longo das últimas três décadas. Terceiro, o mito do *laissez faire*, a saber, a hipótese de que a ocorrência de inovações financeiras seja resultado apenas da falta de regulação.

Quando se parte, como é comum, desses três pressupostos falsos, a discussão jurídica sobre a estrutura e função da inovação financeira dá lugar ao debate político-ideológico acerca da globalização financeira e econômica. A má compreensão da dinâmica da inovação bancária, então, esteriliza o debate jurídico sobre a regulação das operações financeiras. Com isso, o papel do jurista fica para um segundo plano: resta-lhe apenas a tentativa de bem compreender a lógica econômica da regulação e a discussão de grandes generalidades e abstrações ligadas, na mais proveitosa das hipóteses, ao direito internacional e às suas organizações. Essa é a barreira que aqui se busca superar.

Este texto parte da identificação de **nuances** na dinâmica de inovação financeira. Ressalta, assim, três pontos fundamentais. Em primeiro lugar, muitas inovações financeiras são perversas, mas nem todas. Para além da fraude e da chicana, a inovação financeira pode também desempenhar uma série de outras funções que surgem em resposta a exigências concretas e legítimas, dentre as

---

1 Particularmente polêmicos tornaram-se os *collateral debt obligations* (CDO), *credit default swaps* (CDS) e os *equity swaps*. Para uma discussão ponderada do tema, *vide* Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (2008, p. 15) – notando que “as inovações financeiras não podem ser analisadas sob prisma maniqueísta como intrinsecamente boas ou más, na sua gênese”.

quais as seguintes:<sup>2</sup> *i*) a tentativa de redução dos custos de transação ou dos custos de monitoramento de desempenho (e.g. criação dos fundos de aplicação em quotas de outros fundos); *ii*) a busca por economia tributária (e.g. emissão de títulos por meio de empresas coligadas situadas em países em que há acordos de bitributação); *iii*) a tentativa de atender padrões determinados pelos próprios agentes de mercado (e.g. estruturação de produtos que atendam os requisitos das agências de *rating* para qualificação como *investment grade*); *iv*) a criação de produtos destinados a atender preferências de determinados segmentos (e.g. *dual currency bonds* pagam juros em uma moeda, e principal em outra); *v*) a necessidade de se observarem determinadas limitações regulatórias (e.g. emissão por bancos de títulos de dívida conversíveis em ações, em vez de ações, para permitir sua qualificação como instrumento híbrido de capital e dívida).<sup>3</sup>

Em segundo lugar, embora se tenha acelerado ao longo das últimas décadas, o processo de inovação financeira é milenar e certos aspectos de sua dinâmica estrutural são historicamente recorrentes. Em terceiro lugar, em muitos casos a própria regulação financeira – e não a falta dela – é a própria causa de inovações. Esses três pontos – legitimidade de certas inovações financeiras, recorrência de padrões estruturais e indução regulatória da inovação financeira – são abordados mais detalhadamente na seção 2 deste artigo.

Dessa análise emerge uma construção jurídica da inovação financeira como um processo que frequentemente (embora nem sempre) envolve a realização de **negócios bancários indiretos**. A seção 3 trata de conceituar mais detalhadamente os negócios bancários indiretos, e a seção 4 traz uma articulação doutrinária de cânones para interpretação dos negócios bancários indiretos estruturadores de inovações financeiras. A seção 5 conclui o trabalho.

---

2 Essa classificação consta de Giddy, **Understanding and Using Hybrid Financial Instruments**, disponível em <http://giddy.org/dbs/structured/gfmch17.htm>. É possível, contudo, classificar inovações financeiras de outras formas. Por exemplo, é comum distinguir entre: *i*) inovações institucionais (como mudanças nas estruturas de negócios ou a criação de novos tipos de intermediários ou supervisores financeiros); *ii*) inovações de processo (como a introdução de novas tecnologias, *softwares* e a automatização de modo geral); e *iii*) inovação de produtos (como a introdução de novas técnicas de financiamento como o leasing financeiro, os derivativos, etc.).

3 Esses instrumentos estão atualmente disciplinados pela Resolução do CMN 3.444/2007.

## 2 Perspectiva histórica<sup>4</sup>

A mais antiga forma de “regulação” do negócio bancário de que se tem notícia está refletida nas **leis da usura**. Mencionadas já no Velho Testamento, e reiteradas no Novo, vedações ou limitações à cobrança de juros estiveram na raiz de diversas inovações bancárias. Também por isso, foram objeto de grande controvérsia jurídica. O Direito Canônico proibia o recebimento de qualquer valor além do montante originalmente entregue como principal. Em resposta, na Baixa Idade Média, comerciantes da Itália, e depois de toda a Europa, desenvolveram uma série de mecanismos jurídicos indiretos destinados a evitar a paralisia do crédito.<sup>5</sup> O que se buscava era permitir financiamentos sem a caracterização do **mútuo**, esta última a categoria jurídica expressamente proibida.<sup>6</sup>

Diferentes estruturas jurídicas foram, então, criadas para desempenhar a função econômica de financiamento. A *commenda* genovesa e a *colleganza* veneziana, por exemplo, estabeleciam uma forma de parceria, em que a construção jurídica punha o financista como sócio e copartícipe nos ganhos e perdas do financiado.<sup>7</sup> Outra saída comum era a estruturação de financiamentos por meio da venda de **anuidades**, em que fluxos futuros de pagamentos eram vendidos, como exemplificado na França pelos *rentes heritables* (fluxos perpétuos) e os *viagères* (que cessavam com a morte do comprador).

O Direito Canônico proibia a usura, mas não proibia que os banqueiros fossem generosos com seus depositantes. Assim, surgiu entre os bancos a prática de aceitarem os chamados depósitos *a discrezione*. Nestes, os bancos podiam discricionariamente estabelecer a remuneração dos depósitos, ou a ausência dela. Na prática, os bancos optavam por manter um histórico de boa remuneração sobre os depósitos a fim de manterem a clientela. Isso significava que os depositantes recebiam, de fato, remuneração por seus depósitos.

4 As informações de caráter histórico mencionadas nesta subseção foram obtidas principalmente a partir das obras de Roover (1947), Knoll (2008), Gerber (1994) e Ferguson (2008).

5 A realização de negócios indiretos precede o período medieval. *Vide* Lopes (2009, p. 366): “É bom lembrar que o desenvolvimento de práticas comerciais dá-se de modo paralelo ao desenvolvimento do direito comum romano erudito. Os comerciantes criam tipos novos, muito frequentemente para agilizar aquilo que seria a atividade financeira e de crédito, a mobilização de capitais. **Criam assim novas formas societárias e negócios fiduciários, indiretos, para permitir operações financeiras ou securitárias.** Tais operações são a rigor atípicas e quanto enquadradas no esquema tradicional dos tipos contratuais ou na justificativa moral da economia política medieval tornam-se fontes de longas discussões.” (grifos nossos).

6 As obras mais representativas das polêmicas entre os escolásticos são os tratados e sermões de São Bernardino de Siena (1380-1444) e Santo Antonino de Florença (1389-1459). A obra clássica analisando a contribuição desses autores é Roover (1967).

7 Estruturas muito similares são até hoje praticadas para permitir a concessão de financiamentos em países que seguem a *Sharia* islâmica.



Naturalmente, os escolásticos não ignoravam o fato de que diversos desses mecanismos indiretos podiam ser implementados simplesmente *in fraudem usurarum*, isto é, para burlar a vedação à usura. Assim, novas doutrinas surgiram em resposta às estruturas jurídicas que vinham sendo criadas. Por exemplo, em resposta aos depósitos bancários *a discrezione*, emergiu na doutrina escolástica o delito da *usura mental*, que ocorria quando o depositante já possuía, no momento da realização do depósito, a expectativa (psicológica apenas) de remuneração adicional.

No curso da Baixa Idade Média, e contrariamente à doutrina de São Tomás de Aquino, os escolásticos passaram a tolerar a cobrança de outros valores considerados “extrínsecos”, ou seja, não inerentes ao mútuo. Os principais eram a *poena detentori*, o *damnum emergens* e o *lucrum cessans* – respectivamente, antecessores históricos da **multa contratual**, do **dano emergente** e do **lucro cessante**.<sup>8</sup> A tolerância a esses institutos, por sinal, pavimentou o caminho para o florescimento do crédito bancário até nossos dias, se bem que o detalhamento desse percurso histórico está além do escopo deste trabalho.

Aqui nos interessa anotar, contudo, que as disputas envolvendo a “regulação” financeira pelo Direito Canônico medieval ilustram uma série de pontos recorrentes e que, em boa medida, ainda são visíveis no negócio bancário hoje em dia. Em particular, as normas evoluem e são criadas para tratar de circunstâncias observáveis em um determinado momento histórico. Mas, com o passar do tempo, essas normas podem deixar de fazer sentido prático, e isso pode gerar novos movimentos.

Em particular, os agentes privados se vêem diante da necessidade de agir criativamente, inovando nas estruturas jurídicas empregadas. No mais das vezes, inovações surgem, então, como uma alternativa comercial para os intermediários financeiros que atuam em um ambiente de competição. Quanto maior a competição comercial, maior a busca por inovações financeiras.

---

8 O *lucrum cessans*, em particular, foi definido como correspondente àquilo que se obteria em um emprego alternativo do dinheiro. Ora, posto desse modo, o *lucrum cessans* não é senão o custo de oportunidade, ou o custo do dinheiro no tempo. Sua permissão irrestrita significaria, na prática, o fim da restrição à usura: não é à toa que São Tomás de Aquino (1225-1274) se posicionara contra a possibilidade de cobrança do *lucrum cessans*. Mas a seguir, Pedro de Ancarano (1333-1416) e Santo Antonino de Florença (1389-1459) formulariam a doutrina permitindo a cobrança do *lucrum cessans*, embora com qualificações. Estaria permitida a cobrança desde que o emprestador fosse um comerciante e, ainda, desde que o esse comerciante sofresse uma perda ou dano por estar privado do capital. Santo Antonino ainda permitiu a cobrança do *lucrum cessans* por não comerciantes, desde que eles pretendessem investir os recursos em negócios (mas não caso pretendessem guardar o dinheiro em um cofre). Ver ROOVER (1966, pp. 11-13).

A inovação na esfera bancária pode se estruturar de diversas formas, tais como novos arranjos contratuais, novas práticas de cálculo de risco, e assim por diante. Em um ambiente regulado, contudo, o mais comum é estruturar inovações financeiras mediante negócios bancários indiretos. A *commenda* genovesa, a *colleganza* veneziana, os *rentes heritables*, os *viagères* e os depósitos *a discrezione* são apenas alguns dos infindáveis exemplos de inovações financeiras estruturadas por meio de negócios bancários indiretos.

O problema é que esse movimento criativo e inovador dos agentes financeiros muitas vezes “pega” os reguladores de surpresa e pode se traduzir em configurações de mercado e de riscos distintas daquelas desejados pelos reguladores. É por isso que os reguladores de hoje, assim como os doutrinadores da escolástica, veem-se diante da necessidade de constantemente revisitarem as regras e doutrinas de modo a adaptá-las às novas circunstâncias.

Note bem: o delito de **usura mental**, apenas para ficarmos com esse exemplo instigante, foi uma reação à inovação financeira estruturada por meio de mecanismos tais como os depósitos *a discrezione*. Generalizando, é possível identificar já desde os primórdios da atividade bancária um processo dinâmico e contínuo de condicionamento legal e resposta criativa entre, de um lado, o titular do poder normativo e, de outro, o agente privado sujeito à normatização. Vale dizer: a inovação financeira e a regulação jurídica interagem em um processo dialético de provocação e resposta, em um ciclo constante de inovação financeira que induz regulação, por sua vez induzindo nova inovação, e assim por diante.

Antes de prosseguir, é bom notar que nem todas as inovações financeiras são propriamente aleatórias. Algumas são arquitetadas (em vez de meramente induzidas) pelo próprio regulador. Um bom exemplo, recente, desta última hipótese pode ser encontrado nas transferências internacionais de reais seguidas de remessas de câmbio no mercado interbancário.<sup>9</sup> Tendo sido desenhadas no próprio Banco Central, essas operações indiretas foram durante muitos anos utilizadas como um mecanismo alternativo para realização de câmbio no Brasil. Isso quer dizer que certas inovações financeiras são desejadas, incentivadas e até planejadas pelos reguladores nacionais.

Outro ponto a se notar é o de que a mundialização dos mercados financeiros favorece a disseminação para a periferia de certas inovações financeiras gestadas

---

9 Sobre o tema, *vide* Salama (2011), no prelo.

no centro do sistema financeiro. Em tempos de globalização econômica, esse processo foi acelerado por conta de fenômenos secundários como a transnacionalização das grandes firmas de contabilidade e advocacia anglo-americanas. De todo modo, o que importa notar é que esses processos de difusão internacional de inovação financeira seguem frequentemente um padrão. Com efeito, a convergência funcional da inovação frequentemente se dá, num primeiro momento, em meio a uma divergência estrutural. Isto é, utilizam-se estruturas jurídicas diferentes para a realização das mesmas funções econômicas. E na esfera financeira esse processo ocorre, em muitos casos, e talvez na maioria deles, mediante o emprego de negócios bancários indiretos.

### 3 Negócio jurídico indireto

#### 3.1 Conceituação doutrinária

Acima tratei genericamente de **negócios bancários indiretos**, e convém, agora, conceituá-los mais precisamente. Os negócios bancários indiretos são modalidade da categoria jurídica mais ampla denominada **negócio jurídico indireto**. Indiretos são os negócios jurídicos em que as partes utilizam um determinado instituto jurídico, ou uma combinação deles, para alcançarem finalidades diversas das que são típicas a esses institutos.<sup>10</sup>

Exemplos de negócios jurídicos indiretos incluem a adoção como instrumento de nomeação de herdeiro, a cessão do direito como instrumento para a representação, a transferência de propriedade para constituição de garantia, e assim por diante. Em todos esses casos, a disciplina jurídica própria do instituto jurídico empregado permite às partes atingir o fim atípico e indiretamente objetivado.

A dinâmica dos exemplos históricos de que tratei acima é similar. A *commenda* genovesa e a *colleganza* veneziana são exemplos de negócios bancários indiretos porque, sob a estrutura societária, realizam a função de permitirem financiamentos. O mesmo vale para *os rentes heritables* e os *viagères*,

---

<sup>10</sup> Pelo que pude verificar, o primeiro jurista moderno a tratar de forma sistemática do **negócio jurídico indireto** foi Tullio Ascarelli, em 1931. Vide Ascarelli (2001, p. 152-253). Há ampla aceitação e reconhecimento do instituto na doutrina e jurisprudência brasileiras.

que permitiram a concessão de financiamentos com a estrutura jurídica de venda de anuidades. *Idem* para os depósitos *a discrezione*, que permitiram a realização de depósitos remunerados com uma estrutura jurídica em que essa remuneração está apenas implícita.

Não há **erro** no negócio jurídico indireto: o negócio adotado é consensualmente desejado pelas partes. Tampouco há **simulação**, pois as partes desejam, de fato, submeter-se à disciplina jurídica do instituto jurídico utilizado. Afinal, no negócio simulado o objetivo da “vontade real” está em contraste com a declaração: os indivíduos declaram o que não corresponde à sua vontade real, regrado clandestinamente suas relações. Já no negócio indireto, a observação das formalidades próprias do instituto formalmente adotado é exatamente o que permite às partes atingirem seus objetivos.

Repare que a distinção entre negócios indiretos e negócios simulados não implica, naturalmente, que os primeiros sejam sempre válidos. Como ilustram tanto os tradicionais debates canônicos sobre a usura, como os debates modernos sobre temas variados, os negócios jurídicos indiretos se tornam facilmente objeto de controvérsia, e criam desafios bastante significativos para o profissional do Direito.

Para tratar dessas controvérsias, convém distinguir dois problemas interligados, o político e o jurídico. O negócio jurídico possui determinados elementos que compõe sua estrutura: o problema político diz respeito à legitimidade dos fins para os quais esses elementos do negócio jurídico são organizados; e o problema jurídico liga-se à observância (ou não) dos requisitos de validade para a organização desses elementos. A legitimidade política dos fins afeta diretamente a validade jurídica da estrutura. Analiticamente, contudo, os dois problemas são diferentes e podem ser tratados assim.

### 3.2 Legitimidade

Do ponto de vista político, a controvérsia surge porque a prática de negócios indiretos pode frustrar a finalidade social (ou seja, o **espírito político**) da lei. Esse problema é particularmente saliente na esfera tributária, em que a reconfiguração jurídica de um negócio pode significar a incidência de uma alíquota tributária inferior, ou mesmo de uma isenção fiscal, para alguns contribuintes.

Estruturas jurídicas indiretas podem também servir para o cometimento de diversos negócios escusos: não apenas a evasão fiscal, mas também lavagem de dinheiro, pagamentos de subornos, e assim por diante. Não surpreende, portanto, que os negócios jurídicos indiretos frequentemente gerem apreensão entre as autoridades governamentais.

É preciso notar, no entanto, que há inúmeros negócios jurídicos indiretos realizados com fins legítimos. Um bom exemplo são as próprias operações financeiras realizadas com o objetivo de contornar as vedações à usura durante a Baixa Idade Média, se bem que a controvérsia sobre o que se deve entender por “legitimidade”, nesse caso, é mais delicada. Outro exemplo, já bem mais atual, pode ser encontrado nas estruturas de planejamento tributário – ainda que a legitimidade desses planejamentos se dê apenas dentro de certos limites.<sup>11</sup> Na esfera bancária, especificamente, essas operações indiretas são também extremamente comuns, ainda que também haja limites, como veremos adiante.

Por ora, é preciso notar que há uma riquíssima e milenar casuística acerca dos negócios jurídicos indiretos. No Direito Romano, por exemplo, há diversos institutos aos quais se agrega a expressão *dicis gratia* ou *imaginarius* justamente para indicar esse aspecto de negócio indireto.<sup>12</sup> Outro exemplo interessante é o do *trust* da *Common Law* inglesa. Originalmente constituído como um pacto acessório à transferência de propriedade por cavaleiros ingleses que partiam para as Cruzadas no século XII e XIII, o *trust* posteriormente passou a ser utilizado para variados negócios indiretos que vão da criação de mecanismos de garantia ao planejamento sucessório e tributário.

A explicação para a utilização pontual de negócios indiretos é complexa, e aqui não é necessário tratar do tema de modo abrangente. Mas é conveniente observar, citando Ascarelli (2001, p. 154), que “qualquer que seja a origem histórica de um determinado instituto e sua justificativa originária, com frequência ele, no seu desenvolvimento, apresenta-se capaz de novas funções e aplicações, embora conservando elementos de sua estrutura originária”.

Na evolução dos sistemas jurídicos há, portanto, um fenômeno importante. A evolução tecnológica, a competição nos mercados, e diversas outras novas exigências práticas da vida em sociedade instigam os indivíduos a utilizar

---

11 Sobre o tema, *vide*, por exemplo, Greco (2008).

12 Ascarelli (2001, p. 157) cita como exemplo “os casos conhecidíssimos da *acceptilatio* e da *mancipatio: imaginaria solutio* [pagamento fictício] e *imaginaria ventitio* [venda fictícia]”.

antigos institutos jurídicos, adaptando-os a novas circunstâncias. Em meio a esse processo, os velhos institutos se renovam e passam, aos poucos, a cumprir novas funções. Esse processo lento e caótico às vezes cria um aspecto assimétrico, e talvez até antiestético, nos arranjos jurídicos indiretos criados. A falta de simetria ou de boa estética, contudo, não implica necessariamente ilegalidade.

A realização de negócios bancários indiretos pode então fazer parte de um processo de acomodação jurídica, em que a inovação não causa o imediato colapso da estrutura de condicionamento legal – ainda que possa ser o primeiro passo para tanto. Frequentemente, pode-se enxergar um duplo fenômeno de acomodação jurídica. Por um lado, é possível realizar mudanças sutis no sentido da norma posta regulamentando-a ou complementando-a com outros normativos. Por outro lado, e pela via meramente interpretativa, é possível realizar essas mesmas mudanças criando distinções sutis nas doutrinas que orientam a interpretação do direito posto. Desse modo, a realização de negócios indiretos pode pavimentar o caminho para uma evolução normativa gradual e sem choques.

O que mais importa notar é que o negócio indireto tem um objetivo último, e é à legitimidade deste objetivo que se prende o debate político. Esse debate político, por sua vez, é fundamental para o debate jurídico acerca da validade do negócio jurídico indireto. Isso porque, como se verá a seguir, a característica mais importante para a aferição da validade de um dado negócio indireto é a legitimidade **política** (ou **social**, para ficarmos o termo mais em voga) de seus fins.

### 3.3 Validade

Os requisitos de validade de qualquer negócio jurídico, direto e indireto, são dados pelo artigo 104 do Código Civil: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei. Além disso, nos casos concretos, importa também observar a existência de possíveis causas de nulidade.

Dentre as causas de nulidade mencionadas no artigo 166 do Código Civil, duas se sobressaem: a do negócio jurídico em que o **motivo** determinante, comum a ambas as partes, seja ilícito (inciso III); e a do negócio jurídico que

tenha por **objetivo** fraudar lei imperativa (inciso VI).<sup>13</sup> Essas duas hipóteses, como se vê, condicionam a validade do negócio à existência de um motivo ou objetivo politicamente legítimo.

A validade de um negócio jurídico indireto também pode ser comprometida pela aplicabilidade de figuras que versam sobre o exercício abusivo de direitos, e em particular as seguintes: o abuso de forma, o abuso de direito e a dissimulação. O uso mais comum desses institutos jurídicos se dá no direito tributário. Naquela seara, o abuso de forma é definido como a utilização de forma jurídica atípica, anormal ou desnecessária, para a realização de um negócio jurídico que, se realizado da forma mais “usual” (ou mais “normal”), receberia um tratamento tributário mais oneroso.

Também na seara do Direito Tributário, o abuso de direito é definido como a utilização de procedimentos e formas jurídicas com o intuito exclusivo de se obter economia de impostos.<sup>14</sup> Finalmente, a dissimulação envolve um conjunto amplo de ações destinadas a esconder a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.<sup>15</sup>

É interessante notar, contudo, que nos primórdios da regulação bancária a figura da dissimulação foi invocada para invalidar negócios indiretos. Por exemplo, o Direito Canônico estabeleceu uma distinção entre a usura **aberta** (previsão ostensiva de pagamento de juros em um contrato de mútuo) e a usura **dissimulada** (“escondida” em outro arranjo jurídico indireto).<sup>16</sup> Modernamente, contudo, a literatura especializada sobre regulação bancária pouco uso tem feito dos institutos gerais previstos na legislação civil. Hoje, o mais comum é tratar dos negócios bancários indiretos sob a rubrica da “inovação financeira”.<sup>17</sup>

13 Código Civil, art. 166. “É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV – não revestir a forma prescrita em lei; V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.”

14 O desenho desses institutos no âmbito do direito civil segue linhas paralelas. Em todos os casos, contudo, o traço marcante ainda se prende à legitimidade do objetivo buscado. Tanto é assim, que alguns preferem chamar o abuso de direito de “exercício ilegítimo de posição jurídica subjetiva”. Isso porque, de um modo geral, a alegação de abuso condiciona-se à existência de intenção deliberada de se causar prejuízos a terceiros. *Vide* Martins-Costa *in* Nicolau Júnior *et al.* (2007) e Ascensão *in* Delgado e Alves (2005)

15 Conforme a Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001 (a chamada norma “antielisão”), que acrescentou o seguinte parágrafo único ao art. 116 do Código Tributário Nacional: “A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de **dissimular** a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária” (grifos nossos).

16 Obviamente, nos casos concretos, o estabelecimento das distinções exatas entre os dois tipos era extremamente difícil. Isso era particularmente verdadeiro no que tocava à venda a prazo de créditos, aquilo que hoje chamamos de operação de “desconto”.

17 *Vide*, por exemplo, Antunes (2009 e 2010).

Essa mudança terminológica reflete, antes de tudo, uma transformação da percepção sobre a legitimidade política da atividade de circulação profissional do dinheiro. Antes vista como pecaminosa, hoje a atividade bancária consiste – para invocarmos o mandamento constitucional – em engrenagem para “promover o desenvolvimento equilibrado do País” e para “servir aos interesses da coletividade”.<sup>18</sup>

Note que a retórica do **negócio indireto** sugere o duvidoso, ainda que em princípio lícito; já a retórica da **inovação** reflete o desejável, ainda que em alguns casos perigoso. Parece-me que isso se explica, em parte, pelo menos, pelo reconhecimento de que o surgimento de novas estruturas jurídicas tenha possibilitado uma dinamização nos processos de mobilização de poupança, alocação de riscos financeiros e crescimento econômico lastreado na expansão do crédito e do financiamento.

## 4 A administrativização do direito bancário

A dogmática jurídica tem grande dificuldade para lidar com os negócios jurídicos indiretos na esfera bancária. Um dos principais motivos é que essa dogmática se construiu sobre uma lógica e um modelo de Estado que não existem mais. Digamo-lo de forma clara: quer se goste ou não – e há bons motivos para se desgostar –,<sup>19</sup> o Direito Bancário é, hoje, em boa medida, um capítulo do Direito Administrativo, ou quiçá do Direito Econômico.

Esta seção apresenta o argumento de que, no Estado regulatório democrático de hoje, a discussão sobre a legalidade de um negócio bancário indireto é subsistêmica e administrativizada. Primeiro, cada setor regulado possui uma racionalidade, ou uma lógica, que lhe é própria. Isso é verdade mesmo quando se aceita que a Constituição dá um sentido macro para a formulação e a aplicação do Direito. Segundo, no setor bancário a administrativização se

---

18 Constituição Federal, artigo 192, *caput*. “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

19 A instrumentalização e administrativização do Direito Privado não são necessariamente fenômenos desejáveis. Esse tema, contudo, não está em discussão no presente trabalho.



traduz, concretamente, na ideia de que a legalidade de um negócio jurídico indireto depende basicamente de dois fatores: da inexistência de vedação típica e da legitimidade do objetivo buscado pelas partes do negócio.

## 4.1 Síntese histórica

Durante o século XX, no Brasil e no mundo, diversos setores econômicos passaram por um fortíssimo processo de juridificação (SALAMA, 2009). No setor bancário, por exemplo, quase todas as atividades comerciais foram pormenorizadamente normatizadas. No Brasil, tal normatização geralmente coube ao Conselho Monetário Nacional (CMN) e ao Banco Central. Esse fato reflete uma mudança extremamente relevante na disciplina jurídica da atividade bancária, mudança essa nem sempre clara para os profissionais envolvidos com a formulação e a prática da regulação bancária: a administrativização do Direito Bancário.

O Direito Bancário surgiu como um ramo do Direito Comercial. A formação do Direito Bancário moderno deu-se, em grande medida, a partir da *Lex Mercatoria*.<sup>20</sup> Esta consistia em um corpo de normas criado por comerciantes a partir da Idade Média a fim de atender às necessidades do renascimento comercial europeu.

A *Lex Mercatoria* surgiu como alternativa aos sistemas jurídicos governamentais, criadores de entraves às relações comerciais da época. Num segundo momento, contudo, os principais conceitos da *Lex Mercatoria* foram incorporados às leis estatais europeias. Esse processo de absorção das práticas comerciais pelo Direito estatal foi importante para o sucesso dos movimentos de afirmação do Estado europeu como eixo central de poder, notadamente a partir do século XIX.

Países como o Brasil estabeleceram as bases do seu Direito Comercial em função de um direito comercial europeu que já refletia, em boa medida, a inspiração na *Lex Mercatoria*. É esse o espírito do Código Comercial brasileiro

---

20 As principais características da *Lex Mercatoria* eram as seguintes: *i*) caráter transnacional; *ii*) fundada nos usos e costumes do comércio; *iii*) aplicada por árbitros comerciantes; *iv*) informalidade e presteza; e *v*) realçada importância do princípio da boa-fé no desempenho da atividade mercantil. *Vide* Goldman (1964).

de 1850, que reconheceu a profissão de banqueiro e disciplinou contratos de financiamento, inclusive hipotecários. De modo geral, a visão lá inscrita é a de um direito bancário voltado primordialmente à proteção da autonomia privada do comerciante (banqueiro) ante o arbítrio e a intervenção do Estado.<sup>21</sup>

Em todo o mundo, a intervenção do Estado sobre a economia foi ganhando força ao longo do século XX. Inicialmente, isso se deu com o modelo de **Estado dirigista**. Esse modelo surgiu em resposta às crises econômicas enfrentadas pelo Ocidente com a depressão econômica norteamericana, e depois europeia, ao longo da década de 1930. O Estado dirigista passou crescentemente, assim, a ocupar-se da gestão da demanda agregada e esteve ativamente envolvido na economia, especialmente por meio de suas empresas estatais e de variados mecanismos de controle de preços, inclusive de salários.

A partir dos anos 1980 e 1990, no Brasil e no mundo, ganhou força o modelo de **Estado regulador**.<sup>22</sup> Este remete a um papel planejador do governo, que atua sobre a economia não apenas combatendo ilícitos já praticados (o chamado **poder de polícia**), mas que também se antecipando aos eventos de modo a ordená-los dentro de um plano politicamente concebido e juridicamente estruturado (aquilo que foi chamado por alguns administrativistas de **poder ordenador**) (SUNDFELD, 1997).

Esse Estado regulador surgiu em resposta a desafios enfrentados por diversos países, inclusive o Brasil, ao longo das décadas de 1970 e 1980.<sup>23</sup> O descrédito do modelo interventor que prevalecera desde a década de 1930 veio na esteira de fenômenos como a presença simultânea de desemprego e inflação, as constantes crises fiscais e a crescente integração econômica dos países.<sup>24</sup>

O Direito Bancário, no Brasil e no mundo, foi profundamente tocado por este processo: tornou-se cada vez mais um instrumento de regulação, isto é, de

---

21 Para um exame do nascimento e evolução do direito comercial no Brasil, *vide* Forgioni (2009).

22 A expressão “estado regulador” foi criada pelo cientista político Giandomenico Majone. *Vide* Majone (1994). Veja também Bresser-Pereira (2003, p. 324-331).

23 Sobre o tema, *vide* Salama e Prado (2011), no prelo.

24 Sobre o tema, *vide* Bresser-Pereira (1997), notando que a reforma do Estado nos anos 1990 enfrentou: *i*) um problema econômico-político – a delimitação do tamanho do Estado; *ii*) um outro também econômico-político, mas que merece tratamento especial – a redefinição do papel regulador do Estado; *iii*) um econômico-administrativo – a recuperação da governança ou capacidade financeira e administrativa de implementar as decisões políticas tomadas pelo governo; e *iv*) um político – o aumento da governabilidade ou capacidade política do governo de intermediar interesses, garantir legitimidade, e governar.

ordenação econômica.<sup>25</sup> Essencialmente, é nisso que consiste o que chamo de administrativização do Direito Bancário.<sup>26</sup> A “administrativização” indica, então, o aspecto ordenador do Direito Bancário. Mas daí não decorre, por outro lado, que os contratos e operações bancárias possam agora ser tratados simplesmente como matéria de Direito Administrativo. Num certo sentido, isso quer dizer que a alusão ao Direito Administrativo é apenas metafórica.

## 4.2 Origem constitucional, instrumentalidade e incremento da complexidade regulatória

No Brasil de hoje, a origem desse Direito Bancário administrativizado é constitucional.<sup>27</sup> A Constituição de 1988 estabeleceu de forma clara as bases do Estado ordenador que – para o bem e para o mal – aqui se formou. O art. 174 da Carta de 1988 é expresso nesse sentido: “Como **agente normativo e regulador da atividade econômica**, o Estado exercerá, **na forma da lei**, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” (grifos nossos).

O quadro constitucional estabelece que tal administrativização dar-se-á em meio a dois valores em constante e inevitável tensão. De um lado, há o impulso ordenador e planejador do Estado, que condiciona e induz a ação privada. De outro, a própria Constituição impõe os limites dentro dos quais ocorrerá tal ação ordenadora.

Esses limites são variados e vão de temas amplos, como a organização político-administrativa do Estado, a outros mais específicos, como a competência do

25 Para um exame dos reflexos desse processo na estrutura regulatória bancária brasileira, *vide* SALAMA (2010), no prelo. Note que em Portugal o disciplinamento sistêmico do mercado financeiro e de seus agentes tem sido chamado de “Direito Bancário Institucional”, conforme Cordeiro (2006, p. 33 ss).

26 Machado (manuscrito, p. 11), notando que “a mudança na estrutura de imputação não implica, em si, expansão do Direito Penal, ao contrário do que muitas vezes se aponta. O espaço que o Direito Penal vai ocupar na resolução dos problemas na sociedade ainda está em disputa, e essa disputa está agora na definição do conteúdo dos deveres que se dirigem aos cidadãos sob ameaça de sanção penal. Ela mudou de lugar: seu centro não está mais na definição do catálogo de bens que o Direito Penal pode ou não proteger. Não se trata mais de debater sobre a legitimidade ou não em razão do conteúdo de cada bem que se adiciona ou não à lista dos mercedores de proteção penal”. *Vide* também Rodríguez, *in* Torre e Mulas (2005, p. 89).

27 O Direito Bancário administrativizado se constrói paulatinamente ao longo do século XX. Isso ocorre à medida que no Brasil se consolida um modelo de Direito Administrativo de inspiração norteamericana, em substituição ao modelo de inspiração francesa. O regulador especializado, inspirado nas agências americanas, surge no Brasil ainda nos anos 1940, com a criação da Superintendência da Moeda e do Crédito (Sumoc). Nas décadas seguintes, órgãos como o Banco Central, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e a Superintendência de Seguros Privados (Susep) sedimentam o processo. Sua consolidação, contudo, se dá nos anos 1990. Por esta observação, agradeço a Luciano B. Timm.

Ministério Público para zelar pelos interesses sociais. De todo modo, o mais destacado desses limites à ação regulatória permanece sendo o princípio da legalidade: o Estado ordena, mas somente na forma e nos limites da lei.

A ideia de “regulação” bancária traduz uma instrumentalidade das normas jurídicas. Por instrumentalidade, aqui me refiro ao fato de que as normas emitidas pelos órgãos competentes para regular determinados setores da economia passam a ser vistas como tendo por objetivo a promoção de alguma finalidade específica.<sup>28</sup> Aqui ganham relevo, em particular, a ideia de “lei-incentivo” (IRTI, 1999) e de “função promocional” do Direito (BOBBIO, 2010).

Na seara bancária, exemplos dessas finalidades incluem a mitigação do risco sistêmico, a proteção da poupança popular, a promoção da concorrência e o fomento ao crédito, entre outras. Dessa óptica instrumental, direito e política pública se confundem, pelo menos até certo ponto. Afinal, o padrão para se medir a efetividade do Direito passa a ser cada vez mais a sua capacidade de promover aqueles fins vistos como política e socialmente desejáveis.

Outra característica importante desse direito regulatório é a sua complexidade. Nos setores econômicos verticalmente regulados, tal qual o setor bancário, a normatização jurídica pormenorizou-se, sofisticou-se, e em parte (mas somente em parte) internacionalizou-se (SALAMA, 2010, p. 325-342). A primeira consequência disso foi que a disciplina regulatória passou a ser, cada vez mais, uma tarefa para *experts* – advogados, economistas, contadores e outros especialistas.<sup>29</sup>

A segunda consequência foi a de que o aparato regulatório de cada setor passou a construir uma racionalidade própria, isto é, subsistêmica. É bem verdade que a Constituição Federal dá o limite e provê o sentido político macro da regulação; mas o detalhamento de cada setor possui ângulos próprios para a aplicação e interpretação do Direito.

Esses ângulos próprios são moldados, em boa medida, em função de tendências internacionais da indústria regulada. Essas tendências se refletem ora em iniciativas de órgãos públicos (como o Fundo Monetário Internacional) ou quase-públicos (como o Comitê da Basileia), ora em diretrizes emitidas por órgãos privados que atuam na criação de parâmetros, tais como os contratos de

---

28 Para uma apreciação pessimista do tema, *vide* Timm (2008). Para uma visão mais otimista, ainda que crítica, *vide* Unger (1977). Para uma rejeição da associação imediata entre administrativização (ou publicização) e instrumentalização, *vide* Salomão Filho (2006).

29 Aqui, por sinal, a perda de espaço do advogado generalista é sintomática.

futuros baseados no modelo da *International Swaps and Derivatives Association* (ISDA), ou as diretivas para normas contábeis estabelecidas pelo *International Accounting Standards Board* (IASB), dentre outras.

### 4.3 Tipificação da ilicitude

O incremento da complexidade da regulação bancária trouxe consigo o aparecimento de diversos novos tipos de ilícitos administrativos. Em particular, o **Manual de Normas e Instruções do Banco Central** (MNI) contém uma série de normas abertas que tipificam praticamente todas as condutas relacionadas àquilo que se pode chamar, de modo abrangente, de má prática bancária.<sup>30</sup>

A fim de reforçar o poder ordenador do Estado, as sanções administrativas foram profusamente reforçadas por novos tipos penais. Exemplos incluem os tipos previstos na lei de crimes do **colarinho branco**<sup>31</sup> e na lei de **lavagem de dinheiro**.<sup>32</sup>

Um ponto pouco notado é o de que esses tipos penais reforçadores das vedações administrativas refletem a necessidade de antecipação da intervenção penal com fins preventivos. Por isso, a incriminação formal se dá crescentemente sobre as condutas – não sobre os resultados, como tradicionalmente ocorrera no Direito Penal.

Embora esse ponto ainda não tenha sido totalmente absorvido pela jurisprudência, esses novos tipos penais permitem a caracterização do crime ainda que não tenha havido uma lesão (ou mesmo um perigo concreto). Prescinde-se do resultado para que o crime seja considerado consumado. Há, portanto, cada vez mais tipificações de mera conduta.

Assim, os institutos tradicionais de Direito Privado – o abuso de forma, o abuso de direito, a dissimulação – passaram cada vez mais a ter aplicabilidade em situações mais horizontais, em que se enquadram todos os cidadãos ou grande parte deles. A esfera da tributação é o melhor exemplo.

---

30 Vide MNI, item 2-1-16 “3 – É vedado ainda às instituições financeiras: (Res 1559 IX a, b; Res 2488 art. 1; Res 3258 art. 1; Circ 24): a) realizar operações que não atendam aos princípios de seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos (Res 1559 IX a; Res 2488 art. 1; Res 3258 art. 1); b) conceder crédito ou adiantamento sem a constituição de um título adequado, representativo da dívida (Res 1559 IX b; Res 2488 art. 1; Res 3258 art. 1); c) aplicar ou promover a colocação, no exterior, por qualquer forma, de recursos coletados no país (Circ 24).”

31 Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986.

32 Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.

Já nos setores econômicos fortemente regulados, tais como o setor bancário, a fronteira entre o legal e o ilegal passou a ser determinada basicamente pela existência ou inexistência de tipo (penal ou administrativo) que estabeleça uma vedação.

## 5 Conclusão

Inovações financeiras têm sido realizadas desde que se iniciou o processo de circunscrição jurídica da atividade bancária. Essa observação tem consequências importantes. Uma delas é a de que a discussão jurídica sobre as inovações financeiras ganha relevância. Especificamente, a ênfase pode passar da discussão apenas metajurídica sobre a globalização financeira, para a análise das soluções jurídicas historicamente adequadas para lidar-se com inovações financeiras concretas. Essa mudança no eixo de análise permite considerar-se mais detidamente o aspecto jurídico-estrutural das inovações financeiras e suas implicações doutrinárias. A partir daí nota-se que inovações financeiras frequentemente estruturam-se por meio de negócios bancários indiretos. Esses negócios não são necessariamente ilegítimos ou ilegais, embora possam sê-lo. Este texto buscou trilhar os caminhos de uma teorização jurídica dessas operações, de modo a identificar cânones para interpretação dos negócios bancários indiretos estruturadores de inovações financeiras.

## Referências

ANTUNES, José A. Engrácia. Inovação Financeira e Produtos Derivativos. (parte I). **Revista de Direito Bancário**, v. 45, 2009.

\_\_\_\_\_. Inovação Financeira e Produtos Derivativos. (parte II). **Revista de Direito Bancário**, v. 47, 2010.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. Campinas: Bookseller, 2001.

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Abuso do Direito – Desconstrução*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. **Questões Controvertidas – Obrigações e Contratos**. São Paulo: Método, 2005. v. 4.
- BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**. Barueri: Manole, 2007.
- BRESSER-PEREIRA, L. C. **A Reforma do Estado nos Anos 90**. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, Brasília – DF, 1997. Disponível em: <[http://www.preac.unicamp.br/arquivo/materiais/bresser\\_reforma\\_do\\_estado.pdf](http://www.preac.unicamp.br/arquivo/materiais/bresser_reforma_do_estado.pdf)>. Acesso em: 9 nov. 2010.
- \_\_\_\_\_. **Desenvolvimento e Crise no Brasil: história, economia e política de Getúlio Vargas a Lula**. 5. ed. São Paulo: Editora 34, 2003.
- CORDEIRO, António Menezes. **Manual de Direito Bancário**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- FERGUSON, Niall. **The Ascent of Money: A Financial History of the World**. London: Allen Lane, 2008.
- FORGIONI, Paula A. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da Mercancia ao Mercado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.
- GERBER, David J. **Prometheus Born: The High Middle Ages and the Relationship Between Law and Economic Conduct**. 38 St. Louis L.J. 673, 1994.
- GIDDY, **Understanding and Using Hybrid Financial Instruments**. Disponível em: <<http://giddy.org/dbs/structured/gfmch17.htm>>. Acesso em: 9 nov. 2010.
- GOLDMAN, Berthold. **Frontières du Droit et Lex Mercatoria**. Archives de Philosophie du Droit, v. 9, 1964.
- GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2008.
- IRTI, Natalino. **Letà della Decodificazione**. Milano: A. Giuffrè, 1999.
- KNOLL, Michael S. **The Ancient Roots of Modern Financial Innovation: The Early History of Regulatory Arbitrage**. 87 Or. L. Rev. 93, 2008.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Dogmática Penal e Risco:** Apontamentos sobre Transformações e Impasses no Direito Penal Contemporâneo. (Manuscrito).

MAJONE, G. The Rise of the Regulatory State in Europe. **West European Politics**, 17(3), 77-101, 1994.

MARTINS-COSTA, Judith. Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-Fé. In: NICOLAU JÚNIOR, Mauro et al. (Orgs.). **Novos direitos**. Curitiba: Juruá, 2007.

RODRÍGUEZ, Laura Zuñiga. Viejas y nuevas tendencias políticocriminales en las legislaciones penales. In: TORRE, Ignacio Berdugo Gómes de la; MULAS, Nieves Sans. **Derecho penal de la democracia vs. seguridad pública**. Granada: Comares, 2005.

ROOVER, Raymond. The Decline of the Medici Bank. **Journal of Economic History**, v. VII, 1, p. 69-82, 1947.

\_\_\_\_\_. **The Decline of the Medici Bank (1397-1494)**. New York: The Norton Library, 1966.

\_\_\_\_\_. **San Bernardino of Siena and Sant'Antonino of Florence**. Cambridge, Mass., 1967. Disponível em: <<http://mises.org/books/bernardino.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Como Interpretar as Normas Emitidas pelo BACEN e CMN? Uma Resposta a Partir da Evolução do Modelo de Estado Brasileiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, n. 46, 2009. Disponível em: <[http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/32](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/32)>. Acesso em: 9 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. De onde viemos? Inovação e Resposta Regulatória na Indústria Bancária no Pré-Crise. **Revista DIREITO GV**, n. 10, 2010, p. 325-342. Disponível em: <[http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/31](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/31)>. Acesso em: 9 nov. 2010.

\_\_\_\_\_. Regulação Cambial entre a Ilegalidade e a Arbitrariedade: O Caso da Compensação Privada de Créditos Internacionais. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, (2011), no prelo. Disponível em: <[http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/42](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/42)>. Acesso em: 9 nov. 2010.



SALAMA, Bruno Meyerhof; PRADO, Viviane Muller. **Operações de Crédito dentro de Grupos Financeiros**: Governança Corporativa como Complemento à Regulação Bancária. Grupos de Sociedades: Organização e Exercício da Empresa, Danilo Borges dos Santos Gomes de Araujo & Walfrido Jorge Warde Jr. (coordenadores) (2011).

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1997.

TIMM, Luciano B. **O Novo Direito Civil**: Ensaio sobre o Mercado, a Reprivatização do Direito Civil e a Privatização do Direito Público. Capítulo 1. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Law in Modern Society**. New York: The Free Press, 1977.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Considerações sobre o Sistema Financeiro. Crises. Regulação e Re-Regulação. **Revista de Direito Mercantil**, n. 149/150, 2008.

## **Parecer PGBC-350/2004**

Considerações críticas sobre a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que responsabiliza subsidiariamente a Administração Pública por obrigações trabalhistas das empresas prestadoras de serviços contratadas pelo ente público.

**Frederico Bernardes Vasconcelos**  
Procurador

**Luiz Ribeiro de Andrade**  
Subprocurador-Geral

Parecer/2004/350/Dejur/PREXT  
Pt. 9900975903

Brasília, 27 de julho de 2004.

*AGRR03179-1999-013-01-40-4DO TRT DA 1ª REGIÃO – RECORRENTE:  
BANCO CENTRAL DO BRASIL - RECORRIDO: MOACIR PEREIRA  
ROSA – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ENUNCIADO 331 DO  
TST – POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO – TRABALHO DE BASE –  
CONSIDERAÇÕES.*

Senhor Subprocurador-Geral:

Trata-se de manifestação da PRRJA, com pedido de orientação quanto à interposição de recurso de revista e agravo de instrumento para viabilizar seu exame, sobre responsabilidade subsidiária do Banco Central do Brasil em relação às obrigações trabalhistas das empresas prestadoras de serviços contratadas pela autarquia, haja vista a existência do Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho e as derrotas que se têm experimentado, ressaltada a preocupação com a renitência na tese, a priori, desfavorável.

2. Três são os focos a serem abordados na questão. A possibilidade de se interpretar favoravelmente o Enunciado 331 do TST, a colaboração do efetivo controle da área administrativa na execução dos contratos de prestação de serviços e a utilização dessa condição efetiva pela defesa do Banco Central desde a origem da ação reclamatória, **relevando a condição pragmática de cada processo individualmente.**

3. Antes, porém, de se analisar a questão posta, cabe transcrever o enunciado em comento:

Contrato de prestação de serviços. Legalidade – Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000”

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

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

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

**IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993. Destacou-se.**

4. A lei não prevê expressamente a responsabilidade subsidiária, que decorre da orientação do inciso IV do Enunciado 331 do TST. O não pagamento das verbas trabalhistas devidas ao empregado parece mostrar a inidoneidade financeira da empresa prestadora de serviços. Esse pensamento permite concluir que a tomadora dos serviços teria culpa *in eligendo* ou *in vigilando* ou ambas, pela escolha inadequada da empresa inidônea financeiramente e por não fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas.

5. Ocorre que em paralelo a esse contexto a Lei 8.666/93, em seu art. 71, § 1º, determina a **exclusão** da responsabilidade da Administração sobre os encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, tendo em vista a determinação de exigências iniciais ao contratante, já na licitação, que ilidiriam tal ocorrência.

6. Havendo uma previsão expressa na lei de inexistência de responsabilidade da Administração, como poderia o TST criar uma subsidiariedade na obrigação trabalhista do contratado, senão pela interpretação que permite concluir pela ocorrência de algum tipo de culpa na relação que alcança o administrador.

7. Essa divisão se vislumbra melhor quando se considera a figura da culpa civil, que aparece como motivadora de indenização ou responsabilidade direta ou indireta dos contraentes. Na execução dos contratos administrativos têm-se em vista essa possibilidade, devendo o administrador se preocupar também com as repercussões dessa divisão.

8. Quando o contrato está sendo executado presume-se que a empresa prestadora é idônea, haja vista a fase de habilitação ultrapassada no certame, que exige documentação comprobatória dessa condição. Essas exigências quando atendidas pela empresa e fiscalizadas pelo órgão, podem servir de exclusão da culpa *in eligendo*, visto que a obrigação direta do administrador prevista na lei foi observada.

9. Assim, resta ocuparmo-nos com a outra possibilidade de responsabilização, decorrente da culpa *in vigilando*, haja vista ser a única que sobrou depois de atendidas as condições fixadas pelos arts. 21 a 24 da Lei 8.666/93, na fase própria da licitação.

10. Aliás, esse tem sido o caminho utilizado pela jurisprudência do TST para afastar a aplicação da Lei nº 8.666/93, conforme se extrai do IUJ – RR – 297.751/96.2:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA – ENUNCIADO Nº 331, IV DO TST – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ARTIGO 71 DA LEI N.º8.666/93.

Embora o art. 71 da Lei n.º 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da Administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. **Com efeito, evidenciando, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta á contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo e irregular, ao não**

fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa in vigilando, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato [...]. Destacou-se.

11. A culpa *in vigilando* poderia advir da obrigação indireta do administrador do contrato, que apesar de cumprir a lei na sua acepção direta, deixou de fiscalizar os atos do terceirizado, importando descumprimento deste à lei e o nascimento da responsabilidade civil para o beneficiário do serviço.

12. Diante disso a conclusão mais adequada e coerente é que o Enunciado 331 do TST é voltado para o administrador negligente, que não fiscaliza com eficiência seu contrato, permitindo práticas ilícitas na execução dos serviços contratados por parte da terceirizada. A conclusão é calcada em duas vertentes de mesma origem, uma da legalidade do enunciado e a outra a visão bipartida do seu alcance.

13. As duas interpretações são fruto do principio da legalidade. A exegese implica que se o enunciado não afronta a lei, então permite a conclusão de responsabilização apenas do administrador negligente, pela culpa *in vigilando*. Por outro ângulo, caso impossível esta interpretação, o enunciado será ilegal, pois ofende frontalmente a disposição expressa do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93.

14 Com espeque nessa argumentação cremos haver uma interpretação informativa de legalidade do Enunciado 331, que repercute diretamente na sua incidência dirigida apenas ao órgão que se descuroou na fiscalização do contrato de terceirização. Essa conclusão permite sustentar que o enunciado serve para responsabilizar a Administração apenas nessa oportunidade, isentando-a nos casos em que seja demonstrada a sua diligência na execução de sua obrigação indireta com exclusão da culpa *in vigilando*.

15. Não aceitar essa conclusão é fulminar a legitimidade do enunciado, que não oportunizando a interpretação teleológica, assume a condição de enfrentamento do conteúdo do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, o que não seria a melhor exegese.

16. A melhor interpretação é aquela que busca harmonizar dois preceitos jurídicos, evitando a retirada de um deles do ordenamento. A preterição da exegese ora feita evidencia a ilegalidade do enunciado frente à lei, ou por via

transversa, imputa ao TST a incumbência de declarar a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93 diante da impossibilidade de convivência simultânea, desse dispositivo com o item IV do enunciado 331, no sistema jurídico brasileiro

17. Com isso é possível concluir que o entendimento mais acertado aponta para exoneração da responsabilidade da Administração em caso de atenção às suas obrigações direta e indireta, sob pena de se aceitar a teoria do risco administrativo integral.

18. Diante da explanação sobre a real intenção do verbete citado, tratemos da condição mais genérica para a mais específica dos casos encontrados no Banco Central, para efeito de orientação do pensamento. O contato com o terceirizado se inicia com a licitação, oportunidade em que a lei já impõe diversas obrigações a Administração Pública, passando pela execução do contrato administrativo, até o descumprimento pelo contratado de suas obrigações trabalhistas.

19. Com efeito, a Lei 8.666/93 fixa parâmetros rígidos a serem seguidos nos contratos com o particular, principalmente no que tange à terceirização de serviços.

20. Inicia-se com as exigências para a habilitação do licitante, contidas nos artigos 27 e seguintes da Lei 8.666/93. Importante ressaltar que as determinações dispostas nesses preceitos não são dirigidas apenas aos interessados no certame, mas também à Administração, que não pode tolerar descumprimento por parte do licitante, nem tampouco se descurar da exigência legal que se lhe atribui.

21. Toda a documentação arrolada nos artigos 28 a 31, não são apenas um dificultador para os aventureiros, mais uma forma resumida de estabelecer um controle sobre a saúde econômico-financeira da empresa contratada e sua capacidade em prestar a obrigação assumida. Isso envolve, naturalmente, o adimplemento de suas obrigações trabalhistas e sociais.

22. Como se extrai do artigo 66 da citada lei, cabe à Administração zelar pelo efetivo cumprimento das obrigações direta e indiretamente ligadas ao contrato administrativo, não aparecendo apenas como mero revisor de documentos expedidos por outros órgãos. Não se trata também de assumir a posição de agente exator das obrigações de terceiros, que em razão de possível ineficiência em seus instrumentos de controle, transferem seu encargo à Administração.

23. A questão é mais densa que esse entendimento raso empreendido sobre

as obrigações imputadas aos contratados pela Lei 8.666/93. A responsabilidade da Administração está não apenas na cobrança dos documentos legalmente relacionados, mas no exercício efetivo do controle sobre a prestação das obrigações do contratado, em relação ao contratante e ao terceirizado.

24. Esse controle envolve a fiscalização diária do adimplemento das condições pactuadas pelo contratado com as figuras que se situam nas duas pontas do acordo, o beneficiário dos serviços (contratante) e os empregados do contratado.

25. Assim, não pode passar ao largo da vigilância do contratante o descumprimento por parte do contratado dos seus encargos com o pessoal diretamente envolvido na prestação dos serviços, posto que esse desequilíbrio certamente será imputado ao contratante em futuro próximo, como ocorre nas reclamações trabalhistas.

26. Qual então seria a solução para o deslinde do impasse, conquanto o administrador dos contratos tenha exercido com proficiência sua obrigação ativa?

27. Respondendo à pergunta objetivamente tem-se que não basta o atendimento comissivo da lei nos limites expressos, mas é preciso fiscalizar a efetivação da obrigação assumida pelo contratado na seara de seus compromissos trabalhistas, previdenciários e tributários com terceiros, que indiretamente firmaram liame com o Banco Central.

28. Algumas práticas incorretas do contratado muitas vezes saltam aos olhos, como por exemplo o excesso de jornada de trabalho, deixando inarredável a cumplicidade da Administração no inadimplemento das obrigações com terceiros, não por ação, mas por omissão.

29. A indiferença a tais ocorrências leva à conclusão de que a Administração é omissa, permitindo a burla praticada pelo contratado, gerando responsabilidade subsidiária com as obrigações deste, derivadas da negligência do administrador com a prática ilegal verificada.

30. Esse contexto retira a chance de defesa do Banco Central, que somente tem tratado a questão no limite da responsabilidade formal, deixando de demonstrar sua atuação de forma comissiva, mesmo na esfera das obrigações oriundas de terceiros. A postura do administrador deve ser pró-ativa, com atitude correta diante da verificação de um ilícito praticado, ainda que não se trate de sua obrigação funcional direta.



31. Assim, se ficar evidenciado que o Banco Central agiu em total consonância com suas obrigações direta e indireta na administração do contrato, é crível que se possa extrair do Enunciado 331 do TST a interpretação que preserva o administrador diligente, que executou com presteza e eficiência seu encargo.

32. Certamente, o verbete não foi criado à revelia de qualquer coerência ou noção de justiça, devendo, em seu núcleo, pretender a coibição apenas de condutas negligentes do administrador e ao mesmo tempo evitar que o trabalhador, parte, de ordinário, mais fraca nessa relação, acabe prejudicado.

33. A única conclusão possível de se alcançar sobre a jurisprudência em debate é que se volta contra uma postura inadequada do administrador público aos olhos do Poder Judiciário, pois aceitar que a Administração será sempre punida com a responsabilização subsidiária, independente de sua conduta diligente, é incitar uma teratologia.

34. Como poderia um ente participar de uma relação social, executando com presteza e dedicação superlativas o seu mister, ser punido pela prática indevida de terceiros? Aceitar essa realidade seria uma afronta extrema a todo o ordenamento jurídico e se estaria criando uma figura de patrocínio final dos ilícitos de terceiros pela Administração. Esse panorama ilegítimo indica que o prejuízo seria sempre suportado pelo Estado, em razão da responsabilização subsidiária independente de culpa.

35. Essa figura teria uma conceituação deveras estranha, pois a responsabilidade da Administração tem como referência o art. 37, § 6º, da Constituição da República que prevê a relação objetiva nos atos praticados por seus prepostos, não em caso de terceiros contratados.

36. Importante ressaltar que a responsabilidade da Administração jamais foi considerada pelo conceito do risco integral, que tem como único exemplar no sistema jurídico pátrio o caso previsto no art. 21, XXIII, alínea c, da CR.

37. Nessa perspectiva, é possível estabelecer condutas de exemplo para clarear a postura adequada do administrador dos contratos de prestação de serviços frente a ocorrência dos problemas jurídicos enfrentados. Na fiscalização diária do contrato, ao se perceber a afronta, por parte do contratado, a algum dispositivo da legislação trabalhista, previdenciária ou administrativa, **estabelecer uma conduta ativa notificando o praticante do ilícito e diante da**

**indiferença deste, provocar o agente fiscalizador competente como Delegacia do Trabalho, INSS etc.**

38. Com isso, se estará fomentando um rol probatório apto a desconstituir a tentativa de responsabilização subsidiária do Banco Central, permitindo aos procuradores enfrentar a questão com um trunfo adicional, isto é, a prova de que o administrador do contrato não foi omissivo ou negligente na administração da sua execução, hoje não disponível.

39. Nessa oportunidade adentramos no segundo aspecto do presente parecer, que visa recomendar aos colegas procuradores uma concretização dos passos iniciados pelo administrador, reforçando a defesa promovida nas lides trabalhistas com a arguição específica dessa orientação.

40. Nos casos examinados, percebi que as defesas empreendidas pela DEJUR sobre a questão da responsabilização subsidiária do Banco Central em reclamações trabalhistas, promovidas por empregados de empresas terceirizadas, se preme a rechaçar a questão de maneira oblíqua e genérica, não demonstrando o envolvimento do administrador na fiscalização das obrigações pactuadas nem apresentando provas capazes de exonerar de responsabilidade, pela diligência específica sobre o caso, a administração diligente do contrato.

41. É verdade que em algumas vezes isso se tornava impossível diante da ausência desse trabalho do administrador, restando a defesa genérica pela exclusiva argumentação de inexistência de responsabilidade do Banco Central. Contudo, diante da nova orientação, os procuradores terão subsídios para enfrentar o debate firmado em prova específica de inteiro envolvimento do administrador do contrato, oportunizando a exclusão da responsabilidade subsidiária por essa vertente.

42. Assim, a recomendação é para que se tenha como foco a defesa especializada da questão, assentada na completa fiscalização do contrato pelo administrador, que de maneira diligente deverá procurar impedir qualquer prática ilícita sob seus auspícios, retirando oportunidade de se alegar omissão do Banco Central em suas obrigações indiretas.

43. Essa prova poderá ser feita com a juntada dos documentos gerados pelo administrador, que deverá produzi-los imediatamente após ciência de algum ilícito verificado. As notificações ao contratado, a provocação ao órgão fiscalizador competente, entre outras atitudes pró-ativas do administrador,

permitirá ao procurador demonstrar especificamente que não houve omissão de qualquer ordem pelo Banco Central.

44. Quanto ao caso concreto ora examinado, os recursos já foram interpostos, razão pela qual deve-se aguardar o julgamento deles. Não obstante, pelos motivos expostos, entendo que a autarquia deve continuar insistindo em sua defesa mediante a análise de caso a caso, considerando sempre a orientação aqui apresentada.

À consideração de V. S<sup>a</sup>.

*Frederico Bernardes Vasconcelos*

*Procurador*

Aprovo o presente parecer pelos seus lúcidos e jurídicos fundamentos.

2. Por ser oportuno, recomendo aos procuradores do contencioso judicial que antes de oferecer resposta em reclamação trabalhista, na qual se postule a responsabilidade subsidiária da autarquia, ouçam, previamente, o administrador do contrato de prestação de serviços respectivo, e adotem como defesa os fundamentos jurídicos trazidos neste parecer.

3. Recomendo, por fim, à Dilog/Sulog, que encaminhe este pronunciamento, mediante recibo, ao Demap, às Procuradorias Regionais, à PRJUD e às representações jurídicas de Salvador, Belém e Fortaleza.

Após a adoção das providências recomendadas no item 3 supra, remetam-se os autos à PRRJA.

*Luiz Ribeiro de Andrade*

*Subprocurador-Geral*

## **Report PGBC-143/2010**

Informa a respeito da aplicabilidade das normas do Banco Central do Brasil em uma crise financeira, especialmente as relacionadas à sua capacidade de prestador de última instância e de seus deveres de reorganização e liquidação de instituições financeiras com problemas de solvência.

**Cristiano de Oliveira Lopes Cozer**  
Subprocurador-Geral

Report PGBC-143/2010  
Proc. 1001470456

Brasília, 5 July 2010.

## BRAZIL COUNTRY REPORT

### **Legal Aspects of the Central Bank's Role in a Financial Crisis**

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer<sup>1</sup>

The present report aims at providing information on the Brazilian statutory and regulatory background applicable to the roles of the Central Bank of Brazil (CBB) in a financial crisis, both in its capacity as lender of last resort and in the performance of duties related to reorganization, resolution and liquidation of distressed financial institutions. The report is accordingly divided in two sections. Section A deals with the emergency liquidity assistance (ELA) provided by the CBB, including some of the measures taken to cope with the international financial crisis, and Section B is concerned with the rules on special resolution regimes (SRR) in Brazil.

Needless to say that several other measures have also been taken by the Brazilian government in view of the international financial crisis. For instance, federal government-controlled banks were authorized to purchase shares of the capital stock of banks and related companies incorporated in Brazil, including through bridge banks. Another example was decreased reserve requirements for banks that provided additional liquidity for smaller banks, in exchange for specific kinds of liabilities. The study of those measures, however, is beyond the scope of the present text.

---

<sup>1</sup> Deputy General Counsel of the Central Bank of Brazil.

## A. EMERGENCY LIQUIDITY ASSISTANCE (LENDER OF LAST RESORT)

### General Aspects

The main source of the legal authority for the CBB to provide ELA to financial institutions in Brazil is Act 4595 of 31 December 1964. Articles 4, XVII, and 10, V of said Act grant the CBB powers to rediscount assets of, and make loans to, banking financial institutions.<sup>2</sup> This activity is carried out pursuant to rules issued by the National Monetary Council (NMC), whose current members are the President of the CBB, the Minister of Finance, and the Minister of Planning, Budget, and Management.<sup>3</sup> Furthermore, rules on ELA set by the NMC are supplemented by regulations put forth by the CBB itself.

Article 164, § 1 of the Brazilian Constitution forbids the CBB from granting direct or indirect loans to the National Treasury or any person or entity other than financial institutions.<sup>4</sup> Therefore, it would be theoretically possible for statutory law to authorize ELA to *any* financial institution in Brazil. Nonetheless, access to ELA is restricted by articles 4, XVII, and 10, V of Act 4595 of 1964 to *banking* financial institutions (hereafter referred to simply as banks). Although this Act does not specify which financial institutions would fit that description, the legal interpretation historically adopted by the CBB includes in this category all deposit-taking institutions, *i.e.*, all financial institutions authorized by the CBB to take demand or time deposits from, and make loans to, the general public, such as commercial banks and investment banks.

Another statutory limitation on ELA lies on the maximum duration of operations. Even though Act 4595 of 1964 does not impose restrictions related to the duration of ELA transactions, the Fiscal Responsibility Act (Complementary Act 101 of 4 May 2000, article 28, § 2) limits the maturities on them to up to 360 days, so that ELA with higher maturities demand specific legal authorization.

Further legal provisions on ELA are laid down in the class action statute. Article 4, VII, and VIII, *a* of Act 4717 of 29 June 1965 state that all rediscount

---

2 According to the legal interpretation adopted in Brazil, these statutory provisions entitle the CBB to provide liquidity to banks not only through rediscount operations proper and loans against collateral, but also by means of repurchase agreements.

3 The current composition of the NMC has been established by article 8 of Act 9069 of 29 June 1995.

4 Although the constitutional provision mentions only “*empréstimos*” (loans), legal interpretation in Brazil has it that not only loans, but all kinds of financing arrangements with the Government or other non-financial institutions are thereby prohibited.

operations and loans are null and void when granted by the CBB in violation of the Law, including applicable rules and regulations. Furthermore, article 4, VIII, *b* of said Act states that loans granted by the CBB are null and void when the value of the assets posted as collateral by the time the operation is carried out is inferior to the value they had in the moment of the evaluation for the purpose of the loan operation.

Moreover, given that Complementary Act 105 of 10 January 2001 states that banking secrecy applies to CBB's operations, public disclosure of information on specific ELA transactions is forbidden, unless authorized by competent authorities according to the due process of law. Of course, there is no obstacle to the publication of reports containing aggregate data on ELA provided by the CBB.

Statutory provisions on ELA have been recently altered so as to confer upon the CBB increased powers to cope with the international financial crisis. In 6 October 2008 the President of the Republic issued Provisional Measure<sup>5</sup> 442, later converted into Act 11882 of 23 December 2008, which authorized the NMC to establish special conditions and criteria for the evaluation and acceptance of assets rediscounted by the CBB, or posted as collateral in loans granted by the CBB. Besides, this Act states that guarantees posted by banks in loans provided by the CBB may be complemented by collaterals and even personal guarantees by the controlling shareholder of the bank, by companies of its business group, or by another financial institution. Furthermore, this statute endowed the CBB with the power to provide loans denominated in a foreign currency; up to then, the CBB was only allowed to make loans denominated in reais, the national currency.

However, according to Act 11882 of 2008 these new powers can only be exercised by the CBB when the NMC considers that they are necessary to assure adequate levels of liquidity in the financial system. In other words, the activation of the special mechanisms established in the wake of the recent financial crisis depends on the recognition by the NMC that current liquidity levels are unsatisfactory. It is worth mentioning that, in addition to CBB's ordinary reporting duties, Act 11882 of 2008 demands that the CBB presents quarterly to the National Congress

---

5 According to article 62 of the Brazilian Constitution, as amended by Constitutional Amendment 32 of 2001, the President of the Republic may issue Provisional Measures with the force of an Act of Congress in matters both relevant and urgent. Although a Provisional Measure is effective as of its date of publication, it must be approved by the National Congress within 60 days, which can be extended once for another 60 days. Such approval by the National Congress is known in the legal jargon in Brazil as a "conversion into Act" of the Provisional Measure.

a report on rediscount operations and loans made pursuant to this Act, including information about their financial impacts on its budget.

As a result of this new statute, the CBB carries out its lender of last resort role through two different windows; besides the *ordinary discount window*, there is also a *special liquidity window*, and each follows specific rules and regulations put forth both by the NMC and the CBB. In all cases, the provision of ELA depends solely on the discretion of the CBB, without the need to consult with any other national authority.

One important development in the legislation on ELA in Brazil was accomplished by Act 12058 of 13 October 2009, which introduced article 1A into Act 11882 of 2008, so as to establish that the liquidation or bankruptcy of a bank, or an intervention in it, do not affect the credits of the CBB arising from rediscount operations and loans, which need to be repaid upfront by the failed bank. Although the new legal provision has been introduced into Act 11882 of 2008—and not into Act 4595 of 1964, as one would expect in view of the fact that the latter statute contains the general provisions on ELA—it is beyond any doubt that, given the rule's broad language, it applies indifferently to both the ordinary discount window and the special liquidity window.

The authorities within the CBB in charge of the decision on whether to grant ELA are the same both for the ordinary discount window and, when available, the special liquidity window. According to CBB bylaws, the decision on whether to provide ELA by means of operations with maturities up to one day rests with the Head of the Banking Operations and Payments System Department (Deban). Operations with higher maturities need to be authorized by the Deputy Governor for Monetary Policy, upon proposal of the Head of Deban. Finally, ELA designed to allow a bank to overcome structural mismatches in its balance sheet need to be authorized by the Board of Governors of the CBB, upon proposal of the Deputy Governor for Monetary Policy.

ELA operations are documented in written contracts, with the exception of intraday and overnight operations, which are carried out through specific electronic messages in the Information System of the Central Bank (Sisbacen). As for the transfer of ownership of rediscounted assets to the CBB, article 2A



of Resolution 2949 of 4 April 2002<sup>6</sup> states that securities recorded in the books of custody and settlement institutions are transferred to the property of the CBB through book-transfers according to the regulation applicable to the respective custody and settlement system,<sup>7</sup> while the ownership of other assets is transferred to the CBB through an electronic certificate of ownership kept in Sisbacen, pursuant to article 45 of Act 10931 of 2 August 2004. On the other hand, assets listed as collateral in loans<sup>8</sup> are documented in electronic certificates kept in Sisbacen (article 2B of Resolution 2949 of 2002).<sup>9</sup>

### **Ordinary discount window (Redesconto do Banco Central)**

Ordinary ELA operations in Brazil are carried out pursuant to rules set forth in Circular 3105 of 5 April 2002,<sup>10</sup> adopted by the CBB according to an authorization granted by Resolution 2949 of 2002. Circular 3105 of 2002 established the so-called *Redesconto do Banco Central* (Rediscount of the Central Bank – RCB), whose regulation—the RCB Regulation—constitutes an annex to said Circular. Through the RCB, despite its name, the CBB supplies liquidity to banks mostly by means of repurchase agreements, so that rediscount transactions proper play in it only a minor role.<sup>11</sup> Although loans against collateral were used by the CBB in ordinary liquidity assistance as late as in 2000, they are not possible under the RCB Regulation in force.

Intraday credit is provided by the CBB at no cost. Credit granted through operations with maturities of one day or more, on the other hand, is charged at the discount rate, which corresponds to the Brazilian prime interest rate (taxa Selic) plus an interest rate set by the Board of Governors of the CBB.

In RCB operations carried out through repurchase agreements, the CBB buys, and a bank sells, securities (usually Treasury bills, notes, and bonds), both taking

6 As amended by article 5 of Resolution 3622 of 9 October 2008. “Resolutions” are normative acts issued by the NMC.

7 Treasury bills, notes, and bonds in Brazil are held in custody in the Special System for Settlement and Custody (Selic), managed by the CBB.

8 ELA through loans is only possible under the rules applicable to the special liquidity window, as will be mentioned hereafter.

9 As amended by article 5 of Resolution 3622 of 9 October 2008.

10 “Circulars” are normative acts issued by the CBB.

11 Even though the RCB Regulation allows the CBB to rediscount assets of banks, in practice rediscount transactions proper are not carried out by the CBB. Anyway, article 20, II of RCB Regulation prescribes that rediscount transactions should always be made with a commitment of the bank to buy the rediscounted securities.

up a commitment to reverse the transaction (buying or selling the securities back, as the case may be) on a future date. The choice of repurchase agreements as the main instrument under the RCB is not casual. According to Brazilian Law, assets sold in repurchase agreements become property of the buyer as long as the transaction is not reversed, while assets listed as collateral in loans remain in the property of the borrower.

Even though the difference between repurchase agreements and loans against collateral is not really relevant as long as the bank is solvent, the risks arising in each case are quite different in view of the possibility that the bank becomes insolvent before the ELA has been repaid. Since assets acquired in repurchase agreements do not reverse to the property of the seller in the case of its insolvency, the CBB may simply sell the securities on the market to recover its losses. Assets posted as collateral in loans, however, remain in the property of the insolvent bank and must be liquidated along with all its assets, so that the CBB would only be considered a preferred creditor of the liquidated financial institution. In other words, the choice of repurchase agreements over loans against collateral reduces considerably the credit risk faced by the CBB in the event of a bank's insolvency.

On the other hand, the reason for the choice of repurchase agreements over rediscount operations in ELA lies in the fact that the former transactions allow the CBB to purchase Treasury bills, notes, or bonds whenever possible, while rediscount operations would impose on the CBB the burden of keeping the rediscounted assets in its portfolio, regardless of their being suitable or unsuitable for its market interventions.

Under the RCB Regulation, ELA through repurchase agreements may adopt one of four kinds, according to the liquidity needs of the bank:

- (a) *Intraday operations*, which are intended to meet the liquidity needs of banks throughout the day, with a view to assuring the smooth functioning of the payments system;
- (b) *Overnight operations*, which are intended to meet the liquidity needs of banks related to very short-term cash-flow problems;
- (c) *Operations with maturities up to 15 business days* (whose durations can be extended to up to 45 business days), which are designed to enable the bank to overcome problems in its short-term cash-flow, in the absence of structural mismatches in its balance sheet; and

- (d) *Operations with maturities up to 90 calendar days* (whose durations can be extended to up to 180 calendar days), which are designed to enable the bank to overcome structural mismatches in its balance sheet.

According to article 5 of the RCB Regulation, only Treasury bills, notes, and bonds can be purchased by the CBB in intraday and overnight transactions, whereas other securities and assets may also be used in the operations with maturities up to 15 business days and those with maturities up to 90 calendar days. All kinds of RCB operations should be specifically requested by the bank, with the exception of the automatic conversion of intraday into overnight transactions, designed to roll over intraday operations not repaid by the bank by the end of the day (articles 2 and 11A of RCB Regulation).

Intraday and overnight transactions are carried out through specific electronic messages, while operations with maturities up to 15 business days and those with maturities up to 90 calendar days are accomplished by means of a request in writing by the bank, followed by the signature of a contract. When asking for an operation with maturity up to 15 business days, the bank must submit to the CBB a detailed projection of its daily cash-flow and a statement of its liquidity needs for the period of the transaction. Operations with maturities up to 90 calendar days depend on the presentation by the bank of a statement of its liquidity needs for the period of the transaction and a restructuring program aimed at its capitalization or the sale of its corporate control, which need to be signed by the controlling shareholder and should be implemented during the ELA. The latter operations, as already mentioned, need to be previously authorized by the Board of Governors of the CBB.

### **Special liquidity window**

The special liquidity window comprises the facilities established by the CBB in the wake of the recent financial crisis, pursuant to Act 11882 of 2008. Having recognized that liquidity levels in the financial system were unsatisfactory (Vote NMC<sup>12</sup> 128 of 2008), the NMC adopted Resolution 3622 of 9 October 2008,

12 A member of the Board of Governors of the CBB may propose drafts of *Circulars* to the Board by making use of a document called "Vote" (a CBB Vote), which presents arguments in support of the proposal. In a similar way, a member of the Board may propose a draft *Resolution* to the Board of Governors, making use of a CBB Vote. In case the proposal is accepted, the President of the CBB (who is also a counselor of the NMC) may submit it to the NMC by means of another Vote (a NMC Vote).

which authorized the CBB to enter into ELA operations following the special conditions and criteria thereby established.

Resolution 3622 of 2008 deals with two special liquidity facilities: a rediscount facility and a US dollar lending facility. *Rediscount operations* are charged at a rate which corresponds to the Brazilian prime interest rate (taxa Selic) plus an interest rate set by the Board of Governors of the CBB. Here again, as in the RCB, rediscount operations, despite their name, are in fact repurchase agreements in which the CBB buys, and a bank sells, financial assets and credits, both taking up a commitment to reverse the transaction (buying or selling the assets and credits back, accordingly) on a future date.<sup>13</sup>

Credit provided to banks via rediscount operations should be backed by assets from the borrowers' portfolios (including debentures issued by non-financial institutions) with credit ratings AA, A or B assigned by the credit rating system kept by the CBB (the Central System for Credit Risk–SCR<sup>14</sup>). Besides purchasing assets at a discount from their face amounts, according to their credit risks, the CBB may impose on borrowers any of the following measures, as a condition of the rediscount transaction (article 4 of Resolution 3622 of 2008):

- (a) Obligation to supply additional resources, in order to meet the risks to which the bank is exposed;
- (b) Adoption of more restrictive operational limits;
- (c) Restrictions on certain transactions and operational practices;
- (d) Restoration of adequate liquidity levels;
- (e) Suspension in the payment of dividends in excess of the minimum amount required by law;
- (f) Prohibition of acts that would result in higher salaries for the bank's managers;
- (g) Prohibition of the development of new lines of business; and
- (h) Obligation to sell part of its assets.

*US dollar-denominated loans*, in turn, are used by the CBB to provide liquidity in dollars to Brazilian banks, in substitution for lines of credit no longer

---

<sup>13</sup> The rules on rediscount operations set by Resolution 3622 of 2008 have been supplemented by CBB Circular 3409 of 10 October 2008.

<sup>14</sup> The current SCR Regulation has been established by NMC Resolution 3658 of 17 December 2008.

available abroad, due to the general shortage of international liquidity.<sup>15</sup> Dollar-denominated loans are charged at a rate equal to Libor plus an interest rate set by the Board of Governors of the CBB. Assets posted as collateral in loans provided by the CBB in a foreign currency need to be denominated in the same currency as the loan, pursuant to Act 11882 of 2008, so as to avoid foreign-exchange risk. Accordingly, Resolution 3622 of 2008 authorized the CBB to provide credit through loans in US dollars against collateral represented by the following assets:

- (a) Sovereign bonds issued by the Federal Republic of Brazil (Global Bonds);
- (b) US dollar-denominated sovereign bonds issued by other countries, with long-term credit rating equivalent to A or higher;
- (c) US dollar-denominated import and export financing transactions and US dollar-indexed loans in Brazil based on funds raised abroad, in all cases with credit ratings AA, A or B;<sup>16</sup>
- (d) Other US dollar-denominated assets with credit ratings AA, A or B assigned according to the criteria set forth in Resolution 2682 of 21 December 1999; or US dollar-denominated assets with credit ratings equivalent to A or higher, according to at least one of the three biggest international credit rating agencies;
- (e) Brazilian real-denominated assets combined with derivative contracts with counterparties whose long-term credit rating is equivalent to A or higher, so that the combined effects of assets and derivative contracts always result in a value at least equal to the value of the loan.

Furthermore, article 1, § 4 of Resolution 3622 of 2008, as amended by Resolution 3624 of 16 October 2008 authorized the CBB to make US dollar-denominated loans under the condition that the borrower will use the loan proceeds in foreign trade finance operations.<sup>17</sup>

15 A good part of the liquidity in dollars provided by the CBB in the interbank market during the crisis, however, took the form of US dollar repurchase agreements with maturities of one to three months, i.e., operations that involved both a spot transaction, in which the CBB transferred dollars to a bank in exchange for reais, and a simultaneous forward transaction, in which the CBB and the bank agreed to reverse the spot transaction in the future.

16 Even though Resolution 3622 of 2008 doesn't make it clear at this point which criteria should be used to rate these domestic financial contracts, one may reasonably conclude that such operations must be rated according to the NMC Resolution that deals with the classification of credit operations and the accounting policy for the provision for doubtful accounts (Resolution 2682 of 21 December 1999.)

17 The rules on US dollar-denominated loans set by Resolution 3622 of 2008 have been supplemented by CBB Circulars 3415 of 16 October 2008 and 3418 of 4 November 2008.

In 17 December 2008, two months after the publication of Resolution 3622, the NMC issued Resolution 3672, in order to meet the demand for liquidity in dollars by domestic non-financial corporations. The new resolution authorized the CBB to grant US dollar-denominated loans to (a) Brazilian banks authorized to operate on the domestic foreign exchange market and their subsidiaries and affiliates abroad; and (b) banks incorporated overseas with investment grade assigned by at least one of the three biggest international credit rating agencies. The authorization for the CBB to make loans pursuant to Resolution 3672 of 2008, however, was only valid up to 31 December 2009.<sup>18</sup>

US dollar-denominated loans could only be provided pursuant to Resolution 3672 of 2008 under the condition that the borrower—whether a Brazilian bank, a subsidiary or affiliate of a Brazilian bank, or a bank incorporated abroad—would use the funds in lending operations to Brazilian corporations which had debts abroad with maturities between 1 October 2008 and 31 December 2009. Moreover, according to article 2 of Resolution 3672 of 2008, only debts related to loans, financing operations, and leasing or rental of equipment were eligible to be refinanced with funds provided by the CBB to the bank. Accordingly, banks that applied for loans under Resolution 3672 of 2008 should demonstrate that they had corporate clients with external debts of any of the kinds just mentioned maturing in that period.

Besides the personal guarantee of the borrower, the CBB had a security interest on the credits arising from the loans granted by the bank to its corporate clients with funds obtained under Resolution 3672 of 2008.<sup>19</sup> Besides, the CBB was entitled to demand additional guarantees—Treasury bills, notes, and bonds or other financial assets—up to the limit of 140% of the value of the loan.

---

18 The rules on US dollar-denominated loans set by Resolution 3672 of 2008 have been supplemented by CBB Circulars 3434 of 4 February 2009 and 3443 of 6 March 2009.

19 It is worth mentioning that article 1, § 9 of Act 11882 of 2008, as amended by Act 12058 of 13 October 2009, allowed that domestic loans granted by banks in Brazil to Brazilian corporate clients under Resolution 3672 of 2008 were indexed to a foreign currency.

## B. SPECIAL RESOLUTION REGIMES

### General Aspects

Brazilian law provides for special arrangements to deal with distressed banks and other financial institutions, *i.e.* arrangements distinct from general corporate insolvency law,<sup>20</sup> which applies to financial institutions' failures only in a subsidiary manner. Three statutes deal with special resolution regimes (SRR) in Brazil: Act 6024 of 13 March 1974, Decree-Act<sup>21</sup> 2321 of 25 February 1987, and Act 9447 of 14 March 1997.<sup>22</sup> SRR apply indifferently to banks and non-banking financial institutions incorporated in Brazil, with the exception of federal government-controlled banks.<sup>23</sup> All three statutes give the CBB the exclusive power to conduct SRR in financial institutions,<sup>24</sup> without the need to consult with any other national authority.<sup>25</sup>

Up to 1997, Brazilian law did not specify the objectives of SRR, although there was a consensus as to the basic objective being to ensure the orderly resolution of failing financial institutions in a way that preserved macroeconomic stability, confidence in the financial system, and the rights of depositors and investors. Act 9447 of 1997, however, specifically stated financial stability and public interest objectives for reorganisation proceedings in distressed financial institutions, *viz* the objectives of ensuring the stability of the national economy and protecting the interests of depositors, investors, and other creditors (articles 5 and 6) and allowing the continuity of the business (article 6, III, *in fine*).

20 Act 11101 of 9 February 2005 provides for general corporate insolvency.

21 Under the previous Brazilian Constitution, the President of the Republic was allowed to issue emergency normative acts with the force of Acts of Congress, called Decree-Acts. Although the Constitution of 1988 does not provide for Decree-Acts, those issued previously to the Constitution remain in force until they are repealed by an Act of Congress.

22 Some important SRR powers were established by Act 9710 of 19 October 1998, which instituted the "Program of Incentives to the Restructuring and Strengthening of the National Financial System" (PROER). This Act is the result of a conversion into Act of Provisional Measure 1604-38 of 22 October 1998, itself the result of a series of provisional measures which began with Provisional Measure 1179 of 3 November 1995. According to the prevailing legal interpretation in Brazil, however, it is no longer possible to trigger PROER regimes, due to restrictions present in the Fiscal Responsibility Act.

23 Neither SRR (article 45 of Act 4595 of 1964 and article 1 of Act 6024 of 1974) nor general insolvency law (article 2, II of Act 11101 of 2005) apply to banks controlled by the federal Government, so that they are only subject to voluntary liquidation.

24 Hereafter, for the sake of convenience, banks and non-banking financial institutions, excluding federal government-controlled banks, will be referred to merely as "financial institutions".

25 Despite the statutes in force on SRR, a special workgroup within the CBB drafted a Bill on the liquidation and reorganization of financial institutions, which has been submitted to public consultation from 19 October to 18 December 2009 and is presently under analysis by the workgroup, prior to its presentation to the Board of Governors. Public Consultation Notice n. 34, of 2009, together with the full text of the Bill (both in Portuguese) is available at [https://www3.bcb.gov.br/audpub/Anexos/Download?caminho=/editais/edt\\_47/Edital-Audiência-Pública-34.pdf](https://www3.bcb.gov.br/audpub/Anexos/Download?caminho=/editais/edt_47/Edital-Audiência-Pública-34.pdf).

Specific statutory provisions on the liquidation of financial institutions in Brazil (that is to say, provisions distinct from general corporate insolvency law) date back to 13 March 1974, when Act 6024 was issued. This statute, which is still in force, gave the CBB the power to submit distressed financial institutions to an intervention process, besides setting forth a special regime for the liquidation of financial institutions.

According to Act 6024 of 1974, the intervention process is carried out by an agent with full management powers, appointed by the CBB either *ex officio* or upon request of the managers of the financial institution, when its bylaws allow them to do so. Intervention in a financial institution may take place as a result of the following occurrences:

- (a) Bad management of the financial institution which results in risks to its creditors;
- (b) Frequent violations of rules and regulations applicable to financial institutions; and
- (c) Facts which would authorize the filing of a petition for bankruptcy, when the CBB considers it not advisable to liquidate the financial institution right away.

Moreover, Act 6024 of 1974 gives the CBB the power to liquidate financial institutions, *ex officio* or upon request of the intervention agent appointed by the CBB or of the managers of the failing institution, when the institution's bylaws grant them the necessary powers. The liquidation process is conducted by a liquidator appointed by the CBB, and its triggers, according to article 15 of Act 6024 of 1974, are:

- (a) Occurrences that endanger the institution's economic or financial situation, including those that would authorize the declaration of bankruptcy;
- (b) Serious violations of statutes and regulations issued by the NMC and the CBB;
- (c) Losses that represent abnormal risks to the institution's unsecured creditors;
- (d) The institution's failure to begin its voluntary dissolution within 90 days from the cancellation of its authorization to operate.



If necessary to preserve popular savings or the assets of financial institutions under intervention or liquidation, the CBB may extend either the intervention process or the liquidation to companies which have bonds of interest with, or whose activities are integrated with those of, the failing financial institution (article 51 of Act 6024 of 1974).

Decree-Act 2321 of 25 February 1987, in its turn, introduced an alternative intervention process, beyond the one established by Act 6024 of 1974. This new intervention process, called “temporary special management regime” (TSMR), differs from the intervention process set by Act 6024 of 1974 in that it does not affect the ordinary course of business of the financial institution, but merely results in the loss of office of its managers and members of the audit committee, and their substitution by a board of directors appointed by the CBB. On the other hand, the intervention process of Act 6024 of 1974, as explained below, results in the suspension of the enforceability of the debts of the institution, including its deposits and other liabilities. According to Decree-Act 2321 of 1987, the CBB may institute a TSMR in a financial institution in view of any of the following occurrences:

- (a) Repeated performance of operations contrary to economic or financial policy guidelines established by federal law;
- (b) Existence of unfunded liabilities;
- (c) Noncompliance with the rules on Bank Reserve accounts held at the CBB;
- (d) Negligent or fraudulent management;
- (e) Any of the reasons which would allow an intervention process under Act 6024 of 1974.

Apart from these triggers, article 4 of Act 9447 of 14 March 1997 authorized the CBB to conduct TSMR also in the occurrence of any of the cases which would allow the *liquidation* of the financial institution under Act 6024 of 1974.

It is important to notice that the introduction of any of those regimes—intervention, TSMR, or liquidation—acts as a trigger for the payment of benefits related to the insurance of deposits and other liabilities of financial institutions

issued by the Credit Guarantee Fund.<sup>26</sup> The study of deposit insurance regulation in Brazil, however, falls outside the scope of this report.

An issue currently under study is whether CBB officials should have legal protection from personal liability for SRR decisions made in good faith. Brazilian law unfortunately does not as yet provide for such protection. Nevertheless, article 22 of Act 9028 of 12 April 1995<sup>27</sup> secures for all public servants the right to be represented by a public lawyer in any legal proceedings related to actions taken in the performance of their duties.

### **Reorganization Tools**

Brazilian law provides the CBB with some reorganization tools aiming at preserving or restoring the financial situation of distressed financial institutions. The most important of these tools were established by Act 9447 of 14 March 1997. Nevertheless, Decree-Act 2321 of 1987 already gave the CBB the power to adopt some measures aiming at the reorganization of financial institutions under TSMR. According to article 11 of Decree-Act 2321 of 1987, the CBB may, in view of proposal of the TSMR board of directors, authorize:

- (a) The transformation, merger, consolidation, acquisition, split-up, or transfer of corporate control of the financial institution, provided that the interested parties have presented sufficient guarantees;
- (b) The expropriation of shares of the capital stock of the financial institution by the federal government; or
- (c) The liquidation of the institution pursuant to Law 6024 of 1974.

The measures mentioned sub (a) and (b), though, were only available if the institution was under TSMR, which was seldom the case.

Under Act 9447 of 1997, on the other hand, the CBB has extensive powers to conduct reorganization proceedings on distressed financial institutions, in order

---

<sup>26</sup> The Credit Guarantee Fund (Fundo Garantidor de Créditos–FGC) is a non-profit private corporation. Its statute in force was established by NMC Resolution 3251 of 16 December 2004.

<sup>27</sup> As amended by article 50 of Act 9649 of 27 May 1998.

to ensure the stability of the national economy and the protection of the interests of depositors, investors, and other creditors of failing institutions. Article 5 of said Act authorizes the CBB to adopt the following measures, in view of any of the occurrences listed on articles 2 and 15 of Act 6024 of 1974 and article 1 of Decree-Act 2321 of 1987:<sup>28</sup>

- (a) Raising of additional capital by stockholders;
- (b) Transfer of corporate control; and
- (c) Corporate reorganization, including, but not limited to, by means of acquisitions, mergers, and split-ups.

At the discretion of the CBB, liquidation, intervention, or TSMR may follow in case the financial institution fails to comply with those requests.

Furthermore, according to Act 9447 of 1997, the intervention agent, the liquidator or the TSMR board of directors may, when authorized by the CBB, take any of the following steps in respect of financial institutions under SRR, when necessary to protect the national economy and the interests of depositors and investors:

- (a) Direct the transfer, in whole or in part, of assets, rights, and liabilities of the failing institution, or of its branches, to other companies;
- (b) Sell assets and rights of the failing institution to third parties, as well as contract with other companies the assumption of the institution's liabilities;
- (c) Constitute bridge companies to which to transfer, in whole or in part, assets, rights, and liabilities of the failing institution.

Finally, articles 10 and 11 of Act 9447 of 1997 provide for the expropriation of shares of the capital stock of a failing financial institution by the federal government, so as to place the institution in temporary public ownership, until the transfer of its corporate control to another market participant, by means of a public bidding process.

---

<sup>28</sup> That is to say, any of the triggers of the intervention process (article 2 of Act 6024 of 1974), the liquidation (article 15 of Act 6024 of 1974), or the TSMR (article 1 of Decree-Act 2321 of 1987).

## Legal Effects of SRR

The legal effects of SRR differ according to the type of regime. The effects of the intervention process provided for in Act 6024 of 1974 are the suspension of the enforceability of the debts of the institution, including its deposits, and the suspension of time to maturity of previous liabilities (article 6 of Act 6024 of 1974). On the other hand, TSMR, as already mentioned, has no effect on the normal course of business of the financial institution.

The liquidation of the financial institution, in its turn, has the following legal effects (article 18 of Act 6024 of 1974):

- (a) A stay on all lawsuits in respect of rights and interests of the institution, as well as a restriction on bringing new lawsuits to court;
- (b) Acceleration of payments owed by the institution;
- (c) Non-enforceability of penalty clauses in unilateral contracts which fell due in virtue of the liquidation;
- (d) Suspension of interest on the institution's debts until all of its liabilities have been met;
- (e) Interruption of the prescription of all debts of the institution; and
- (f) Non-enforceability of indexation clauses relating to debts of the institution, and of fines for breach of criminal or administrative law.

Both managers (article 40 of Act 6024 of 1974) and controlling shareholders (article 1 of Act 9447 of 1997) of failing financial institutions are jointly responsible for debts incurred by the institution during their tenure. Besides, the liquidation of a financial institution also results in the automatic freezing of the assets of its managers and controlling shareholders, until the final assessment of their liabilities (article 36 of Act 6024 of 1974; article 2 of Act 9447 of 1997). In addition, the NMC may, by proposal of the CBB, authorize the freezing of assets of other administrators, members of the audit committee and anyone who has contributed to the failure of the institution, up to the estimated amount necessary to cover the losses, as well as of anyone who has acquired goods from the managers of the institution, if there is evidence of fraud in the transaction.

Neither bankruptcy nor SRR, however, affect the exercise of close-out netting under master agreements, so that the liquidator of a failed financial institution would not be able to cherry pick contracts covered by this kind of agreement. Instead, the contracts in question must be honoured by the failed institution, according to article 30 of Provisional Measure 2192-70 of 24 August 2001.<sup>29</sup>

Similarly, bankruptcy and SRR have no effects on the transactions entered into by financial institutions in payment and settlement systems, which must be carried out and settled according to rules and regulations applicable to the system. In this case, any amounts obtained from the realization of assets listed as collateral by the financial institution must be used to meet its liabilities within the system (article 7 and 8 of Act 10214 of 27 March 2001).

---

<sup>29</sup> By virtue of article 2 of Constitutional Amendment 32 of 2001, all Provisional Measures which were in force previously to 12 September 2001, including this one, remain in force until they are repealed by an Act of Congress.

## **Parecer PGBC-125/2010**

Análise do efeito que se deve dar ao recurso administrativo interposto contra as decisões do Banco Central do Brasil proferidas por violação à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.

**Marcelo Madureira Prates**  
Procurador

**Nelson Alves de Aguiar Junior**  
Coordenador-Geral

**Haroldo Mavignier Guedes Alcoforado**  
Subprocurador-Geral

Parecer PGBC-125/2010  
Pt. 1001474187

Brasília, 12 de maio de 2010.

*PROCESSO ADMINISTRATIVO PUNITIVO – PENALIDADES  
APLICADAS COM BASE NA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO –  
RECURSO ADMINISTRATIVO – EFEITO SUSPENSIVO.*

Senhor Coordenador-Geral,

ASSUNTO

Trata-se de consulta formulada pelo Departamento de Controle e Análise de Processos Administrativos Punitivos (Decap) a respeito do efeito que se deve dar ao recurso administrativo interposto contra as decisões do Banco Central do Brasil proferidas por violação à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.

2. A consulta tem por base a ausência de norma expressa sobre o tema e a aparente divergência de critérios em relação aos procedimentos adotados pela Autarquia e pelo Conselho de Controle das Atividades Financeiras (Coaf). Como assinala o Chefe do Decap, “há dúvida quanto ao efeito a ser atribuído aos recursos contra decisões deste Banco Central quando a instância recursal é o Ministério da Fazenda, posto que, enquanto damos tratamento de efeito suspensivo, o Coaf, em recursos contra decisões sancionadoras previstas na mesma norma legal (Lei 9.613/98), confere efeito apenas devolutivo” (fl. 2).

3. Feito o breve relato, passo a opinar.

APRECIÇÃO

4. No caso, o Decreto nº 2.799, de 8 de outubro de 1998, que, além de aprovar e divulgar o Estatuto do Coaf, também estabelece regras sobre o processo

administrativo aplicável à apuração e punição das infrações administrativas previstas na Lei nº 9.613, de 1998 (arts. 14 a 23), silencia a respeito dos efeitos de eventual recurso administrativo na hipótese (art. 23<sup>1</sup>). Na mesma toada, a Resolução nº 1.065, de 5 de dezembro de 1985, que divulga o regulamento aplicável aos procedimentos punitivos desenvolvidos no Banco Central do Brasil e que, por força do disposto no parágrafo único do art. 14 do referido Decreto,<sup>2</sup> é aplicável à situação, tampouco cuida dos efeitos de recursos administrativos dessa espécie (Título 4, Capítulo 1, Seção 17).

5. Antes que nada, de se ter claro que, em se tratando de recursos administrativos, a regra é, de fato, a ausência de efeito suspensivo. Isso porque a ação administrativa e, por consequência, o atendimento do interesse público não podem ficar, na maior parte dos casos, paralisados à espera de que sejam discutidos em múltiplas instâncias todos os aspectos do seu proceder.

6. O **princípio constitucional da eficiência** está a exigir que o interesse público seja promovido de maneira organizada, no tempo adequado e com a menor restrição possível aos interesses particulares porventura relacionados. Ademais, o atributo da **autoexecutoriedade** permite à Administração executar as suas próprias decisões sem que haja a intermediação prévia do Poder Judiciário.

7. Por isso, se, no âmbito de um processo administrativo, determinada pretensão administrativa é discutida com as partes interessadas e, ao final, a Administração conclui que certa decisão é a que melhor atende àquela sua pretensão originalmente externada, a autoridade administrativa competente deve estar apta a fazer valer, de imediato, os efeitos dessa decisão.

8. Não é por outra razão que o *caput* do art. 61 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que disciplina os processos administrativos em geral no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe que “salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo”. Segue essa mesma linha, como salientado pelo Decap, o § 1º do art. 38 do Anexo à Portaria nº 330, de 18 de dezembro de 1998, por meio da qual o Ministro de Estado da Fazenda aprovou o Regimento Interno do Coaf.

---

1 “Art. 23. Das decisões do Coaf caberá recurso para o Ministro de Estado da Fazenda no prazo de quinze dias da ciência da decisão.”

2 “Art. 14. [...]”

Parágrafo único. O Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários, a Superintendência de Seguros Privados e demais órgãos ou entidades responsáveis pela aplicação de penas administrativas previstas no art. 12 da Lei nº 9.613, de 1998, observarão seus procedimentos e, no que couber, o disposto neste Estatuto.”



9. Isso, contudo, não implica dizer que, na ausência de norma legal que confira efeito suspensivo a recurso administrativo, a autoridade competente não possa, ela mesma, decidir por conceder tal efeito. O parágrafo único do art. 61 há pouco mencionado trata o tema da seguinte maneira:

Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.

10. Trazendo a norma para o caso específico da consulta, e já havendo fixado que a autoridade administrativa **pode**, por decisão sua e ainda que de ofício, deferir efeito suspensivo a determinados recursos administrativos, é de se avaliar, então, se o Banco Central do Brasil **deve** conceder efeito suspensivo aos recursos eventualmente interpostos contra suas decisões punitivas fundadas na Lei nº 9.613, de 1998.

11. Adianto, de pronto, que a resposta a essa questão é afirmativa e explico na sequência o porquê.

12. Em primeiro lugar, nos processos administrativos **de natureza punitiva**, saliente-se, o princípio da eficiência antes referido deve ceder espaço às regras de garantia dos interesses dos administrados. Como a pretensão administrativa nesses casos concretiza-se com a imposição de uma penalidade ao particular tido por infrator, a celeridade típica do agir administrativo deve ser moderada pela adoção de todas as formalidades que possibilitem adequada proteção dos bens e direitos dos particulares.

13. Mesmo porque, ressalvada a hipótese de incidência de prescrição por inatividade da própria Administração, não existe nesses casos risco de que o decurso do tempo impeça que o interesse público seja oportuna e convenientemente atingido. Ou, em outras palavras, o fato de a sanção não ser imediatamente aplicada não retira a eficácia e a oportunidade do poder administrativo sancionador. Ao contrário. A legitimidade desse poder depende diretamente de que se assegure aos supostos infratores “contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV, da Constituição da República).

14. Em segundo lugar, deve-se notar que o aguardo de que a decisão administrativa punitiva seja apreciada por instância hierarquicamente superior,

além de não oferecer risco de prejuízo para a Administração ou para terceiros, evita, isto sim, que se possam gerar prejuízos de difícil ou incerta reparação na esfera do particular sancionado em primeira instância administrativa.

15. De parte da Administração, é certo que ela poderá, antes mesmo de ser proferida uma primeira decisão sancionadora, recorrer à utilização de medidas de urgência para aplacar eventuais efeitos negativos produzidos pela prática de infrações tidas por graves, como previsto, *e.g.*, no art. 9º da Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997. Portanto, o fato de a autoridade administrativa esperar o exaurimento do duplo grau administrativo para que a sanção produza seus efeitos típicos não impossibilita nem dificulta que os interesses públicos porventura em causa sejam imediatamente resguardados.

16. Quanto a eventuais terceiros interessados em certo processo administrativo sancionador, é evidente que o seu interesse restringe-se a que o processo se desenvolva de maneira adequada e, quando muito, a que o infrator seja regularmente punido pela infração cometida. Se a punição virá em momento anterior ou posterior é questão que se coloca à margem dos seus interesses típicos, não podendo esses terceiros invocar prejuízo algum em razão da submissão da decisão administrativa a instância superior.

17. É, pois, somente em relação ao particular infrator que poderá haver **prejuízo de difícil ou incerta reparação** em razão da execução imediata de uma decisão sancionadora que ainda não é definitiva, já que elevada ao crivo de autoridade administrativa superior em face de considerações de legalidade e mérito (art. 56 da Lei nº 9.784, de 1999).

18. Há, como alertado pelo Decap, “evidente risco de prejuízo de difícil ou incerta reparação quando as decisões culminam com a aplicação da penalidade de inabilitação temporária para o exercício de cargos” (fl. 2). Estar-se-ia, no caso, impedindo um particular de exercer atividade profissional, direito constitucionalmente assegurado (inciso XIII do art. 5º), com base em decisão condenatória ainda precária. Até porque, como explicitado, para os casos extremos a Administração dispõe das medidas cautelares, que podem ser previamente utilizadas sem trazerem com elas o indesejável caráter de antecipação dos efeitos condenatórios.

19. Mais do que isso, a execução de decisão sancionadora ainda sujeita a recurso administrativo pode implicar, de imediato, prejuízos profissionais e

pessoais para o administrado punido que dificilmente poderão ser integralmente revertidos no futuro, quando do advento de eventual decisão reformadora da condenação inicial.

20. Assim, tem-se, de um lado, que o risco para a Administração e para terceiros em se aguardar a apreciação da decisão punitiva pela segunda instância administrativa é remoto, se não inexistente. De outro lado, tem-se que o risco para o administrado infrator em ser compelido a cumprir decisão condenatória ainda sujeita a recurso é concreto e apreciável, podendo mesmo chegar a ser de difícil ou incerta reparação.

21. Desse confronto de posições juridicamente relevantes, o equilíbrio será dado pela situação em que os riscos, mesmo que potenciais, sejam os menores possíveis para todas as partes envolvidas. Tal situação, como frisado, será aquela em que a execução da sanção imposta em primeira instância administrativa somente comece a gerar seus efeitos típicos após o julgamento do recurso administrativo interposto.

22. Em terceiro e último lugar, há também relevantes razões pragmáticas a favor da concessão de efeito suspensivo a recursos administrativos, como defendido por Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari:<sup>3</sup>

O fato é que a concessão de efeito suspensivo ao recurso pode ser um instrumento eficaz de alívio da sobrecarga do Poder Judiciário, melhor correspondendo ao espírito do princípio do duplo grau de jurisdição administrativa. Em termos práticos, normalmente é mais conveniente atribuir efeito suspensivo ao recurso administrativo, cuja decisão normalmente não é demorada, do que sujeitar-se a Administração aos efeitos de uma liminar concedida em sede judicial, dilargando por tempo infinitamente superior a solução da pendência.

## CONCLUSÃO

23. Por essa ordem de considerações é que entendo que o Banco Central do Brasil não somente pode, mas, sim, deve continuar conferindo efeito suspensivo

---

<sup>3</sup> *In Processo Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 185.

a todos os recursos administrativos interpostos contra decisões punitivas que tenham por fundamento as normas da Lei nº 9.613, de 1998.

À consideração de Vossa Senhoria.

*Marcelo Madureira Prates*

*Procurador*

De acordo.

Ao Sr. Subprocurador-Geral titular da Câmara de Contencioso Administrativo e Consultoria Penal (CC4PG).

*Nelson Alves de Aguiar Junior*

*Coordenador-Geral*

Aprovo o judicioso parecer da Copad, que bem examina a matéria, aplicando a melhor técnica de interpretação, à luz dos princípios e garantias constitucionais.

2. À míngua de previsão expressa na Lei nº 9.613, de 1998, a respeito do efeito dos recursos voluntários interpostos contra as decisões condenatórias de primeiro grau, omissão igualmente verificada no Decreto nº 2.799, de 1998, há de se reconhecer a aplicação subsidiária da Lei nº 9.784, de 1999, no que couber, conquanto nem todas as suas disposições sejam voltadas para o processo punitivo.

3. De qualquer forma, ainda que admitamos que o efeito meramente devolutivo do recurso, estabelecido como regra geral pela norma supletiva, tem lugar também quando a decisão recorrida resultar na aplicação de sanção, em que pesem todos os argumentos expostos a demonstrar que, nesse caso, a regra deveria ser o efeito suspensivo, o fato é que a própria Lei nº 9.784, de 1999, traz a solução que melhor se adéqua aos processos da espécie, ao prever a possibilidade de a autoridade recorrida, ou aquela a quem se dirige o recurso, dar a ele o efeito suspensivo, de ofício ou a requerimento do interessado, para evitar prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução da decisão. Mesmo em

relação aos processos administrativos conduzidos no âmbito do Coaf, tenho que a Portaria n.º 330, de 1998, do Ministro da Fazenda, tão-somente reafirma a regra geral, sem, contudo, excluir a possibilidade de concessão do efeito suspensivo.

4. Assim sendo, acompanhando o pronunciamento jurídico emitido pela Copad, entendo que a prática ora adotada pelo Banco Central, de conferir efeito suspensivo aos recursos interpostos das decisões aplicadas com base na Lei n.º 9.613, de 1998, encontra amparo no parágrafo único do art. 61 da Lei n.º 9.784, de 1999, de aplicação subsidiária.

5. Não obstante, recomendo que sempre que for consignado nos autos que o recurso é recebido no duplo efeito (devolutivo e suspensivo), seja também indicado o fundamento legal que lhe dá suporte.

Encaminhe-se ao Decap.

*Haroldo Mavignier Guedes Alcoforado*  
*Subprocurador-Geral*

## Petição PGBC-2222/2010

Manifestação do Banco Central como *amicus curiae* na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 165-0/DF, relativa à constitucionalidade dos planos econômicos adotados entre 1986 e 1991 – Planos Cruzado, Bresser, Verão, Collor I e Collor II.

**Flávio José Roman**  
Subprocurador-Geral substituto

**Francisco José de Siqueira**  
Procurador-Geral

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, VICE-PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA:

MEMORIAL DO BANCO CENTRAL

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL  
Nº 165-0/DF**

ARGUENTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO SISTEMA FINANCEIRO  
(CONSIF)

*AMICI CURIAE*: BANCO CENTRAL DO BRASIL E OUTROS

CONSTITUCIONALIDADE DOS PLANOS ECONÔMICOS ADOTADOS  
ENTRE 1986 E 1991 – PLANOS *CRUZADO*, *BRESSER*, *VERÃO*, *COLLOR I E  
COLLOR II*

RELATOR: MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

EMINENTE VICE-PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA,

Por ocasião de audiência concedida à Procuradoria-Geral do Banco Central, no dia 22 de fevereiro de 2010, foi discutida com Vossa Excelência a matéria econômica referente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 165-0/DF, cujos autos ora se encontram nessa Procuradoria-Geral da República para a coleta de seu pronunciamento.

2. Na oportunidade, foram suscitados aspectos não abordados por esta Procuradoria-Geral em seus anteriores pronunciamentos nos autos da ADPF.

Com efeito, para viabilizar a melhor elucidação dos aspectos econômicos referentes ao assunto, novos estudos foram solicitados aos setores técnicos competentes do Banco Central, ora compilados no presente memorial.

### A CONCENTRAÇÃO DOS VALORES DEPOSITADOS EM CADERNETAS DE POUPANÇA

3. Após a manifestação do Banco Central nos autos da ADPF nº 165-0/DF, na qualidade de *amicus curiae*, foram agitados dois argumentos, mediante os quais se tem procurado evidenciar o seguinte: (a) o impacto potencial macroeconômico apurado pelo Ministério da Fazenda e levado aos autos por iniciativa do Banco Central estaria superestimado, pois nem todos os poupadores, em especial aqueles com poucos recursos depositados, insurgiram-se contra a remuneração legal; e (b) a defesa da constitucionalidade dos planos econômicos seria articulada em favor das grandes instituições financeiras, em detrimento dos interesses dos pequenos poupadores.

4. Com efeito, o memorial ofertado pelo Banco Central ao Supremo Tribunal Federal fez-se acompanhar de nota técnica denominada **Ações judiciais indenizatórias envolvendo planos econômicos entre 1987 e 1991**, de 18 de novembro de 2008, elaborada pela Secretaria Extraordinária de Reformas Econômicas e Fiscais do Ministério da Fazenda, mediante a qual se apurou o impacto potencial macroeconômico das ações. Referida Nota assevera expressamente que “o custo potencial das ações relativas aos planos econômicos monta a mais de R\$ 105 bilhões, dos quais R\$35 bilhões relativos à CAIXA [Econômica Federal], valor que corresponde a cerca de três vezes o patrimônio líquido da instituição.” (fl. 1.891 dos autos judiciais). A Nota Técnica Dipec-2009/250, de 7 de abril de 2009, da Diretoria de Política Econômica do Banco Central, que também foi anexada ao memorial elaborado pela Procuradoria-Geral do Banco Central, acentua:

Um exercício contábil com vistas a identificar, ainda que de modo aproximado, o impacto potencial das ações relativas aos planos econômicos



aponta para algo em torno de R\$ 105,9 bilhões (3,6% do PIB). Note-se que esse exercício contempla apenas responsabilidades associadas a caderneta de poupança. Cerca de um terço desse valor (R\$35,2 bilhões, 1,2% do PIB) corresponderia a valores atribuídos à Caixa Econômica Federal (CEF), montante que equivaleria a aproximadamente três vezes o patrimônio líquido dessa instituição. As responsabilidades das demais instituições são estimadas em R\$70,7 bilhões (2,4% do PIB).

Considerando que nessa estimativa não estão considerados as responsabilidades por outros ativos indexados, em especial os do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), administradas pela CEF, o impacto potencial dessas ações pode ser considerado preocupante, dadas as repercussões possíveis sobre o sistema financeiro, sobre as finanças públicas e, conseqüentemente, sobre o crescimento e o emprego no País. (fl. 1.878 dos autos judiciais).

5. É fato, portanto, que o Banco Central e o Ministério da Fazenda apuraram, na data-base de setembro de 2008, um impacto macroeconômico potencial superior a R\$105 bilhões para as ações envolvendo os planos econômicos editados entre 1986 e 1991. Aliás, cabe consignar que o próprio Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), com base nos mesmos dados econômicos, embora ressalte que discorda das premissas adotadas nos cálculos constantes das referidas notas, apurou valor superior a R\$102 bilhões,<sup>1</sup> cifra bastante próxima àquela demonstrada em estudos do Banco Central e do Ministério da Fazenda.

6. O valor apurado não contempla a incidência de expurgos inflacionários previstos no **Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal**.<sup>2</sup> Assim, uma condenação para pagamento de diferença de correção monetária referente ao plano **Cruzado** faz incidir expurgos referentes aos planos **Bresser**, **Verão**, **Collor I** e **Collor II** (expurgo sobre expurgo). A propósito, a estimativa também não inclui os valores atinentes às ações de plano **Cruzado**. Por essas razões, já se pode observar que o montante será provavelmente superior.

---

1 Esse documento do Idec foi enviado ao Supremo Tribunal Federal por meio da Petição PGBC-12681/2009, de 21 de dezembro de 2009.

2 Disponível em [http://aplicaext.cjf.jus.br/phpdoc/sicomo/arquivos/pdf/manual\\_de\\_calculos\\_JE.pdf](http://aplicaext.cjf.jus.br/phpdoc/sicomo/arquivos/pdf/manual_de_calculos_JE.pdf). Cf. Capítulo IV – Liquidação de Sentença, item 1.2. Correção Monetária, 1.2.1. Expurgos Inflacionários.

7. Entretanto, algumas entidades de defesa do consumidor têm tentado desmerecer o impacto apontado. Indicam, pois, valores menores que os apontados, sob o argumento de que um grande número de poupadores, em razão das pequenas importâncias que possuíam, não irá insurgir-se contra as instituições financeiras para reaver os valores envolvidos nas demandas. Vale dizer, a relação custo/benefício tornaria desinteressante a propositura da demanda judicial.

8. A esse propósito, cumpre destacar, por primeiro, que não cabe ao Banco Central fazer qualquer juízo sobre a conveniência dos poupadores em propor ou não demandas contra as instituições financeiras. Com efeito, se é verdade que a grande maioria dos poupadores não exerceu ainda o direito constitucional de acesso ao Poder Judiciário para reivindicar tais valores, também é certo que poderá fazê-lo ao final do julgamento das ações civis públicas atualmente em andamento. Aliás, a petição inicial da Consif destaca várias dessas ações. Nessa oportunidade, cumprirá apenas apresentar os documentos necessários, ou solicitá-los às instituições financeiras, com amparo no art. 475-B, § 1º, do Código de Processo Civil.<sup>3</sup> Logo, o volume de poupadores atualmente em litígio mediante ações individuais não reflete necessariamente o número de poupadores que poderão efetivamente receber as diferenças de remuneração pretendidas.

9. Não fosse esse argumento suficiente, seria necessário destacar, com a maior ênfase, a concentração dos valores depositados em caderneta de poupança. As tabelas a seguir ilustram a concentração do volume de recursos em poupança na mão de poucos depositantes.

---

3 CPC: "Art. 475-B. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo. § 1º Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até trinta dias para o cumprimento da diligência."

**Distribuição do número de contas e do saldo em depósitos de poupança,  
segundo faixa de valor**

	até R\$100	de R\$100 a R\$500	de R\$500 a R\$5000	acima de R\$5000	Total	%
<b>Contas</b>						
1994	62,1	22,4	13,9	1,6	100,0	
2000	45,2	20,1	25,2	9,5	100,0	
2009	54,2	14,0	20,1	11,7	100,0	
<b>Saldos</b>						
1994	2,8	10,8	39,2	47,2	100,0	
2000	0,4	2,0	18,1	79,5	100,0	
2009	0,2	1,0	10,7	88,1	100,0	

**Distribuição do número de contas e do saldo em depósitos de poupança,  
segundo faixa de valor – Dez/2009**

	Nº de contas	Saldo total
<b>Até R\$ 100</b>	<b>54,2%</b>	<b>0,2%</b>
<b>Acima de R\$ 30 mil</b>	<b>2,4%</b>	<b>56,2%</b>

10. Como se pode observar na primeira tabela, as contas com valores superiores a R\$5.000,00 (cinco mil reais), em 1994, representavam 1,6% do total de contas, perfazendo mais de 47,2% do volume de recursos. Já em 2009, o número de contas com valores superiores a R\$5.000,00 representava 11,7% do total de contas e 88,1% do volume total de recursos depositados.

11. Na segunda tabela se pode observar que, em dezembro de 2009, as contas com valor até R\$100,00 (cem reais) representam 54,2% do número de contas e apenas 0,2% do volume de recursos, enquanto as cadernetas de poupança com valor superior a R\$ 30 mil representam 2,4% do número de contas e expressivos 56,2% do volume total de recursos em poupança.

12. Embora o Banco Central não disponha de dados relativos ao período em que editados os planos econômicos, não é demais supor que a distribuição dos recursos depositados em poupança revelava concentração ainda maior que a atual. Afinal, o chamado “imposto inflacionário” corroía justamente os ganhos da população mais carente, sem acesso a mecanismos financeiros de preservação dos

ganhos contra o fenômeno inflacionário. Daí por que a inflação “já foi chamada de um Robin Hood às avessas, porque tira dos pobres para dar aos ricos.”<sup>4</sup>

13. Portanto, é completamente despropositado suportar uma grave redução do valor estimado para o impacto macroeconômico do julgamento da APDF nº 165-0/DF com amparo apenas na alegação de que um grande número de depositantes não irá fazer valer seu direito de ação. Esse argumento ignora o perfil de concentração dos valores depositados em caderneta de poupança. Mais correto parece supor que justamente os maiores depositantes – ainda que em número reduzido – buscarão ou já buscaram tutela jurisdicional para pleitear diferenças entre índices legais de remuneração e outros mais convenientes às suas circunstâncias particulares. Com efeito, ainda que uma grande massa de pequenos depositantes deixe de reivindicar os supostos direitos adquiridos a determinados índices de correção, esse fato não é suficiente para reduzir, de forma significativa, o volume de recursos envolvidos nas ações de planos econômicos, em razão da concentração dos valores nas mãos de poucos e bem aquinhoados depositantes.

14. Esse dado – a concentração de recursos depositados em poupança – também escancara que a atuação do Banco Central nos autos da ADPF nº 165-0/DF, em favor da constitucionalidade dos planos econômicos, não se faz em desfavor ou contra os interesses dos pequenos poupadores, pois, como se evidenciou, são justamente grandes poupadores que constituem a classe mais representativa no caso. Não é preciso, portanto, proclamar que a improcedência da arguição prestigiaria interesses de cidadãos com poucos recursos.

15. Nessas condições, permanecem incólumes os argumentos indicados pelo Banco Central para explicitar as razões de seu ingresso na arguição em apreço na defesa da constitucionalidade dos planos de estabilização monetária.<sup>5</sup>

---

4 NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 309.

5 Destaca-se trecho do memorial ofertado ao Supremo Tribunal Federal (Petição PGBC 3440/2009, de 6 de abril de 2009): “7. Presente, pois, a oportunidade de debelar esses efeitos nocivos, que vão do comprometimento da máquina jurisdicional ao da segurança jurídica em relação ao significado de garantias e de competências políticas fundamentais – essas ligadas ao controle da inflação –, passando pela incerteza quanto ao impacto do desfecho de milhares e milhares de ações condenatórias sobre o Sistema Financeiro Nacional, em especial no que concerne à oferta de crédito, impõe-se reconhecer a repercussão da causa sobre interesses públicos confiados ao Banco Central. 8. Assim, tendo em vista que o controle da inflação e a higidez do sistema financeiro consubstanciam temas essencialmente afeitos aos labores desta autarquia, fato que por si só já reclamaria sua presença na ação para trazer contributos ao deslinde da causa, e considerando o manifesto interesse jurídico da autoridade monetária em demonstrar a constitucionalidade das normas que implementaram os planos econômicos mencionados, o Banco Central requer o seu ingresso no feito como *amicus curiae*, apresentando as razões que seguem anexas.”

A defesa da constitucionalidade dos planos monetários editados entre 1986 e 1991 tem em mira a defesa do Sistema Financeiro Nacional, bem-comum associado ao “desenvolvimento equilibrado do País” e aos “interesses da coletividade” (art. 192 da Constituição Federal). Tal sistema não se confunde com a figura dos empresários que nele atuam e, portanto, não deveria despertar, quanto à apreciação de suas questões – de ordem pública –, a mesma reserva com que comumente são avaliados os interesses particulares daqueles empresários.

### A APLICAÇÃO DOS RECURSOS DE POUPANÇA E A AUSÊNCIA DE RELAÇÃO COM OS LUCROS DOS BANCOS

16. Outro argumento que se tem agitado para embargar a procedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental em discussão é a referência aos lucros obtidos pelas instituições financeiras. Nesse sentido, a decisão liminar proferida pelo relator, Ministro Ricardo Lewandowski, ao ensejo do julgamento do pedido de cautelar, traz referência expressa a tais fatos:

Corroborar, ainda, o fundamento de que não existem elementos que demonstrem o *periculum in mora*, o fato de o segmento econômico representado pela arguente ter obtido índices de lucratividade bem maiores que a média da economia brasileira.

Pesquisa realizada pela empresa de informação financeira Economática mostra que o resultado de 15 instituições financeiras no terceiro trimestre de 2008 foi maior que a soma de 201 empresas de outros segmentos: R\$ 6,92 bilhões ante R\$6,01 bilhões ([http://www.estadao.com.br/economia/not\\_eco283221,0.htm](http://www.estadao.com.br/economia/not_eco283221,0.htm)).

Apenas para ilustrar a questão, menciono o lucro líquido das principais instituições financeiras nacionais do ano de 2008. O Banco do Brasil registrou lucro líquido de R\$8,8 bilhões, o Bradesco, R\$7,6 bilhões, o Itaú Unibanco, R\$7,8 bilhões e a Caixa Econômica Federal, R\$3,8 bilhões (Folha OnLine de 19/2/2009, 2/2/2009, 25/2/2009 e 12/2/2009).

Por sua vez, esses elevados rendimentos proporcionaram ao segmento financeiro a constituição de patrimônio suficientemente sólido para garantir o adimplemento de suas obrigações com os correntistas e poupadores.

De acordo com informações disponíveis na página eletrônica da Febraban – Federação Brasileira de Bancos, o patrimônio líquido do sistema

bancário brasileiro, entre 1995 e 2006, ano em que a argente afirma que se intensificaram os processos judiciais sob exame, passou de R\$58.837 bilhões para R\$186.240 bilhões. Já entre 2006 e 2008, último balanço divulgado por aquela fonte, esse valor foi ampliado para R\$283.796 bilhões. (De acordo com o § 1º do art. 6º da Lei 9.882/1999, “Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, com audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.” Portal de Informações – Febraban – Banco Consolidado do Sistema – [http://www.febraban.org.br/bd/bd.asp?id\\_pastaMA=13](http://www.febraban.org.br/bd/bd.asp?id_pastaMA=13)).

Ressalto, ainda, que consta das notas explicativas e demonstrações contábeis relativas ao período de 2007-2008 dos dez maiores bancos nacionais – Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Bradesco, Itaú, Santander, Nossa Caixa e HSBC Bank Brasil - provisão para os Planos Bresser, Verão e Collor. (Conforme consta dos respectivos sítios eletrônicos).

17. Sobre a questão, cabe destacar que os lucros das instituições financeiras, *data venia*, não guardam relação direta com a existência ou não de direito dos poupadores à remuneração pretendida com base em índices de inflação diferentes daqueles previstos na legislação de regência. Portanto, criar uma relação entre a capacidade dos bancos em arcar com eventual condenação e o direito a essa prestação dela resultante é fugir do debate jurídico e econômico sobre a existência do direito dos poupadores. Por outro lado, não se pode condenar as empresas financeiras em razão de sua eficiência e de sua lucratividade. Ora, os lucros das empresas, seja no setor financeiro, seja em qualquer outro setor da economia, não devem ser objeto de repúdio pelos órgãos do Estado.<sup>6</sup>

18. Cumpre destacar que os lucros das instituições que integram o sistema financeiro não destoam dos de outros setores econômicos. As três tabelas a seguir

---

6 Caberia lembrar, nesse passo, a seguinte passagem da obra do Visconde de Mauá: “Desgraçadamente entre nós entende-se que empresários devem perder, para que o negócio seja bom para o Estado, quando é justamente o contrário”. Irineu Evangelista de Sousa, barão e visconde de Mauá, Exposição do visconde de Mauá aos credores de Mauá & Cia. e ao público, citado por CALDEIRA, Jorge. Mauá: empresário do império. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 31. Efetivamente, “o lucro dessas empresas [os bancos], em princípio, é muito bem-vindo, até porque revela aptidão para a promoção daqueles propósitos sociais indicados pela Constituição. Ora, é preciso que as instituições sejam eficientes (lucrativas), para, então, procurar inculir-lhes uma atuação que contribua para se alcançarem certos objetivos socialmente desejáveis.” ROMAN, Flávio José. “Normas constitucionais de justiça social: incidência e eficácia no sistema financeiro”. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, dez., 2008, v. 2, n. 2, p. 93.

transcritas comprovam essas afirmações: o setor bancário não é o mais lucrativo da economia brasileira, nem os bancos compõem, isoladamente, o grupo de maiores empresas da economia brasileira. Há, pois, empresas, em outros setores, tão ou mais lucrativas que as instituições financeiras.

Tabela 1

## Maiores empresas brasileiras por lucro líquido em 2008

Empresa	Setor de Atividade	R\$ milhões
1. Petrobrás	Petróleo e Gás	36.469,50
2. Vale	Mineração	21.279,00
3. Banco do Brasil	Bancos	8.802,90
4. Itaú Unibanco	Bancos	8.370,90
5. Bradesco	Bancos	7.620,20
6. CSN	Metalurgia e Siderurg	4.675,50
7. Caixa	Banco	3.883,30
8. Usiminas	Metalurgia e Siderurg	3.248,80
9. Ambev	Bebidas e Fumo	3.059,40
10. Santander	Bancos	2.759,00
11. Bradesco Seguros	Seguros Gerais	2.602,00
12. Arcelor Mittal Brasil	Metalurgia e Siderurg	2.571,20
13. Telefonica São Paulo	Telecomunicações	2.420,00
14. Itaipu Binacional	Energia Elétrica	2.060,90
15. Fiat Automóveis	Veículos e Peças	1.873,40
16. Bradesco Vida e Previdência	Previdência e Vida	1.588,20
17. Telemar	Telecomunicações	1.520,50
18. Gerdau Aços Longos	Metalurgia e Siderurg	1.452,60
19. Chesf	Energia Elétrica	1.437,30
20. Visanet	Serviços Especializa	1.393,80

Fonte: Valor 1000 - Edição 2009, em Valor Econômico, ago-2009

Tabela 2

## Maiores empresas por patrimônio líquido em 2008

Empresa	Setor de Atividade	R\$ milhões
1. Petrobrás	Petróleo e Gás	14.4051,10
2. Vale	Mineração	96.275,00
3. Itaú Unibanco	Bancos	46.182,80
4. Bradesco	Bancos	34.578,00
5. Banco do Brasil	Bancos	29.937,10
6. Santander	Bancos	23.520,00
7. BM&FBovespa	Serviços Especializ	19.291,70
8. Ambev	Bebidas e Fumo	17.278,10
9. Arcelor Mittal Brasil	Metalurgia e Sideru	15.730,90
10. Usiminas	Metalurgia e Sideru	15.110,70
11. Fumas	Energia Elétrica	13.681,50
12. Chesf	Energia Elétrica	12.773,20
13. Caixa	Bancos	12.704,70
14. Sabesp	Água e Saneament	10.492,40
15. Telefonica São Pa	Telecomunicações	10.045,70
16. Telemar	Telecomunicações	9.984,20
17. Metrô-SP	Transporte e Logisti	9.894,00
18. Oi	Telecomunicações	8.807,00
19. Namisa	Mineração	8.093,30
20. CESP	Energia Elétrica	7.904,50

Fonte: Valor 1000 - Edição 2009, em Valor Econômico,

Tabela 3 – Retorno do Patrimônio Líquido Ajustado

Setores	PERÍODO								Média 2001-2008
	2008	2007	2006	2005	2004	2003	2002	2001	
Mineração	25,4	30,3	32,1	37,9	29,9	29,9	9,8	9,3	25,6
Siderurgia e Metalurgia	17,6	20,2	20,8	19,5	30,8	26,1	6,8	11	19,1
Bens de Capital	14,1	21,5	22,7	22,4	25	-28,4	22,7	16,5	14,6
Serviços	14,1	19,2	20,3	22,2	13	13,4	-8,4	12,5	13,3
Farmacêutico	6,6	24,6	27,3	24,4	21,8	11,9	-37,9	0,6	9,9
Atacado	26,1	-22,4	-25,3	18,9	18	28,1	16,9	16,3	9,6
Bens de Consumo	-11,3	-1,2	7,8	17,8	13,5	46,5	-2,8	3,4	9,2
Indústria da Construção	11,1	13,3	7,1	-2,8	13,8	15,8	-3,8	9	7,9
Varejo	17,3	2,8	10,5	9,8	9	-5,3	-0,4	-2,7	5,1
Papel e Celulose	-38,5	10,6	13,7	17,3	20,1	17,4	-7	6,4	5
Sistema Bancário	19,8	24,8	22,8	22,5	18,9	16,7	21,6	-15	18,2

Fonte: Exame, Melhores & Maiores (www.melhoresemaiores.com.br)

19. Portanto, a relação entre lucros – supostamente exorbitantes – e direito à remuneração por índice de correção monetária destoante da previsão legal também não se sustenta.

20. A questão ganha ainda mais relevo quando se apura, de maneira específica, a rentabilidade dos bancos no que toca à remuneração dos recursos captados em poupança. É que a captação desses recursos implica, por força de previsões legais e regulamentares, a necessidade de que a instituição invista os recursos obtidos em determinadas operações de forte interesse público, especialmente no setor habitacional. Assim, durante a vigência dos planos econômicos (1986 a 1991) os recursos captados em poupança eram direcionados, na proporção de 60% a 70%, para o financiamento habitacional. Tais operações, por natureza de longo prazo, além de representarem elevado risco de crédito para as instituições credoras em ambientes de instabilidade econômica, eram altamente reguladas, notadamente no que concerne às taxas de juros máximas aplicáveis. Ou seja, nas operações de financiamento habitacional obrigatórias, como aquelas lastreadas com recursos dos depósitos de poupança, os juros cobrados dos mutuários, em função dos limites regulamentares, de modo geral, não incorporavam a relação necessária com o risco de crédito observado à época. Ademais, tal situação regulamentar, ao limitar a diferença entre os custos de captação e a aplicação das instituições financeiras, restringia o retorno das instituições com operações ativas lastreadas nos depósitos em apreço.

21. Como agravante do cenário descrito, outra parcela dos recursos, na proporção de 15% a 25%, compunha encaixe obrigatório, vale dizer, era recolhida ao Banco Central e recebia remuneração equivalente à da poupança. Essa parcela dos recursos, portanto, representava ganho “zero” para as instituições financeiras, pois a remuneração recebida era exatamente a mesma devida ao poupador. Pode-se dizer, inclusive, que em relação a essa parcela as instituições financeiras suportavam prejuízo, pois, além de não receberem qualquer remuneração adicional, tinham que arcar com todos os gastos com pessoal e material para a manutenção das contas.

22. Enfim, restava uma terceira parcela de recursos livres das instituições financeiras para aplicação em outras modalidades de operações, na proporção de apenas 15% a 20%. Essa terceira parcela tinha como objetivo principal equilibrar financeiramente a operação (incluindo despesas administrativas e operacionais)



e, ao mesmo tempo, prover as instituições financeiras de um colchão de liquidez para fazer frente a eventuais demandas de saques dos poupadores. É importante enfatizar que à época dos planos econômicos o risco do financiamento imobiliário era extremamente elevado, apresentando inadimplência, em alguns momentos, superior à taxa de 16%.

23. Apenas para se ter um dado comparativo sobre as taxas de inadimplência no tempo, é oportuno registrar que, após a criação de novos mecanismos contratuais, como a alienação fiduciária de imóveis, o risco das operações de financiamento imobiliário reduziu-se de forma significativa: hoje as taxas de inadimplência no setor se apresentam em patamar inferior a 7%.

24. Portanto, na captação de poupança, as instituições financeiras estavam, em razão desses normativos, bastante limitadas na obtenção de lucros; os direcionamentos de aplicação, determinados em função de interesses públicos relevantes, em especial do financiamento habitacional, restringem a capacidade de ganho dos estabelecimentos bancários. A tabela a seguir sintetiza os direcionamentos obrigatórios das instituições financeiras no período.

<b>Resolução</b>	<b>Instituições sujeitas ao direcionamento</b>	<b>% dos depósitos de poupança direcionado ao Financiamento habitacional</b>	<b>% Encaixe Obrigatório</b>	<b>% Recursos de livres</b>
Res. 1.090/1986	as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo e as caixas econômicas	60%	25%	15%
Res. 1.220/1986	as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo e as caixas econômicas	60%	20%	20%
Res. 1.221/1986	as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo e as caixas econômicas	60%	20%	20%
Res. 1.361/1987	as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo e as caixas econômicas	60%	20%	20%

Res. 1.446/1988	as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo e as caixas econômicas	65%	15%	20%	
Res. 1.520/1988	as sociedades de crédito imobiliário, as associações de poupança e empréstimo e as caixas econômicas	AC, AL, AM, BA, CE, MA, PA, PB, PE, PI, RN, RO, SE e Territórios Federais	70%	10%	20%
		Demais Unidades da Federação	65%	15%	20%
Res. 1.980/1993	o sistema brasileiro de poupança e empréstimo (SBPE) é integrado pelos bancos múltiplos com carteira de crédito imobiliário, pelas caixas econômicas, pelas sociedades de crédito imobiliário e pelas associações de poupança e empréstimo.	70%	15%	15%	

25. Sob outra ótica, convém assinalar que os fatores de deflação, contra os quais se insurgem os poupadores, também foram aplicados aos financiamentos habitacionais concedidos pelas instituições financeiras. A tabela a seguir destaca que as regras de deflação aplicadas à poupança também vigoraram para a remuneração dos contratos de financiamento imobiliário.

Resolução / Lei	REDAÇÃO DO ITEM OU ART.
Res. 1.253, de 28 de janeiro de 1987	Item II - alterou o item III da Resolução nº 1.221, de 1986, que passou a vigorar com a seguinte redação: "III - As operações de financiamento imobiliário, de que trata esta Resolução, terão cláusula de atualização vinculada aos índices de atualização dos depósitos de poupança."
Res. 1.361, de 30 de julho de 1987	XIV - os saldos das operações de financiamento imobiliário, de que trata esta Resolução, terão cláusulas de atualização vinculadas aos índices de atualização dos depósitos de poupança
Res. 1.446, de 5 de janeiro de 1988	XVI - os saldos as operações de financiamento imobiliário, de que trata esta Resolução, terão cláusula de atualização vinculada aos índices de atualização dos depósitos de poupança.

---

Lei nº 8.177, de 1º de março  
de 1991

em seu art. 18, § 2º, estabeleceu que :

§ 2º Os contratos celebrados a partir da vigência da medida provisória que deu origem a esta lei pelas entidades mencionadas neste artigo, com recursos de Depósitos de Poupança, terão cláusula de atualização pela remuneração básica aplicável aos Depósitos de Poupança com data de aniversário no dia de assinatura dos respectivos contratos

---

26. Logo, as instituições financeiras não poderiam cobrar dos mutuários do sistema habitacional outros índices de correção que não os legalmente previstos. Não cabe, portanto, o argumento de que as instituições financeiras lucraram ou se apropriaram da diferença de remuneração. Em verdade, a concessão aos poupadores dos índices de correção sem previsão legal implicaria desequilíbrio nas contas das instituições financeiras, pois elas não foram autorizadas a cobrar dos mutuários valores não-deflacionados. Com efeito, pois, não podem a ser obrigadas a remunerar a captação de recursos com índices não deflacionados.

#### O JULGAMENTO DA ADPF E SEUS PROVÁVEIS EFEITOS SOBRE AS PROVISÕES E CONTINGÊNCIAS PASSIVAS

27. Outro argumento que se tem advogado contra as Notas Técnicas anexadas ao memorial do Banco Central e, em especial, contra a projeção sobre o potencial impacto macroeconômico do julgamento da arguição se refere ao fato de que o pagamento das diferenças pelas instituições financeiras aconteceria de forma diluída no tempo, em razão da demora dos processos de conhecimento e dos procedimentos para cumprimento de sentença. A tese, à primeira vista, até pode impressionar, mas não resiste à crítica.

28. Efetivamente, não se pode, por primeiro, ignorar que a decisão de improcedência da arguição, tal qual a decisão de procedência, possui eficácia vinculante *erga omnes*, em razão do caráter dúplice da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Logo, uma decisão pela improcedência certamente precipitaria o julgamento das ações individuais e das ações civis públicas atualmente em curso: a viabilidade de eventuais recursos judiciais pelas instituições financeiras contra as sentenças condenatórias seria

prontamente eliminada, capaz apenas de aumentar a parcela de juros devidos pelos bancos por força da condenação, pois as decisões judiciais a serem proferidas deveriam refletir necessariamente a conclusão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que seriam inconstitucionais os planos econômicos editados entre os anos 1986 e 1991.

29. Outro ponto, entretanto, revela com maior lucidez, ainda, que os impactos serão sentidos por toda a sociedade – não se restringindo apenas ao setor bancário – de forma contundente, logo após o julgamento da arguição, não se permitindo o argumento de que, como o pagamento será diluído no tempo, os impactos serão amenizados. É o que se explica na sequência.

30. As instituições financeiras estão submetidas a determinadas regras sobre provisões e contingências passivas. Assim, a existência de uma demanda judicial contra certa instituição financeira poderá determinar de imediato a provisão do valor discutido em juízo. Atualmente, as instituições financeiras devem obediência às normas previstas na Resolução CMN nº 3.823, de 16 de dezembro de 2009, que regula a matéria, antes disciplinada pela Resolução CMN nº 3.535, de 31 de janeiro de 2008.<sup>7</sup>

31. Em síntese, o normativo em referência estabelece que uma provisão deva ser reconhecida quando satisfeitas, cumulativamente as seguintes condições: a) tenha a entidade uma obrigação presente (legal ou não-formalizada) como resultado de evento passado; b) seja provável a saída de recursos que incorporam benefícios econômicos para liquidar a obrigação; e c) possa ser feita estimativa confiável do valor da obrigação. Para melhor exemplificar o procedimento contábil adotado pelas instituições, apresenta-se, a seguir, esquema gráfico, contendo o processo que deve ser seguido para determinar o tratamento é aplicável para cada um dos casos:

---

7 A edição da Resolução CMN nº 3.823, de 2009, procurou ajustar os procedimentos para aproximá-los dos padrões do International Accounting Standards Board. Mas manteve, em linhas gerais, os procedimentos de reconhecimento, mensuração e divulgação de provisões, contingências passivas e contingências ativas já previstos na Resolução CMN nº 3.535, de 2008. Portanto, continuam válidas as observações feitas pela Procuradoria-Geral do Banco Central em outras oportunidades, que foram encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal, em 28 de dezembro de 2009, mediante a Petição PGBC-12681/2009, de 21 de dezembro de 2009.



32. A avaliação das provisões insere-se no campo da microeconomia, segundo a contabilidade própria de cada instituição financeira, e depende da análise de cada ação contra ela proposta. Daí a pertinência das considerações lançadas pelo Banco Central, que esclarecem as razões da não provisão, até o momento, de grande parte dos valores pleiteados pelos poupadores, com destaque para o fato de que, respaldadas pela jurisprudência dos tribunais superiores, as instituições financeiras não vêm fazendo provisões para as ações relativas aos planos **Collor I** e **Collor II**.<sup>8</sup> Tais ações, segundo o estudo elaborado pelo Ministério da Fazenda, representam R\$57,481 bilhões do total de R\$105,907 bilhões apurados para o impacto potencial relativo aos planos.

33. Uma vez julgada improcedente a ADPF nº 165-0, não mais será possível às instituições financeiras recusar a afirmação de que a saída de recursos é provável, pois a decisão do Supremo Tribunal Federal é vinculante e *erga omnes*. Daí se tem que, no dia seguinte à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, os bancos devem reavaliar as provisões realizadas para fazer frente às despesas judiciais.

<sup>8</sup> Veja-se o item 10 do Parecer PGBC-331/2009, de 5 de novembro de 2009, da Procuradoria-Geral do Banco Central, encaminhado ao Supremo Tribunal Federal por meio da Petição PGBC-12681/2009, de 21 de dezembro de 2009.

Portanto, ainda que o curso das ações ordinárias e o cumprimento das decisões judiciais sejam morosos, as instituições financeiras, em razão da legislação peculiar que lhes é aplicável, estarão imediatamente impedidas de utilizar os valores, que serão provisionados, quando atendidas as condições acima referidas. E cabe chamar a atenção para a informação prestada pela Consif na inicial da arguição em referência sobre a existência de cerca de 515 mil ações individuais relativas aos planos econômicos. Esta Procuradoria-Geral já havia informado (item 140 da Petição PGBC-3440/2009, de 6 de abril de 2009, mediante a qual requereu seu ingresso na arguição na qualidade de *amicus curiae*) a existência de 10.913 (dez mil, novecentos e treze) processos referentes aos planos **Collor I** e **Collor II**, tendo como demandado o Banco Central, em que pese a matéria já estar sumulada pelo Supremo Tribunal Federal em favor da autarquia.

34. Igual volume de processos representa, com efeito, uma obrigação presente como resultado de evento passado (atendimento da primeira condição). Com o julgamento de improcedência da arguição, juridicamente, a saída de recursos é provável, em razão do seu efeito vinculante (atendimento da segunda condição). Finalmente, é bastante provável supor que as instituições financeiras tenham à disposição os dados necessários à especificação dos valores depositados pelos demandantes em suas carteiras e, assim, poderão estimar o valor da obrigação (atendimento da terceira condição). Daí que, em consequência do julgamento da arguição, ato contínuo, deverão ser realizados ajustes nas provisões pelas instituições financeiras, com redução drástica de sua liquidez.

35. A essa prognose é preciso agregar ainda mais um dado. As instituições financeiras são capazes de gerar moeda escritural.<sup>9</sup> Mediante essa sistemática, cada R\$1,00 (um real) do patrimônio líquido das instituições financeiras pode gerar aplicações no ativo no valor de R\$9,09 (nove reais e nove centavos).<sup>10</sup>

---

9 “São funções do mercado financeiro: [...] e) Criar moeda escritural, o que ocorre pela concessão de empréstimos mediante crédito em conta corrente, influenciando a oferta de meios de pagamento. Esta função diz respeito especificamente aos bancos comerciais, na condição de integrantes do sistema monetário. [...] Ao conceder empréstimo mediante crédito na conta-corrente de um cliente, a instituição bancária cria meios de pagamento (depósitos à vista) que, ao serem utilizados pelo tomador de crédito, geram depósito em outra instituição financeira, que dessa forma adquire a capacidade de gerar novo crédito a outro cliente, e assim por diante. A repetição desse mecanismo mostra a capacidade do setor bancário de multiplicar a moeda escritural.” ORSI, Ricardo Vieira e ESTRELA, Márcio Antônio Estrela. **Moeda, Sistema Financeiro e Banco Central**: uma abordagem prática e teórica sobre o funcionamento de uma autoridade monetária no Mundo e no Brasil, p. 119, 120 e 216. Disponível em: <http://www.apbc.org.br/index.php>. Acesso em: 22.3.2010.

10 Estimativa com base na aplicação dos limites de alavancagem previstos no Acordo de Basileia (cf. Ricardo Vieira Orsi e Márcio Antônio Estrela, ob. cit., p. 159).

Com efeito, a declaração de inconstitucionalidade das normas pelas quais foram editados os diversos planos econômicos entre os anos 1986 e 1991, em razão da necessidade de as instituições financeiras realizarem provisões para o pagamento das diferenças de remuneração, tem potencial para provocar imediata redução na concessão de créditos e aplicações em títulos públicos federais, na ordem de R\$9,09 para cada real provisionado. Portanto, a estimativa do potencial impacto macroeconômico do julgamento da ADPF apontada pelo do Ministério da Fazenda, em sua Nota Técnica juntada aos autos, até pode se revelar ainda maior, quando analisados seus prováveis reflexos no sistema de crédito do país.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

36. Ante as considerações deduzidas no presente memorial, todas amparadas em estudos realizados pelas áreas técnicas competentes do Banco Central do Brasil, é possível enunciar as seguintes conclusões:

- a) a maior parte dos valores depositados em cadernetas de poupança, historicamente, concentra-se em mãos de poucos titulares de contas, enquanto a parcela menor dos recursos é distribuída entre muitos poupadores, conforme abaixo se exemplifica, a partir de dados relativos ao ano de 1994:
  - as contas com saldo de até R\$100,00<sup>11</sup> representavam na época 62,1% do total de contas de poupança; o somatório dos valores dessas contas, no entanto, representava apenas 2,8% do saldo total da poupança;
  - as contas saldo acima de R\$5.000,00 representavam apenas 1,6% do total das contas de poupança; porém o somatório dos recursos presentes nessas contas representava 47,2% do saldo total da poupança;
- b) a remuneração das cadernetas poupança, na forma da legislação vigente, mantém simetria com os índices de remuneração dos financiamentos imobiliários, razão pela qual não há qualquer relação

---

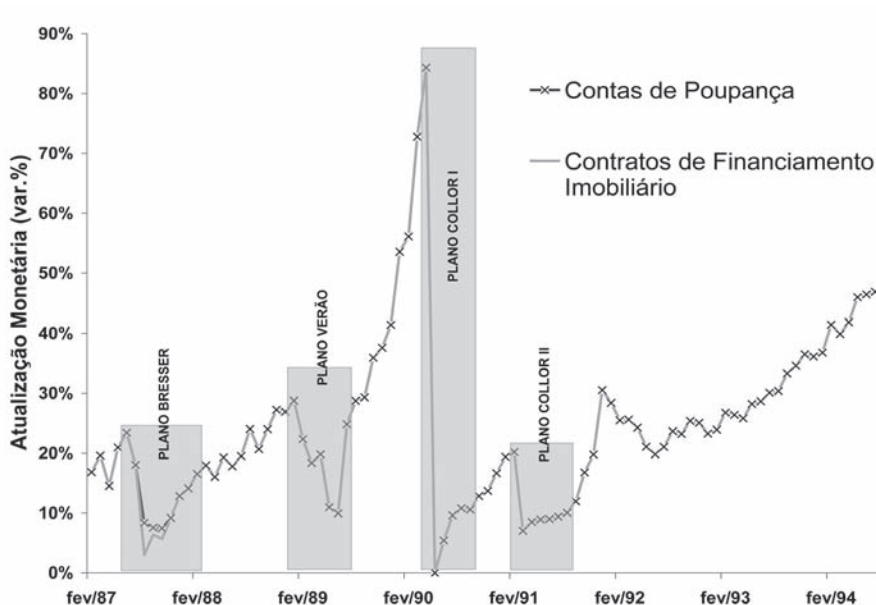
11 Em dezembro de 1994, o valor do salário mínimo era de R\$70,00 (setenta reais).

- econômica ou financeira – entre os lucros obtidos pelos bancos e as supostas diferenças pleiteadas pelos poupadores;
- c) os reflexos decorrentes de uma eventual decisão pela improcedência total da ADPF nº 165-0/DF seriam praticamente imediatos – não de longo prazo –, pois as instituições financeiras serão obrigadas a rever suas provisões para pagamento dos valores discutidos em juízo, gerando desequilíbrios substanciais em sua situação patrimonial, em razão do volume de recursos discutidos; e
- d) os efeitos da decisão de improcedência não se limitarão ao setor financeiro, visto que, por força da redução do patrimônio líquido das instituições, provocada pela provisão, seriam reduzidos os limites para a criação de moeda escritural, diminuindo a capacidade dos bancos de conceder créditos.

37. Em linha de princípio com a argumentação adotada neste memorial, a demonstrar que as instituições financeiras não obtiveram ganhos em razão dos índices previstos na legislação de regência dos diversos planos econômicos, a Nota-Técnica Dipec-2009/250, de 7 de abril de 2009, que acompanhou a petição de ingresso do Banco Central como *amicus curiae* na ADPF, assinalou que os índices aplicados aos saldos de poupança também incidiram sobre os contratos de financiamento imobiliário firmados pelas instituições financeiras, por força de determinação legal, pontuando que, “se alguma perda foi imputada aos poupadores, não tem base factual a afirmação de que teriam sido apropriada pelos bancos e instituições financeiras.” (fl. 1.877 dos autos judiciais).

38. Do mesmo modo, a Nota-Técnica da Secretaria Extraordinária de Reformas Econômicas e Fiscais do Ministério da Fazenda, acostada aos autos às fls. 1.896 e 1.897, chegou a conclusão semelhante:





Percebe-se pelo gráfico acima que houve, de fato, um tratamento isonômico por parte do regramento legal imposto aos dois contratos [contrato de poupança e contrato de financiamento imobiliário no âmbito do SFH]. Foi respeitado aqui o importante princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, nesse caso aplicado ao duo contratual: contrato de poupança e contrato de financiamento imobiliário.

Nesse sentido, a defesa do pagamento das diferenças dos índices nos planos econômicos torna-se a defesa do desequilíbrio contratual, uma vez que não se cogita repassar esse diferencial de índices, de forma retroativa, aos contratos de financiamento imobiliário em vigor no período.

39. As aplicações em poupança, de fato, quando analisadas numa perspectiva de médio ou longo prazo, revelam que os poupadores tiveram remuneração equivalente à de outras aplicações financeiras, com destaque para o comparativo entre CDB e poupança estampado na antes referida Nota-Técnica

Dipec-2009/250, de 7 de abril de 2009 (cf. as tabelas acostadas aos autos às fls. 1.869 a 1.874).

40. Exercício com finalidade semelhante foi realizado pela Secretaria Extraordinária de Reformas Econômicas e Fiscais do Ministério da Fazenda, que avaliou o poder de compra real das cadernetas de poupança nos quatro meses seguintes à implementação dos planos **Bresser**, **Verão**, **Collor I** e **Collor II**:

O que se nota é que em praticamente todos os casos o poder de compra das cadernetas de poupança foi preservado. Ao contrário, em alguns casos houve um ganho expressivo do poder de compra real dos depósitos, chegando a mais de 20% (após 4 meses) no Plano Verão e mais de 35% no Plano Collor I. A única exceção é o Plano Collor II, no qual houve uma pequena queda do poder de compra real dos depósitos de poupança (da ordem de 2,8% no quarto mês).

**Evolução do Poder de Compra das Cadernetas de Poupança após os Planos Econômicos<sup>(a)</sup>**

Mês <sup>(b)</sup>	Bresser	Verão	Collor I	Collor II <sup>(c)</sup>
0	100,0	100,0	100,0	100,0
1	108,1	104,8	159,6	95,9
2	111,7	116,1	148,3	93,1
3	111,4	128,4	139,8	96,2
4	107,7	120,8	135,7	97,2

(a) Índice calculado com base no rendimento real das cadernetas de poupança. Deflator: IPCA. (b) O mês 0 corresponde ao mês de implementação dos planos, ou seja: jun/87 (Bresser); jan/89 (Verão); mar/90 (Collor I) e jan/91 (Collor II). (c) Considerou-se como rendimento a média do rendimento das cadernetas de poupança entre o dia 1 e o dia 28 do mês.

(fl. 1.894 dos autos judiciais).

41. Nesse contexto, o cidadão que tinha recursos depositados na caderneta de poupança em montante suficiente para comprar um determinado bem de consumo, no momento da implementação dos respectivos planos, teve o poder de compra desses recursos preservado. Ou seja, nos meses que sucederam a implementação dos planos – com exceção do Plano Collor II –, aqueles recursos, devidamente corrigidos pela nova remuneração da poupança, continuavam sendo suficiente para comprar o mesmo bem de consumo, até mesmo com alguma sobra.

42. Em termos técnicos, a explicação para a constatação mencionada no item 41, supra, decorre do fato de que os índices de inflação não medem a variação dos preços em tempo real, porém refletem a variação dos preços

em um período do passado recente. Diante desse fato, a mudança de regime decorrente da implementação dos planos impunha uma nova dinâmica aos agentes econômicos, incompatível com os índices que divulgavam um contexto passado. Para garantir o sucesso do plano, era fundamental que os índices de correção refletissem naquele momento o novo contexto econômico, evitando, de qualquer forma, a contaminação pelo passado inflacionário, mas preservando o poder de compra da poupança.

43. Ao final, em atenção ao princípio da lealdade processual, para não subtrair da douta apreciação do colendo Supremo Tribunal Federal e da ciência dos demais *amici curiae* as informações constantes deste memorial, que lhe parecem úteis e pertinentes ao exame do *thema decidendum* da ADPF nº 165-0/DF, o Banco Central esclarece que encaminhará cópia deste pronunciamento ao eminente Ministro Ricardo Lewandowski, relator da arguição em referência.

Brasília, 25 de março de 2010.

*Francisco José de Siqueira*  
*Procurador-Geral*

*Flávio José Roman*  
*Subprocurador-Geral Substituto*

## Petição PGBC-2674/2010

Pedido de suspensão da execução de medida liminar concessiva de antecipação de tutela em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Banco Central do Brasil com o objetivo de obrigar a autarquia a informar previamente o consumidor, por meio de carta registrada com aviso de recebimento, da inclusão de quaisquer informações a seu respeito na Central de Risco de Crédito (CCR).

Fernando Sakayo de Oliveira  
Procurador

Flávio José Roman  
Coordenador-Geral

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**BANCO CENTRAL DO BRASIL**, Autarquia Federal criada pela Lei nº 4.595, de 1964, com endereço no Setor Bancário Sul, Quadra 3, Bloco B, Edifício Sede, Brasília/DF, por seus procuradores ao final assinados (Lei Complementar nº 73, de 1993, artigo 17, I c/c Lei nº 9.469, de 1997, art. 9º), vem com supedâneo no art. 12, § 1º, da Lei nº 7.347, de 1985, c/c art. 4º, §§ 1º e 5º, da Lei nº 8.437, de 1992, bem como no art. 271 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça ajuizar pedido de

SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO  
DE DECISÃO LIMINAR

concessiva de antecipação de tutela, proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 2006.01.00.003761-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Banco Central do Brasil, e mantida pelo acórdão prolatado pela egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região nos autos do Agravo de Instrumento nº 2006.03.00.057069-2 (AI nº 270756).

I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Ministério Público Federal ajuizou contra o Banco Central Ação Civil Pública, Processo nº 2006.01.00.003761-0 da 14ª Vara Federal Cível da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, na qual foram formulados diversos pedidos, entre os quais a determinação para que esta autarquia federal seja obrigada a informar previamente o consumidor, por meio de carta registrada com aviso de

recebimento, da inclusão de quaisquer informações a seu respeito na Central de Risco de Crédito (CCR). O *Parquet* alega que busca conformar o “Sistema de Informações de Crédito” ao sistema nacional de proteção ao consumidor e, mais especificamente, ao disposto no art. 43 da Lei Federal nº 8.078, de 1990 (cópia da inicial anexa). O pedido está vazado nos seguintes termos, *verbis*:

Diante o exposto, requer o Ministério Público Federal que Vossa Excelência conceda tutela antecipada, determinando ao BANCO CENTRAL DO BRASIL:

a) A obrigação de **informar previamente** o consumidor, por meio de carta registrada com aviso de recebimento, **da inclusão de quaisquer informações** a seu respeito na Central de Risco de Crédito; (Destacamos).

2. O magistrado de primeiro grau de jurisdição entendeu por bem deferir, parcialmente, o pedido de tutela antecipada, nos seguintes termos:

Assim, ante o exposto, e nos limites do pleito nesta ação, **DEFIRO EM PARTE A TUTELA ANTECIPADA requerida, para que o Bacen envie, ao interessado, comunicação formal (carta registrada com aviso de recebimento) a cada inclusão de operações no Sistema de Informações de Crédito cuja classificação de risco possa criar obstáculos em operações com instituições financeiras públicas ou privadas.** Essa comunicação deverá ser enviada no prazo de 15 dias, contados da inclusão nesse Sistema de Informações, sendo que para aqueles que já foram cadastrados até esta data fica estabelecido o prazo razoável de 60 dias, da intimação desta decisão judicial. (Destacamos, cópia anexa).

3. Irresignado com a concessão da antecipação de tutela, o Banco Central interpôs perante o egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região o Agravo de Instrumento nº 2006.03.00.057069-2 (AI nº 270756), no qual requereu a concessão de efeito suspensivo ao recurso (cópia anexa).

4. O eminente relator do agravo de instrumento suspendeu a decisão agravada, sob o fundamento de que as instituições financeiras têm acesso ao sistema de dados com apoio em autorização firmada pelas pessoas física ou jurídica, titulares das operações informadas. Acrescentou o relator que transferir ao Banco Central a incumbência de emitir e “postar centenas, milhares ou

milhões de comunicações” significaria onerar o Poder Público, em proveito de interesse privado, *verbis*:

Tal sistema atende, pois, ao interesse público de controle sobre o mercado de crédito, mas é subsidiado por informações prestadas diretamente por instituições financeiras, responsáveis pelas operações e pela exatidão dos dados fornecidos. Existe acesso de tais instituições financeiras ao sistema de dados, mas vinculada à anuência da pessoa física ou jurídica, titular das operações informadas.

Ainda que o sistema seja mantido pelo Bacen, as informações são prestadas, por conta e risco das instituições financeiras, que delas se beneficiam para suas operações subseqüentes, daí porque, no juízo sumário, ora formulado, ser razoável concluir que a responsabilidade pela comunicação de eventual pendência financeira, configuradora de inadimplência do devedor, deve ser do respectivo credor, e não da autarquia federal, mesmo porque eventuais erros ou retificações apenas podem ser cobrados das próprias instituições financeiras.

**Transferir ao Bacen a incumbência de emitir e postar centenas, milhares ou milhões de comunicações a cada registro de informações enviadas por instituições financeiras, e utilizadas por estas na viabilização de suas operações financeiras, significaria onerar o Poder Público, em proveito de interesse privado. Não se discute o direito dos devedores serem notificados de tais fatos, mas o que importa, agora, é verificar a adequação da imposição do ônus à autarquia federal e, neste aspecto, é que o recurso revela plausibilidade jurídica, para efeito de suspensão da decisão agravada, associada à evidente presença do risco de dano irreparável, diante da repercussão financeira resultante da ordem judicial impugnada.**

**Ante o exposto, presentes os requisitos legais, suspendo a decisão agravada.** (Destacamos, cópia da decisão anexa).

5. Contudo, no julgamento colegiado do agravo de instrumento, desproveu-se o recurso, mantendo-se a antecipação de tutela concedida pelo Juízo de primeiro grau de jurisdição, no sentido de se responsabilizar o Banco Central pela comunicação ao consumidor sobre a inclusão do seu nome no CRC, restando o acórdão resumido na seguinte ementa, *verbis*:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INCLUSÃO DO DEVEDOR NA CENTRAL DE RISCO DE CRÉDITO. RESOLUÇÃO Nº 2.724/00. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 43, § 2º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DEVER ESTABELECIDO NA DECISÃO AGRAVADA QUE SE MANTEM.

A tese da impossibilidade de se conceder antecipação de tutela em desfavor do ente público há de ser afastada, uma vez que presentes os seus requisitos legais, não é incompatível com o duplo grau de jurisdição, pois tal princípio deve ser considerado à luz de outro, concernente à jurisdição preventiva, prevista na Constituição Federal e amplamente admitida pela jurisprudência.

**Cabível a determinação de comunicação ao consumidor quando ocorrer a inclusão do seu nome na CRC, em cumprimento ao artigo 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes do C. STJ.**

Inclusive porque não está a agravante impedida de editar normativo e adequar o Sisbacen de molde a propiciar a adoção desta providência, diretamente pelas instituições financeiras, em seu nome e em formulário contendo o seu timbre, afastando-se assim os percalços que ela mesma apresentou para esquivar-se deste dever, o qual, por erigir-se em garantia do consumidor, não poderia ser olvidado sob pretexto algum.

Agravo de instrumento improvido. (Destacamos, cópia do acórdão anexa).

6. Tendo em conta a ocorrência de fato superveniente, qual seja, a substituição do sistema Central de Risco de Crédito (CRC) pelo Sistema de Informações de Crédito (SCR), bem como a ocorrência de omissões do aresto supra, o Banco Central opôs embargos de declaração a fim de que fosse reconhecida a perda de objeto da demanda e que fossem afastadas as omissões. Contudo, os declaratórios foram rejeitados (cópia do acórdão anexa).

7. Novamente, agora sob a alegação de direito sumular superveniente, a saber, a edição da Súmula 404 por esse eg. Superior Tribunal de Justiça, que dispensa o aviso de recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor, o Banco Central opôs novos embargos de declaração. Contudo, os declaratórios foram rejeitados, nos termos do acórdão publicado em 24.3.2010 (cópia do acórdão anexa).

8. Ocorre que, conforme será demonstrado, a prevalência da liminar concedida afeta manifesto interesse público e gera grave lesão à ordem e à



economia pública, sendo necessária e urgente a suspensão da liminar deferida nos autos da Ação Civil Pública nº 2006.01.00.003761-0, mantida pelo acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 2006.03.00.057069-2 (AI 270756). Ressalte-se que, embora já publicado em 24.3.2010, o Banco Central ainda não foi intimado pessoalmente (art. 17 da Lei nº 10.910, de 2004) do acórdão proferido nos segundos embargos de declaração. Contudo, diante da iminência da intimação, se faz necessário o ajuizamento do presente pedido de suspensão de liminar.

## II – DO CABIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA E DA COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

9. O cabimento do presente pedido de suspensão de segurança e a competência desse egrégio Superior Tribunal de Justiça para analisá-lo estão estabelecidos no art. 4º, §§ 1º e 5º, da Lei nº 8.437, de 1992, e no art. 25 da Lei nº 8.038, de 1990.<sup>1</sup>

10. No caso, a egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região negou provimento ao Agravo de Instrumento nº 2006.03.00.057069-2, interposto contra liminar concedida pelo Juízo da 14ª Vara Federal Cível de São Paulo/Capital

---

1 Eis o teor dos dispositivos referidos: **Lei nº 7.347, de 1985**: “Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo. § 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.” **Lei nº 8.437, de 1992**: “Art. 4º. Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. § 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e **na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.** [...] § 4º Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001). § 5º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)” **Lei nº 8.038, de 1990**: “Art. 25. Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.” (Destacam os).

nos autos da Ação Civil Pública 2006.01.00.003761-0. Ressalte-se que o acórdão do agravo de instrumento, que se vale de legislação infraconstitucional (art. 43 da Lei Federal nº 8.078, de 1990) na fundamentação, nega vigência a dispositivos da Lei nº 4.595, de 1964, e da Lei Complementar nº 105, de 2001, o que abre caminho para interposição de recurso especial, resultando na competência desse egrégio Superior Tribunal de Justiça para apreciação e julgamento da presente suspensão de segurança, a teor do art. 12, § 1º, da Lei nº 7.347, de 1985, do art. 4º, *caput*, da Lei nº 8.437, de 1992, e do art. 25 da Lei nº 8.038, de 1990. O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, nos arts. 21, XIII, *b* e 271, §§, estabelece a competência do Presidente do Tribunal para decidir os pedidos de suspensão de execução de liminar.

### III – O SISTEMA DE INFORMAÇÕES DE CRÉDITO (SCR) E O INTERESSE PÚBLICO NA MANUTENÇÃO DO SISTEMA: *FUMUS BONI IURIS*

11. Antes de se apontar o pleno atendimento na hipótese dos pressupostos para a concessão da suspensão da execução de liminar, convém, esclarecer os objetivos e o funcionamento do chamado SCR. O Sistema de Informações de Crédito, o SCR, regulamentado pela Resolução nº 3.658, de 17 de dezembro de 2008, possui as seguintes finalidades:

- a) prover informações ao Banco Central para fins de supervisão do risco de crédito a que estão expostas as instituições financeiras; e
- b) propiciar o intercâmbio de informações, entre as instituições financeiras, sobre o montante de débitos e de responsabilidades de clientes em operações de crédito, nos termos permitidos na Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.<sup>2</sup>

12. Nesse sentido, ao requisitar, com amparo no art. 37 da Lei nº 4.595, de 1964, das instituições sob sua supervisão informações sobre o montante das responsabilidades em créditos (dívidas e garantias) de seus clientes, o Banco

---

2 Cf. art. 2º da Resolução CMN nº 3.568, de 2008, cópia anexa.

Central cumpre a sua missão institucional estabelecida no art. 10, VI e IX, da já referida Lei nº 4.595, de 1964. Essa requisição ocorre em conformidade com a Lei Complementar nº 105, de 2001, que em seu artigo 1º, § 3º, estabelece que não constitui violação do dever de sigilo bancário a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e pelo Banco Central.<sup>3</sup>

13. Dessa forma, o SCR fornece os elementos necessários à realização pelo Banco Central das seguintes missões institucionais:

- a) a análise pelo Banco Central do mercado de crédito, mediante a utilização de ferramentas que sinalizem instituições com problemas potenciais nas suas carteiras de crédito;
- b) auxiliar as instituições financeiras na gestão de suas carteiras de crédito, preenchendo a lacuna de informações sobre os seus clientes, as quais não são disponibilizadas por nenhuma outra organização ou sistema no país;
- c) ampliar a transparência das informações no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, estimulando a competição entre as instituições financeiras, com a consequente redução dos *spreads* bancários;<sup>4</sup>
- d) promover o desenvolvimento equilibrado do País, por meio da oferta de crédito aos agentes econômicos e aos cidadãos; e
- e) promover a inclusão financeira e prevenir o endividamento dos cidadãos

3 Transcrição dos dispositivos legais: **Lei nº 4.595, de 1964**: “Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: [...] VI - Exercer o controle do crédito sob todas as suas formas; [...] IX - Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas; [...] Art. 37. As instituições financeiras, entidades e pessoas referidas nos arts. 17 e 18 desta Lei, bem como os corretores de fundos públicos, ficam obrigados a fornecer ao Banco Central do Brasil, na forma por ele determinada, os dados ou informes julgados necessários para o fiel desempenho de suas atribuições.” **Lei Complementar 105, de 2001**: “Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. [...] § 3º Não constitui violação do dever de sigilo: I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, **inclusive por intermédio de centrais de risco**, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;” (Destacamos).

4 Cabe a referência, ainda que em breve nota, de que é com fundamento no mesmo art. 37 da Lei nº 4.595, de 1964, que o Banco Central colhe os dados necessários à divulgação das chamadas “taxas médias de mercado”. Segundo a jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça “a análise da abusividade [das taxas de juros praticadas no mercado financeiro] ganhou muito quando o Banco Central do Brasil passou, em outubro de 1999, a divulgar as taxas médias, **ponderadas segundo o volume de crédito concedido**, para os juros praticados pelas instituições financeiras nas operações de crédito realizadas com recursos livres (conf. Circular nº 2957, de 30.12.1999). [...] [E]sta perquirição da abusividade não é estanque, o que impossibilita a adoção de critérios genéricos e universais. A taxa média de mercado, divulgada pelo Banco Central, constitui um valioso referencial, mas cabe somente ao juiz, no exame das peculiaridades do caso concreto, avaliar se os juros contratados foram ou não abusivos” Recurso Especial 1.061.530/RS, 2ª Seção, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 22.10.2008, DJe 10.3.2009, trecho do voto da relatora, p. 23 e 24, o grifo não consta do original, recurso especial julgado sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil. O SCR, por sua vez, é o grande manancial de **estudo** do comportamento do crédito no Brasil, contribuindo firmemente para o seu crescimento e aperfeiçoamento.

acima de sua capacidade de pagamento, principalmente aqueles de menor renda.<sup>5</sup>

14. Em termos operacionais, no momento, o SCR recebe as informações relativas ao montante dos débitos e das responsabilidades por garantias de clientes com valor igual ou superior a R\$5.000,00, em outras palavras, clientes com responsabilidade total abaixo de R\$5.000,00 não são identificados no SCR.

15. As informações prestadas ao SCR têm periodicidade mensal e contemplam o conjunto das operações de responsabilidade do cliente, **independentemente de se encontrarem ou não em atraso**, sendo o seu encaminhamento, pelas instituições informantes, obrigatório a partir do próprio mês de sua contratação.

16. São de exclusiva responsabilidade das instituições financeiras os dados requisitados pelo Banco Central para fins de registro no SCR, tanto no que diz respeito às inclusões quanto no que se refere às correções e às exclusões no sistema, na forma estabelecida pela regulamentação editada pelo Conselho Monetário Nacional<sup>6</sup> e reconhecida pela jurisprudência dessa Corte.<sup>7</sup> Em razão dessa responsabilidade, as instituições financeiras estão sujeitas, independentemente de ação judicial ajuizada a qualquer tempo pelos clientes, às sanções administrativas por eventuais irregularidades no fornecimento dos dados, a serem aplicadas pelo Banco Central.

17. **O acesso ao sistema é permitido ao Banco Central** no exercício de suas atribuições legais. Além dele, têm acesso ao SCR os **titulares das operações**, permitindo-lhes conhecer em qualquer tempo os próprios dados registrados no sistema, e as instituições financeiras, na fase pré-contratual, mediante autorização específica de cada um dos titulares das operações, para fins de contratação de novas operações de crédito e gestão das operações já contratadas. **Nenhuma outra entidade ou pessoa pode acessar os dados registrados no SCR.**

18. Tanto na fase pré-contratual quanto após a realização do contrato, as instituições financeiras estão submetidas às normas editadas pelo Conselho

---

5 Os objetivos do SCR são, portanto, consentâneos com as diretrizes constitucionais para a regulação do sistema financeiro nacional (SFN), traçadas pelo art. 192 da Constituição Federal, segundo o qual o SFN deve ser “estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade”.

6 Cf., ainda no mesmo sentido, art. 9º da Resolução CMN nº 3.658, de 2008.

7 “[A]s informações constantes do referido banco de dados [CRC] são de inteira responsabilidade das instituições financeiras, inclusive no que se refere a inclusões, atualizações ou exclusões do sistema” STJ, Habeas Data nº 160/DF, 1ª Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. em 27.8.2008, DJ de 22.9.2008.

Monetário Nacional (CMN) e pelo Banco Central, que estabelecem a imprescindibilidade da obtenção de autorização dos titulares das operações, previamente ao acesso dos dados no sistema. Assim, as instituições devem dispor de documentos e de informações que comprovem a autorização de cada um dos clientes cujos dados venham acessar, que devem ser apresentados quando solicitado pela fiscalização do Banco Central. Os documentos comprobatórios devem ser guardados por 5 (cinco) anos, na forma determinada no art. 8º, V, da Resolução CMN nº 3.658, de 2008.

19. Portanto, a partir desse arcabouço jurídico definido pela regulamentação editada pelos órgãos de regulação do sistema financeiro com amparo na Lei nº 4.595, de 1964, verifica-se que há uma forte distinção entre o SCR de outros cadastros existentes. Como exemplo, o acesso aos dados constantes no Serasa é possível mediante o pagamento de certo valor pelo interessado, independentemente do conhecimento e da vontade do tomador de crédito, enquanto que no SCR o acesso somente ocorre se houver a autorização do cliente. Verifica-se, assim, que enquanto os sistemas privados de crédito, inclusive os cadastros positivos existentes noutros países, visam à obtenção de lucro, **o SCR se destina prioritariamente ao atendimento de interesses públicos**, seja na supervisão do sistema financeiro, seja na promoção do desenvolvimento do país, por meio do fomento ao crédito aos vários segmentos da sociedade brasileira e da inclusão social.

20. A natureza dos interesses, a sistemática registral, o tipo de informação registrada, a finalidade, e o regime normativo do SCR são totalmente distintos dos cadastros de inadimplência.

21. Os cadastros de proteção ao crédito ou de inadimplentes como SPC e Serasa destinam-se a registrar, em suma, um juízo de valor: o juízo de que essa ou aquela pessoa é inadimplente, conforme aquilo que, nesse sentido, um credor que não tenha recebido o que considera devido venha a informar a respeito desse devedor. O acesso a essa informação, então, é “vendido” para aqueles que desejem conhecer a conduta de pessoas como devedoras, como bons ou maus pagadores.

22. O sistema de informação instituído pelo CMN, diversamente, destina-se a registrar um dado patrimonial objetivo, atinente às instituições financeiras e aos seus clientes, relativo a operações de crédito travadas entre ambos. A reunião de informações relativas às operações de crédito visa a possibilitar, por primeiro,

que o Banco Central conheça o risco de crédito a que estão expostas as instituições que supervisiona, bem como a possibilitar, ademais, que elas próprias também o conheçam, ainda que de modo condicionado, para que se viabilize uma gestão de risco mais efetiva por parte das instituições, em benefício da segurança de seus clientes e da de toda a sociedade, como se ressalta com mais vagar adiante. O tipo de sistema em questão possibilita, também, que os clientes das instituições financeiras, mediante autorização específica que confirmam a essa ou àquela instituição da espécie com a qual venham a firmar operações de crédito,<sup>8</sup> possam fazer prova referente ao seu nível de endividamento ou à ausência de dívidas, num dado momento, perante instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional (SFN), o que, à míngua de um sistema de informações da espécie, seria praticamente impossível.

23. O tipo de sistema em foco, portanto, reúne, como referido, dados patrimoniais objetivos. Nesse sentido, aproxima-se muito mais de algo como os registros de imóveis ou os de veículos que de um cadastro de inadimplentes.

24. Ora, vê-se 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 os registros inseridos no SCR ou ele próprio 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), ter-se-ia uma diferenciação ainda mais irretorquível entre algo de natureza pública e algo de natureza privada.

25. Tal linha de compreensão já permite atentar para a ausência de sentido que teriam exigências de comunicação prévia além daquela explicitada no inciso II do art. 8º da Resolução CMN n.º 3.658, de 2008, no sentido de dar conhecimento ao cliente de que a realização de operações de crédito nas quais tome parte

---

8 É o que estabelece o art. 8º, I, da Resolução CMN n.º 3.658, de 2008, *verbis*: “Art. 8º. Para efeito do disposto no inciso II do art. 2º, as instituições mencionadas no art. 4º devem: I - obter autorização específica do cliente, passível de comprovação, para consultar as informações constantes do SCR;”. Essa disposição repete, no particular, o que já se dispunha nas Resoluções CMN n.º 2.390, de 1997, e n.º 2.724, de 2000. Cópias dessas resoluções acompanham esse pedido de suspensão.

será objeto de registro em sistema de informações, na forma preconizada no enunciado da Súmula 359/STJ para os cadastros privados.<sup>9</sup> Além disso, a obrigação assumida pelo consumidor bancário, passível de registro no SCR, será necessariamente formalizada em contrato. E as determinações editadas pelo Conselho Monetário Nacional estabelecem o dever das instituições financeiras fornecerem cópia do contrato ao cliente, cuja linguagem deve ser clara, objetiva e adequada, explicitando os deveres, responsabilidades e obrigações das partes contratantes.<sup>10</sup> Portanto, seja pelo recebimento de cópia do contrato, seja pela comunicação prévia, o cliente será necessariamente informado do registro da operação no SCR.

26. O que quer que se pretenda além do já estabelecido nas Resoluções do CMN, com a devida vênia, não faz qualquer sentido, como referido, no que concerne a sistemas públicos de registro patrimonial, como os de imóveis, veículos e operações financeiras (SCR). Afinal, a finalidade dessas comunicações anteriores ao registro é permitir o exercício de defesa por parte daquele a quem se refere o registro. E é certo que não faz sentido defender-se de um registro patrimonial, 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.

27. Ora, registros de imóveis e de veículos não comunicam lançamentos que hão 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

---

9 Eis o teor do normativo referido: “Art. 8º Para efeito do disposto no inciso II do art. 2º, as instituições mencionadas no art. 4º devem: [...] II - comunicar previamente ao cliente o registro dos seus dados no SCR, exceto se houver autorização dele para o registro.”

10 Cf. Resolução CMN nº 3.694, de 2009: “Art. 1º As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil devem contemplar, em seus sistemas de controles internos e de prevenção de riscos previstos na regulamentação vigente, a adoção e a verificação de procedimentos, na contratação de operações e na prestação de serviços, que assegurem: I – a prestação das informações necessárias à livre escolha e à tomada de decisões por parte de seus clientes e usuários, explicitando, inclusive, as cláusulas contratuais ou práticas que impliquem deveres, responsabilidades e penalidades e **fornecendo tempestivamente cópia de contratos**, recibos, extratos, comprovantes e outros documentos relativos a operações e a serviços prestados; II – a utilização em contratos e documentos de redação clara, objetiva e adequada à natureza e à complexidade da operação ou do serviço prestado, de forma a permitir o entendimento do conteúdo e a identificação de prazos, valores, encargos, multas, datas, locais e demais condições.” (Destacamos). Determinações semelhantes já constavam do art. 1º, inciso IV, da Resolução CMN nº 2.878, de 26 de julho de 2001, tanto em sua redação original, quanto na reformada pela Resolução CMN nº 2.892, de 27 de novembro de 2001.

tenha acesso ao registro, mesmo que não seja ele dotado de publicidade geral, como é caso do registro de imóveis, e, verificando eventuais equívocos, exija sua retificação. Sistemática muito 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.

28. Veja-se, ademais, que a própria conta bancária de uma pessoa, por exemplo, é um registro patrimonial, muito embora privado, e acessível a terceiros apenas para finalidades públicas específicas, na forma prevista em normas como a Lei Complementar nº 105, de 2001. Assim sendo, não faria o menor sentido que os lançamentos em tal registro (saques, descontos de débitos automáticos, inclusive relativos ao pagamento de empréstimos, descontos de cheques, “entrada no cheque especial” etc.) fossem necessariamente comunicados a cada evento. Isso simplesmente inviabilizaria, por óbvio, a existência de contas bancárias, sendo certo que o que há é a possibilidade de o cliente acompanhar sua conta, acessando-a, ou até mesmo optando, desde que arque com o pagamento dos respectivos custos diferenciados, por receber informações via *e-mail*, correio etc. do banco de que seja cliente.

29. 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 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 dos registros a serem lançados em um cadastro de inadimplentes. O caso dos sistemas de registro patrimonial, todavia, notadamente o dos instituídos pelo Poder Público, é completamente diferente, como visto.

30. Nesse passo, cumpre refletir sobre uma importante questão: por que o Poder Público institui registros de dados patrimoniais como o de imóveis, o de veículos ou o de operações financeiras (SCR)? A resposta, decerto, pode ser resumida em uma expressão: interesses públicos primários.

31. A relação das pessoas com certos tipos de bens e direitos, deveres e obrigações – com certos elementos de seu patrimônio, enfim –, especialmente no contexto de uma sociedade de massa, acaba gerando intensas repercussões



sobre os interesses de muitas outras pessoas, passando a concernir, assim, à esfera da coletividade, da vida de todos os que convivem no universo social. Nesse contexto, exsurge para o Estado o dever-poder de controlar a relação das pessoas com tais tipos de bens e direitos, deveres e obrigações, o que pressupõe sejam eles conhecidos, a justificar que sejam registrados.

32. Ora, o Estado necessita conhecer quantos automóveis estão em circulação para que elabore e implemente políticas de trânsito e de tráfego. Precisa saber a quantidade e a qualidade dos imóveis a fim de que elabore políticas públicas de acesso à moradia ou até mesmo para que destine áreas para a instalação de novos parques industriais.

33. Ora, não poderia haver lição mais clara acerca da imprescindibilidade do controle estatal sobre a concessão de crédito do que essa que a grave crise mundial do final de 2008 ofereceu. O crédito inconsequente, concedido sem efetivo conhecimento das garantias de sua quitação, que repousam, como se sabe, no patrimônio dos devedores – os clientes tomadores de empréstimos –, foi a causa da “bolha” financeira que, se, durante muito tempo, entorpeceu a sociedade norte-americana com a euforia de uma expansão irresponsável do crédito para os clientes das instituições financeiras, alimentando a ganância imediatista e incauta de ambos às custas de uma descontrolada exposição do sistema financeiro daquele país ao risco sistêmico. A bomba-relógio formada pelo crescimento de riscos de crédito ocultos, finalmente cobrou sua fatura em termos de intenso sofrimento social para os que perderam empregos, moradia etc. por causa, em última análise, do descontrole estatal sobre os riscos de crédito das instituições financeiras.

34. Ressalte-se que as consultas ao SCR por parte de instituições financeiras somente podem ser realizadas em relação aos dados consolidados do cliente, ou seja, elas terão acesso apenas ao total dos débitos e das responsabilidades por garantia do cliente no Sistema Financeiro como um todo, não sendo disponibilizada a consulta às obrigações do cliente em uma instituição específica. Informações relativas ao nível de classificação de risco do cliente também não estão acessíveis para consulta por parte das instituições financeiras.

35. Por outro lado, os clientes podem ter acesso às informações registradas em seu nome no SCR por vários meios, incluindo a solicitação ao Banco Central, presencialmente ou por meio de correspondência, ou diretamente no sistema,

via *internet*, mediante cadastramento prévio, conforme orientação disponível no endereço <http://www.bcb.gov.br/?SISBACENUSUESP>. Os clientes acessam seus próprios dados, por meio de relatórios detalhados, sempre com um número maior de informações que aquele obtido pelas instituições financeiras.

36. No caso de discordância sobre as informações prestadas, o cliente pode solicitar à instituição financeira responsável pelo registro os esclarecimentos e as correções dos dados informados em decorrência de determinação normativa da autoridade monetária. Se porventura o seu pedido de informação ou de retificação não for atendido pela instituição, há a possibilidade de entrar em contato com o Banco Central por meio de suas Centrais de Atendimento ao Público, gratuitamente, pelo telefone 0800-979-2345, enviar correspondência ou *e-mail*, ou ainda dirigir-se ao próprio Banco Central, em qualquer uma de suas regionais ou na sede em Brasília, para registrar a sua denúncia ou reclamação. Nesse caso, a instituição será de pronto instada pelo Banco Central a fornecer as informações requisitadas ou a proceder à correção devida, ou ainda, apresentar a documentação comprobatória da exatidão do registro, se improcedente a reclamação do cliente.

37. Com relação aos procedimentos adotados para cientificar os titulares das operações sobre os seus registros no SCR, a Resolução nº 3.658, de 2008, prevê que as instituições financeiras estão obrigadas a comunicá-los previamente ao registro dos seus dados no SCR, exceto se já houver autorização do próprio cliente para esse registro (cf. art. 8º, II, da Resolução CMN nº 3.658, de 2008, transcrito na nota 9, *supra*). Isso sem mencionar ao dever das instituições financeiras de fornecer ao contratante cópia do contrato firmado, que será catalogado no SCR (art. 1º da Resolução CMN nº 3.694, de 2009, transcrito no nota 9, *supra*).

38. Além disso, com vistas a proporcionar mais transparência sobre o funcionamento do SCR, a citada resolução (art. 10) estabeleceu que o Banco Central e as instituições supervisionadas divulguem em suas dependências, em local visível e de fácil acesso, e por meio de suas páginas na rede mundial de computadores (*internet*), informações sobre o sistema, em linguagem de fácil compreensão, que contemplem, além do esclarecimento de que a consulta sobre qualquer dado do sistema depende de autorização prévia dos titulares das operações. As informações a serem divulgadas são pelo menos as seguintes:

- a) finalidade e o uso dos dados constantes do sistema;
- b) forma de consulta a tais dados; e
- c) procedimentos necessários para correção, para exclusão e para registro de medidas judiciais e de manifestação de discordância dos titulares das operações quanto aos registros no sistema.

39. Outra disposição da resolução com o nítido propósito de dar maior transparência ao funcionamento do SCR, estabelece que os documentos relativos à autorização para a consulta e à comunicação prévia ao cliente a respeito da inserção de informações em seu nome no sistema também contenham todas as informações mencionadas no item anterior (art. 8º, parágrafo único, do a Resolução CMN nº 3.658, de 2008).

40. Faz-se mister mencionar ainda que a presença de registros em nome do cliente no sistema SCR não é condição, por si só, suficiente para uma eventual negativa de concessão de crédito por parte das instituições supervisionadas. Ao contrário, a existência de informações no SCR que demonstrem o histórico positivo na relação de crédito do cliente tende a facilitar a contratação de novas operações, podendo, inclusive, propiciar a obtenção de menor taxa de juros.

41. Verifica-se, assim, que o SCR não é um cadastro de inadimplência, mas um banco de dados com a finalidade precípua de prover o Banco Central de informações para fins de supervisão do risco de crédito a que estão expostas as instituições financeiras, de modo a promover o desenvolvimento equilibrado do País, por meio da oferta de crédito aos agentes econômicos e aos cidadãos, sem risco à própria sociedade. Eis as razões pelas quais não se sustentam os fundamentos da decisão cuja suspensão se requer, pois não se pode, a pretexto de proteção ao consumidor, prejudicar o exercício pleno das atribuições do Banco Central e, pior, com grave violação à ordem e à econômica pública, como se demonstrará na sequência.

#### IV – DA GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICA. ATENDIMENTO DOS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA SUSPENSÃO DE LIMINAR. *PERICULUM IN MORA*

42. Conforme será demonstrado a seguir, a liminar concedida pelo Juízo de primeiro grau e mantida pela egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região implica, na prática, inviabilização do SCR e, por consequência, dificuldades na realização da missão institucional do Banco Central.

43. É oportuno destacar a dimensão e a quantidade de registros inseridos no SCR. Em dezembro de 2009, o sistema registrava, aproximadamente, 63 milhões de operações de crédito, de responsabilidade de cerca de 22 milhões de clientes. Sendo que, nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2009, foram registradas no sistema, em média, 2,38 milhões de novas operações de crédito contratadas mensalmente.<sup>11</sup>

44. Observa-se que, somente no mês de dezembro de 2009, cerca de 1,25 milhões de operações de crédito passaram à condição de inadimplemento (a partir de 15 dias de atraso), o que representa uma quantidade bastante considerável de registros.

45. Utilizando-se informação constante no sítio da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) na *internet*, que apresenta como custo unitário o valor de R\$6,45 para a remessa de uma carta comercial registrada com Aviso de Recebimento (AR), a determinação de cientificar os registros de novas operações de crédito representaria gastos adicionais de R\$184,21 milhões anuais. Além disso, para informar os clientes cujas operações de crédito passaram à situação de inadimplemento, seriam necessários mais R\$96,75 milhões anuais. **Dessa forma, somente os gastos postais somariam cerca de R\$280,96 milhões anuais.**<sup>12</sup>

46. Ainda que se cogitasse da hipótese de se ajustar a decisão do Tribunal Regional ao enunciado da Súmula 404 desse egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ), que estabeleceu ser “dispensável o aviso de recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros”, – hipótese recusada pelo próprio TRF da 3ª Região no

---

11 Conforme esclarece a anexa Nota-Técnica-DESIG/2010/1.

12 Apenas para fins comparativos, o valor supera em quase R\$100 milhões a tudo que foi arrecado em execução fiscal pelo Banco Central nos anos de 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 e início de 2010. A soma dos valores arrecadados pelo Banco Central, no período, é de R\$197.007.844,38

juízo de julgamento dos embargos de declaração – teríamos uma redução nos custos de envio de cartas aos clientes, embora o montante ainda possa ser considerado significativo. O quadro a seguir apresenta os custos de comunicação formal ao cliente, considerando-se cartas com AR e sem AR.

Ocorrência	Quantidade	Com AR		Sem AR	
		Custo Carta	Total por ano	Custo Carta	Total por ano
Novas operações	2,38 milhões	R\$6,45	R\$184,21 milhões	R\$0,60	R\$17,13 milhões
Novas inadimplências	1,25 milhões	R\$6,45	R\$ 96,75 milhões	R\$0,60	R\$ 9,00 milhões
Total	3,63 milhões		R\$280,96 milhões		R\$26,13 milhões

47. Mas, como dito, as cifras indicadas computam apenas os custos de postagem. Os encargos ao erário, em verdade, atingiriam patamar ainda mais elevado se fossem consideradas também as enormes despesas administrativas com a estrutura operacional necessária para o envio e o controle de recebimento das correspondências.

48. Importante destacar que a maior parte dos tomadores de crédito apresenta atraso de pagamento em vários momentos no curso das operações, circunstância que levaria a tantas comunicações quantas fossem as situações de atraso. Nessas condições, seria indispensável que o Banco Central contratasse pessoal suficiente para a expedição de aproximadamente 120 mil cartas/dia. Quando não, seria imprescindível a contratação de empresa terceirizada para a prestação do serviço, a custo correspondente.

49. Outro ponto evidencia a impossibilidade material de o Banco Central fazer a comunicação direta aos clientes. É o fato de o SCR coletar somente o número do Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), no caso de pessoas físicas, e o número do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), no caso de pessoas jurídicas, não existindo, por conseguinte, o endereço dos clientes registrados no sistema. Dessa forma, teria esta autarquia de desenvolver sistema capaz de armazenar os dados de endereço dos titulares das operações, o que elevaria ainda mais o montante de recursos públicos para implementar a medida judicialmente determinada.

50. Outra questão a ser considerada está relacionada ao possível prejuízo na análise do risco de crédito dos clientes inadimplentes não localizados para a comunicação formal do registro no sistema de seus dados sobre inadimplência. A consequência é a existência do registro de informações incorretas sobre os clientes não comunicados, figurando eles indevidamente como não portadores de operações de crédito ou então como portadores de operações não vencidas pelo simples fato de não ter havido a confirmação do recebimento da comunicação. Imprescindível ressaltar que nessa seara a inconsistência da informação pode ser mais gravosa que a própria falta da informação.

51. Verifica-se, assim, que o cumprimento da decisão da qual se pede a presente suspensão causaria grave lesão aos cofres públicos, em razão dos vultosos valores necessários à notificação dos consumidores sobre a inclusão de registros no sistema. Por outro lado, a necessidade de imediata criação de uma estrutura operacional destinada ao envio das referidas notificações ensejaria verdadeiro caos na ordem pública, em especial para a administração do Banco Central.

52. Ademais, o cumprimento do aresto ora vergastado causa outra grave lesão à ordem pública, porquanto contraria frontalmente o teor da sentença proferida pela 14ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia nos autos da Ação Civil Pública nº 20002.28383-3, cópia anexa, que, em cognição exauriente, estabeleceu que a então Central de Risco de Crédito (CRC), atual Sistema de Informações de Crédito (SCR), não configura atentado aos direitos do consumidor, não havendo falar em comunicação prévia dos registros ao cliente bancário.

53. Assim, como conciliar decisões diametralmente opostas acerca de um sistema que possui caráter nacional? Caso se acolha o entendimento de que a decisão prolatada pela justiça federal paulista é territorialmente limitada,<sup>13</sup> caberia indagar: somente os consumidores bancários paulistas teriam de ser informados previamente sobre registros no sistema? Agências bancárias localizadas na Bahia poderiam ter acesso a informações sobre registros não notificados de consumidores bancários paulistas? Agências bancárias de São Paulo poderiam se utilizar de registros não notificados de consumidores bancários domiciliados na Bahia?

---

13 O art. 16 da Lei nº 7.347, de 1985, assim estabelece: "A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997)."

54. Caso se adote o entendimento que ambas as decisões possuem eficácia sobre todo o território nacional,<sup>14</sup> a situação gera maior perplexidade, porquanto surge a dúvida sobre qual decisão respeitar e como implementar tal cumprimento.

55. Perceptível *primo ictu oculi* que é impossível tal conciliação, por se tratar de sistema nacional de interfaces dependentes. Não há condições técnicas e administrativas para se compatibilizar o resultado material produzido pelas decisões judiciais ora referidas no sistema.

56. Não se pode perder de vista, ainda, que a inviabilização do sistema gerará graves consequências tanto para a atuação institucional do Banco Central quanto para toda a cadeia de concessão de crédito, uma vez que poderá deixar o Sistema Financeiro Nacional às escuras, em um verdadeiro “apagão” de informações.

57. Uma eventual suspensão ou descontinuidade do SCR, que está umbilicalmente ligado ao interesse público, **traria graves prejuízos à atividade de supervisão exercida pelo Banco Central, portanto à ordem pública, e à atividade de concessão de crédito pelas instituições financeiras, por retirar o acesso às informações imprescindíveis à avaliação do risco de crédito.**

58. O Departamento de Monitoramento do Sistema Financeiro e de Gestão da Informação (Desig), na anexa Nota-Técnica, alerta em maior detalhe sobre as consequências da falta da informação ou inconsistência das informações do SCR, *verbis*:

- a) provável deterioração de todo o mercado de crédito, ocasionado pela falta de compartilhamento das informações entre as instituições financeiras, determinante à tomada de decisão e à concessão de créditos com qualidade;
- b) possível elevação do spread bancário no Brasil, em função da percepção do aumento de risco de inadimplência nas operações por parte das entidades bancárias e repasse ao cliente dos custos de comunicação;

---

14 O ilustre processualista e ministro dessa colenda Corte, Teori Albino Zavascki, doutrina no sentido de que “[a] interpretação literal do art. 16 [da Lei nº 7.347, de 1985] leva, portanto, a um resultado incompatível com o instituto da coisa julgada. Não há como cindir territorialmente a qualidade da sentença ou da relação jurídica nela certificada.” ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 80. De forma mais contundente asseveram Fredie Didier e Hermes Zaneti que “[o]s dispositivos normativos invocados [art. 16 da Lei nº 7.347, de 1985, e art. 2º-A da Lei nº 9.447, de 1997], que limitam territorialmente a eficácia subjetiva da decisão coletiva, são inconstitucionais e inúteis.” DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo, 2ª ed., Salvador: Podivm, vol. 4, p. 144.

- c) impossibilidade de avaliação do histórico de crédito do cliente, que é feito, atualmente, por meio do acesso às informações contidas no SCR, prejudicando o processo de concessão de crédito;
- d) comprometimento da saúde financeira das entidades bancárias, tendo em vista que o SCR é uma ferramenta essencial para evitar abalos na situação econômica dessas entidades.

59. O fato é que o SCR está integrado ao cumprimento de uma função primordial do Banco Central, que é identificar e minimizar o risco sistêmico no mercado financeiro. Durante a recente crise internacional, as informações contidas no SCR propiciaram, ao Banco Central, condições de avaliar tempestivamente a qualidade das carteiras das instituições financeiras, de modo a possibilitar a adoção das medidas necessárias à manutenção da normalidade no funcionamento do sistema financeiro e da estabilidade financeira do país.

60. Importante ressaltar que o SCR está em linha com o esforço do Governo Brasileiro para fomentar a educação financeira em todas as camadas sociais. Essa constatação é calcada no fato de que a informação sobre a exposição do tomador de crédito propicia melhor administração das finanças individuais e evita o superendividamento (endividamento acima da capacidade de pagamento) dos cidadãos, sobretudo daqueles de menor renda.

61. A preocupação do Banco Central é que elevados índices de inadimplimento contaminem todo o sistema financeiro, com graves prejuízos à sociedade, em função da possibilidade de os valores captados dos clientes, tais como os depósitos bancários, não serem honrados pelas instituições financeiras quando demandados. Ressalte-se que, nesse momento, o Brasil passa por grande expansão econômica, sendo a concessão de crédito fator determinante para esse sucesso, fato esse evidenciado por taxas anuais de crescimento das operações de crédito acima de 20% ao ano.

62. Nesse sentido, o SCR é uma ferramenta essencial para evitar abalos na situação econômica das instituições financeiras, cabendo ressaltar que a eventual quebra de um banco pode trazer sérias repercussões à economia e à imagem internacional do Brasil, o que traria, indiretamente, efeitos sobre todos os consumidores, tomadores ou não de empréstimos.

63. Diante dos fatos expostos, o cumprimento da tutela antecipadamente concedida se mostra extremamente oneroso ao erário e demanda profunda



alteração na ordem administrativa do Banco Central, ensejando, na prática, a inviabilização do SCR e consequências drásticas a toda cadeia de concessão de crédito.

64. A situação descrita nos autos do Agravo de Instrumento nº 2006.03.00.057069-2, portanto, ajusta-se como luva às prescrições contidas no art. 4º, §§ 1º e 5º, da Lei nº 8.437, de 1992. Com efeito, a tutela antecipadamente concedida pela Justiça Federal de São Paulo e confirmada pelo Tribunal Regional da 3ª Região é capaz, a um só tempo, afetar de forma significativa as finanças públicas, de embarçar gravemente o exercício ordinário das atribuições do Banco Central, em especial o monitoramento do mercado de crédito, além de causar grave violação à ordem econômica, com prejuízo ao mercado de crédito nacional em razão da inoperabilidade do sistema SCR, e, por consequência, a impedir a concessão de crédito em condições de transparência e segurança pelas instituições financeiras, o que certamente refletirá nos preços cobrados. Nessas condições, o Banco Central considera que é imprescindível a concessão da medida de contracautela ora pleiteada para se evitar lesão à ordem e à economia públicas, valores esses que são abrigados em nosso ordenamento jurídico pela legislação referida.

65. Não por outra razão, em situação análoga, o ilustre Desembargador Catão Alves, então Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, deferiu a suspensão da execução de cautelar que determinava “prévia comunicação escrita” ao consumidor cujos dados seriam inscritos no SCR. Seguem trechos da decisão que evidenciam a lesão à economia pública ocasionada por decisões com esse conteúdo:

9 – A decisão impugnada afigura-se-me apta a acarretar riscos de grave lesão aos bens jurídicos tutelados pelo art. 4º da Lei nº 8.437/92, em especial, **lesão à ordem e à economia públicas**, agravada com a imposição de multa diária de R\$100.000,00 (cem mil reais).

.....

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. A alegada “aptidão incapacitante” não é, senão, a análise técnica e financeira da capacidade de endividamento do tomador do empréstimo, indicativo para o tomador e para o banco.

14 – E mais, não há direito adquirido à concessão de linhas de crédito;

a liberação de empréstimo bancário depende do preenchimento de requisitos previamente definidos.

15 – Não é só; não é crível que o tomador de empréstimo bancário tenha algo a perder com o aconselhamento e negativa de concessão de novos empréstimos quando ultrapassada sua capacidade de endividamento. Ao contrário, ganham o Sistema Financeiro Nacional, o banco que irá conceder a linha de crédito e o próprio tomador do empréstimo, que deixará de engrossar as filas e cadastros de inadimplentes.

16 – Nessa ordem de idéias, reveste-se de relevante plausibilidade jurídica a resistência à execução da decisão em comento.

(Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Presidente Catão Alves, j. em 31.12.2002, DJ de 20.1.2003, cópia da decisão anexa, os grifos são do original. Cabe destacar que a decisão em referência foi confirmada pela Corte Especial do Tribunal, em decisão unânime, em julgamento realizado no dia 25.3.2010, acórdão ainda não publicado.)

## V – DO PEDIDO

66. Diante das razões expostas, o Banco Central do Brasil requer a suspensão da execução da liminar (tutela antecipada) concedida nos autos da Ação Civil Pública nº 2006.01.00.003761-0 pelo juízo da 14ª Vara Federal Cível da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo,<sup>15</sup> confirmada no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2006.03.00.057069-2 (AI 270756), prolatado pela egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região,<sup>16</sup> até o trânsito em julgado da decisão final a ser proferida no processo em referência ou até o julgamento da medida pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 271, § 3º do RISTJ).

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 9 de abril de 2010.

---

15 A referida Vara Federal tem endereço na Av. Paulista, nº 1.682, Bela Vista, São Paulo (SP), Fórum Pedro Lessa, CEP: 01310-200, Telefax: (11) 2172-4317.

16 O Tribunal Regional Federal da 3ª Região tem endereço na Av. Paulista, nº 1.842, Torre Sul, Bela Vista, São Paulo (SP), CEP 01310-100, PABX (11) 3012-1000, subsecretaria da 3ª Turma, ramal 1381.

*Luiz Ribeiro de Andrade*  
*Subprocurador-Geral*

*Fernando José Sakayo de Oliveira*  
*Procurador – OAB/DF 15.934*

*Flávio José Roman*  
*Coordenador-Geral*

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

1. Os trabalhos devem ser encaminhados ao Conselho Editorial da Revista da PGBC, pelo endereço [revista.pgbc@bcb.gov.br](mailto:revista.pgbc@bcb.gov.br), em arquivo Word ou RTF, observando-se as normas de publicação e os parâmetros de editoração adiante estabelecidos.
2. Os autores filiados a instituições estrangeiras podem encaminhar trabalhos redigidos 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 “grifo(s) nosso(s)”, entre parênteses.
  - SISTEMA DE CHAMADA DAS CITAÇÕES: O sistema de chamada das citações deve ser o sistema autor-data. Por esse meio de chamada, em vez de número que remeta a nota do rodapé com os dados bibliográficos da publicação citada e, ainda, em vez de toda a referência entre parênteses, emprega-se o sobrenome do autor ou o nome da entidade, a data e a(s) página(s) da publicação de onde se retirou o trecho transcrito. Vejam-se os exemplos:
    - > *Citação direta com até três linhas sem o nome do autor expresso no texto:*

[...] O § 1º do citado art. 47 dá poderes aos estatutos para “criar outros órgãos necessários à administração”, e o art. 48 prevê a possibilidade de que os órgãos de administração contratem gerentes técnicos ou comerciais que não pertençam ao quadro de associados. (BRASIL, 1971).

- > *Citação direta com até três linhas com o nome do autor expresso no texto:*

[...] nas palavras do próprio Serick (*apud* COELHO, 2003, p. 36):  
“[...] aplicam-se à pessoa jurídica as normas sobre capacidade ou valor humano, se não houver contradição entre os objetivos destas e a função daquela.”

- > *Citação direta com mais de três linhas sem o nome do autor expresso no texto:*

[...] Em relação aos órgãos de administração, a Lei Cooperativa prevê, em seu art. 47:

A sociedade será administrada por uma Diretoria ou Conselho de Administração, composto exclusivamente de associados eleitos pela Assembleia Geral, com mandato nunca superior a 4 (quatro) anos, sendo obrigatória a renovação de, no mínimo, 1/3 (um terço) do Conselho de Administração. (BRASIL, 1971).

Dessa forma, as cooperativas de crédito no Brasil devem optar por serem administradas por uma [...]

- > *Citação direta com mais de três linhas com o nome do autor expresso no texto:*

[...] Nas palavras de Martins (2001, p.135), a sociedade comercial pode ser conceituada como

[...] a entidade resultante de um acordo de duas ou mais pessoas, [sic] que se comprometeram a reunir capitais e trabalho para a realização de operações com fim lucrativo. A sociedade pode surgir de um contrato ou de um ato equivalente a um contrato; uma vez criada, e adquirindo personalidade jurídica, a sociedade se autonomiza, separando-se das pessoas que a constituíram.

Essa reunião social, conhecida pelos nomes “empresa”, “firma”, “sociedade”, “entidade societária” etc., [...]

- > *Citação indireta sem o nome do autor expresso no texto (não se aplica o critério de número de linhas):*

[...] Críticos a esse modelo argumentam que os administradores podem atribuir a essa busca por atender expectativas dos *stakeholders* a responsabilidade por eventuais resultados negativos do negócio, mas reconhecem sua capacidade em agregar os esforços das partes

interessadas em torno de objetivos de longo prazo e o sucesso da empresa. (MAHER, 1999, p. 13).

- > *Citação indireta com o nome do autor expresso no texto (não se aplica o critério de número de linhas):*

[...] Cornforth (2003, p. 30-31), na tentativa de estabelecer um modelo de análise apropriado para organizações sem fins lucrativos e tomando por base a taxonomia proposta por Hung (1998, p. 69), foca a atenção nos papéis que o conselho desempenha, relacionando sua significância com as teorias associadas a cada papel na busca de uma abordagem multiteórica capaz de melhor explicar os diferentes papéis do conselho.

11. REFERÊNCIAS – Todos os documentos mencionados no texto devem constar nas Referências, que devem posicionar-se um espaço duplo depois do fim do texto. O destaque no nome do documento ou do evento no qual o documento foi apresentado deve ser negrito. Ressalte-se que, no caso de publicações eletrônicas, devem ser informados o local de disponibilidade do documento e a data do acesso a ele. Vejam-se exemplos:

FLORENZANO, Vincenzo Demétrio. **Sistema Financeiro e Responsabilidade Social**: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito. São Paulo: Textonovo, 2004.

ROMAN, Flávio José. A Função Regulamentar da Administração Pública e a Regulação do Sistema Financeiro Nacional. In: JANTALIA, Fabiano. **A Regulação Jurídica do Sistema Financeiro Nacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008**. Dispõe sobre o Sistema de Consórcio. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 de outubro de 2008. Seção 1. p. 3. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

SEMINÁRIO BRASILEIRO SOBRE A ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL, 2., 2008, Brasília. **Anais...** Brasília: Escola da AGU, 2008, 300 p.

CARVALHO, Danilo Takasaki. Sistema de Pagamentos em Moeda Local: aspectos jurídicos da nova alternativa para remessas de valores entre o Brasil e a Argentina. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, v. 2, n. 2, 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**

