

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Volume 2 – Número 2
Dezembro 2008





BANCO CENTRAL DO BRASIL

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

Volume 2 • Número 2 • Dezembro 2008

Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central
Volume 2 • Número 2 • Dezembro 2008

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

Diretora da Revista da PGBC

Marusa Vasconcelos Freire

Editor da Revista da PGBC

Fabiano Jantalia Barbosa

Comitê Consultivo do Cejur

Haroldo Mavignier Guedes Alcoforado, Subprocurador-Geral

Marusa Vasconcelos Freire, Coordenadora-Geral do Cejur

Marcus Vinícius Saraiva Matos, Consultor Jurídico

Conselho Editorial da Revista da PGBC

Marusa Vasconcelos Freire, Presidente

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer, Vice-Presidente

Alexandre Magno Fernandes Moreira, membro efetivo

Lademir Gomes da Rocha, membro efetivo

Marcus Vinícius Saraiva Matos, membro efetivo

Tânia Nigri, membro efetivo

Vincenzo Demétrio Florenzano, membro efetivo

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 ou 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, 2008.

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 Especial

João Correia de Magalhães

Consultor Jurídico Especial

José Maria dos Anjos

Consultor Jurídico

Marcus Vinícius Saraiva Matos

Chefe de Gabinete do Procurador-Geral e Coordenadora do Centro de Estudos Jurídicos

Marusa Vasconcelos Freire

Gerente da Gerência de Registros Jurídicos e Controles Financeiros

Neuza de Fátima Carvalho

Subprocurador-Geral titular da Câmara de Consultoria-Geral

Ailton Cesar dos Santos

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

Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira

Coordenador-Geral da Coordenação-Geral de Processos de Consultoria Monetária e Internacional

Cristiano de Oliveira Lopes Cozer

Subprocurador-Geral titular da Câmara de Contencioso Judicial

Luiz Ribeiro de Andrade

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

Ronaldo Lins Alves da Cunha

Coordenador-Geral da Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes

Flávio José Roman

Subprocurador-Geral titular da Câmara de Consultoria Administrativa

Arício José Menezes Fortes

Coordenador-Geral da Coordenação-Geral de Processos de Consultoria Administrativa

Niraldo Faria Baldini

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

Procurador-Regional da Procuradoria-Regional do Banco Central no Distrito Federal

Roberto Hidemitsu Yamashiro

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

Eliane Teixeira Cantelle

Procurador-Regional da Procuradoria-Regional do Banco Central em Pernambuco

Wagner Tenório Fontes

Procurador-Chefe da Procuradoria do Banco Central no Estado de Minas Gerais

João Batista Filho

Procuradora-Chefe da Procuradoria do Banco Central no Estado do Paraná

Liliane Maria Busato Batista

Procurador-Chefe da Procuradoria do Banco Central no Estado da Bahia

Rafael Bezerra Ximenes de Vasconcelos

Procurador-Chefe da Procuradoria do Banco Central no Estado do Ceará

Jáder Amaral Brilhante

Procuradora-Chefe da Procuradoria do Banco Central no Estado do Pará

Ana Leuda Tavares de Moura Brasil Matos

Sumário

Editorial

Apresentação – <i>Haroldo Mavignier Guedes Alcoforado</i> _____	9
Nota da Edição – <i>Fabiano Jantalia Barbosa</i> _____	13

Artigos

Contratación Bancaria: génesis y dinámica en las relaciones de consumo <i>João Alves da Silva</i> _____	17
Políticas de Responsabilidade Socioambiental nos Bancos: indutoras do desenvolvimento sustentável? <i>Maria de Fátima Cavalcante Tosini, Elvira Cruvinel Ferreira Ventura e Luciana Graziela Araújo Cuoco</i> _____	55
Normas Constitucionais de Justiça Social: incidência e eficácia no sistema financeiro <i>Flávio José Roman</i> _____	85
Breve Reflexão sobre o Conceito de Direito Adquirido <i>Leandro Sarai</i> _____	117
Notas sobre a Ilegalidade e a Inconstitucionalidade da Imposição do Ônus de Esgotamento de Diligências para o Deferimento da Penhora via Bacen Jud <i>Marlos Lopes Godinho Erling</i> _____	141

A Relação entre o Direito da Concorrência e a Atividade Bancária no
Âmbito da União Européia
Guilherme Centenaro Hellwig _____ 157

Aspectos Jurídicos dos Mecanismos de Compartilhamento Monetário:
currency board, união monetária e adoção de moeda estrangeira
Jefferson Siqueira de Brito Alvares _____ 179

Sistema de Pagamentos em Moeda Local: aspectos jurídicos da nova
alternativa para remessas de valores entre o Brasil e a Argentina
Danilo Takasaki Carvalho _____ 199

Pronunciamentos

Parecer PGBC-207/2008

Análise da juridicidade da limitação de taxas de juros remuneratórios em contratos bancários, bem como da constitucionalidade e legalidade da capitalização de juros e da comissão de permanência. Considerações acerca do Sistema Central de Risco de Crédito (CRC), do Sistema de Registro de Operações de Crédito com o Setor Público (Cadip), do Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (Cadin), do Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundo (CCF) e do Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro (CCS). Informações encaminhadas ao Superior Tribunal de Justiça, a título de subsídios para julgamento do Recurso Especial nº 1.061.530/RS sob o rito do art. 543-A do Código de Processo Civil, relativo a recursos repetitivos.

*Amílcar Ramirez Figueiredo M. de Lemos, Flávio José Roman e
Luiz Ribeiro de Andrade* _____ 225

Parecer PGBC- 239/2008

Análise do Projeto de Lei nº 3.161, de 2008, por meio do qual se propõe, como forma de coibir a interposição de recursos protelatórios no processo civil, a fixação de critérios para a incidência de juros progressivos de acordo com o número de recursos interpostos, caso estes não sejam conhecidos ou, uma vez conhecidos, sejam improvidos.

Amílcar Ramirez Figueiredo M. de Lemos, Luiz Ribeiro de Andrade e Francisco José de Siqueira _____ 271

Parecer PGBC- 254/2008

Análise da legitimidade, legalidade e natureza jurídica da Comissão de Permanência. Considerações acerca da relação da Comissão de Permanência com a correção monetária, os juros moratórios, a multa moratória e os juros compensatórios. Informações encaminhadas ao Superior Tribunal de Justiça, a título de subsídios para julgamento dos recursos especiais nº 1.063.343/RS e nº 1.058.114/RS sob o rito do art. 543-A do Código de Processo Civil, relativo a recursos repetitivos.

Amílcar Ramirez Figueiredo M. de Lemos e Flávio José Roman _____ 285

Petição PGBC-10581/2008

Contestação apresentada nos autos da Ação Civil Pública nº 2008.72.01.002881-4/SC, ajuizada pelo Ministério Público Federal, sustentando a ilegitimidade passiva do Banco Central e a improcedência do pedido de declaração de ilegalidade de cobrança de tarifa pela emissão de cheques de pequeno valor antes da Resolução nº 3.518, de 2007, uma vez que a competência para regular a matéria é do Conselho Monetário Nacional e que somente com a entrada em vigor dessa resolução o BCB passou a ter fundamento jurídico-normativo para exercer ação fiscalizadora tendente a reprimir a cobrança de tarifas sobre a emissão de cheques, independentemente de seu valor.

Yuri Restano Machado e Lademir Gomes da Rocha _____ 315

Petição PGBC-11518/2008

Contestação apresentada nos autos da Ação Civil Pública nº 2006.61.00.011828-2/SP, ajuizada pelo Ministério Público Federal, sustentando que as administradoras de cartão de crédito não se enquadram no conceito legal de instituição financeira, não estando assim sujeitas à fiscalização do Banco Central.

Patrícia Ornelas Gomes da Silva e Maria Macarena Guerado de Daniele _ 345

Normas para publicação de artigos na Revista da PGBC _____ 361

Apresentação

É com muita honra e satisfação que, a convite do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral, apresento a terceira edição da **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central** (Revista da PGBC).

Para mim, em particular, que tive a oportunidade de colaborar mais de perto para o lançamento da edição inaugural da **Revista da PGBC** – inicialmente o primeiro Presidente do Conselho Editorial, em outubro de 2006, e, posteriormente, no exercício da função de Chefe de Gabinete do Procurador-Geral –, é especialmente gratificante ver que ela já conquistou definitivamente seu espaço.

O reconhecimento e o prestígio alcançados pela **Revista da PGBC** no meio jurídico e acadêmico devem ser atribuídos, acima de tudo, à qualidade dos trabalhos publicados – peças judiciais, pareceres e artigos produzidos no ambiente do Banco Central e fora dele, envolvendo temas jurídicos especializados e altamente relevantes –, relacionados ao sistema financeiro, proporcionando, dessa forma, a divulgação do conhecimento a respeito de questões muito específicas e a ampliação do debate em torno das teses desenvolvidas.

A **Revista da PGBC** ganhou projeção e repercussão nacional e internacional, tendo em vista sua veiculação não apenas por meio impresso, mas também eletrônico, encontrando-se sua versão virtual acessível no sítio do Banco Central do Brasil na internet.

É inquestionável que as decisões adotadas pela autoridade monetária e supervisora do Sistema Financeiro Nacional repercutem em toda a economia do País, tocando a todos, direta ou indiretamente. Daí porque sua disciplina, seu regime jurídico, o papel do Banco Central do Brasil devem ser divulgados para a sociedade em geral, para a melhor compreensão e maior transparência de suas ações, o que vem sendo feito de forma elogiável por outros canais de comunicação da Autarquia, aos quais a **Revista da PGBC** se une.

Esse valioso instrumento de consulta ganha mais importância ainda se considerarmos que cada vez mais as matérias submetidas à apreciação do operador do Direito transbordam para outras áreas do saber, exigindo do intérprete uma visão multidisciplinar.

Para tanto, o intérprete não se pode prender à letra fria da norma. Já diziam os mestres que a interpretação literal é apenas o primeiro estágio na arte da hermenêutica. Para identificarmos o espírito da lei (*mens legis*), o caminho é mais longo e não constitui tarefa fácil, como pode aparentar ao leigo. É preciso percorrê-lo, num processo de investigação da *ratio legis*, procurando reconstruir o pensamento do legislador, levando em consideração o contexto histórico em que se insere, o tempo de sua edição e os fins colimados, para perquirir seu verdadeiro alcance. Tudo isso sem perder de vista o ordenamento jurídico como um todo, uma vez que a norma não existe isoladamente; ela está inserida num sistema jurídico com o qual deve estar em harmonia. Vale dizer, exige-se do intérprete o complexo exercício de avançar nos métodos de interpretação (lógica, autêntica, histórica, teleológica, sistemática, doutrinária, jurisprudencial) e enfrentar os aparentes conflitos de normas que eventualmente se apresentem, solucionando-os por meio de critérios reconhecidamente aplicáveis, relativos à hierarquia das leis, às questões de direito intertemporal, às de especialização (lei especial *versus* lei geral), à recepção ou conformidade da norma existente com a ordem constitucional inovada etc.

Apesar do tormentoso desafio que se coloca para o intérprete, diz-se que aí reside a beleza do Direito, em ser polêmico por natureza, na sua constante mutação, na controvérsia permanente que desperta, na qual ninguém é o dono da verdade e tudo depende do exame do caso concreto, em que as decisões judiciais conflitantes podem revelar aparente insegurança jurídica. Há hoje forte tendência no sentido da relativização dos princípios, já não mais considerados absolutos, bem como de que o direito posto, a norma em tese, ainda que de estatura constitucional, sujeitam-se à ponderação de valores quando de sua aplicação às situações concretas.

Mas devemos também considerar que tudo isso faz parte do Direito e de sua evolução, pois ele não é estático, mas sim dinâmico. Se interpretar as leis fosse tarefa simples, as decisões seriam sempre unânimes nos tribunais, situação que só encontra lugar no campo do raciocínio hipotético e utópico, pois, do contrário,

seria subestimar a dimensão do Direito, sua importância e repercussão sobre a vida das pessoas.

Nesse contexto, é de suma importância a edição de artigos produzidos por profissionais especializados em sistema financeiro, que se dedicaram ao estudo e à pesquisa, agregando a experiência prática, para dar sua contribuição à literatura jurídica, oferecendo ao intérprete subsídios que o auxiliem, diante do exame do caso concreto, a encontrar a melhor interpretação, de forma embasada, juridicamente segura, consistente e coerente com os objetivos da norma, dando-lhe sentido e concretude.

Nessa perspectiva, esta nova edição só merece aplausos e representa mais um significativo passo nessa direção. A **Revista da PGBC** é, portanto, preciosa fonte de consulta doutrinária colocada à disposição da comunidade jurídica, de modo a propiciar a difusão da cultura jurídica, a reflexão, o debate e o pensamento crítico, e é orgulho de todos nós, Procuradores do Banco Central do Brasil.

Brasília, 30 de dezembro de 2008.

Haroldo Mavignier Guedes Alcoforado

Subprocurador-Geral titular da
Câmara de Contencioso Administrativo e Consultoria Penal
da Procuradoria-Geral do Banco Central

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas.
Mestre em Direito Econômico pela Universidade Gama Filho.
Professor em cursos de pós-graduação em Direito da Fundação Getúlio Vargas.

Nota da Edição

O cenário econômico internacional que se desenha ao final deste ano de 2008 coloca no centro da agenda mundial o debate acerca do papel das autoridades reguladoras e supervisoras do sistema financeiro internacional. Revisitando o contexto do arcabouço de governança dos mercados financeiros concebido pelo Acordo de Bretton Woods e as premissas que vêm orientando boa parte das ações dos órgãos de regulação, a produção acadêmica vem ganhando renovado fôlego para fornecer contribuições para a evolução do debate.

Fiel a seus propósitos de divulgar trabalhos jurídicos relacionados com as áreas de atuação do Banco Central do Brasil e de estimular o estudo, a reflexão e a investigação de temas relacionados ao Direito Econômico da Regulação Financeira, o número 2 do volume 2 da **Revista da PGBC**, ora apresentado, traz artigos e manifestações jurídicas acerca de temas sensíveis nessa seara. São discutidos os preceitos norteadores da regulação bancária, enfrentando questões polêmicas como a disciplina dos contratos bancários, a função social do sistema financeiro e a responsabilidade das instituições que o compõem. No prisma internacional, são discutidos assuntos igualmente importantes, como os mecanismos de compartilhamento monetário e os sistemas de pagamentos em moedas locais.

Abrindo a seção de artigos, na qualidade de colaborador externo, João Alves Silva, do Banco do Brasil, brinda-nos com um estudo, em espanhol, sobre os contratos bancários, que foi desenvolvido no âmbito do programa de Doutorado em Direito da Universidade Nacional de Buenos Aires (UBA), na área de advocacia preventiva nas relações de consumo. O autor analisa as peculiaridades desse tipo de relação contratual, identificando as tensões, os conflitos e o impacto da tecnologia sobre a dinâmica das relações entre instituições financeiras e seus clientes.

Em seguida, Maria de Fátima Cavalcante Tosini, Elvira Cruvinel Ferreira Ventura e Luciana Graziela Araújo Cuoco, analistas do Banco Central, investigam

de que maneira as políticas de responsabilidade socioambiental dos bancos podem ser indutoras do desenvolvimento sustentável. As autoras contextualizam essas iniciativas no ambiente dos movimentos sociais e ambientais, traçando um histórico do envolvimento dos bancos com tais questões, no Brasil e no mundo.

O tema da justiça social é abordado por Flávio José Roman, Procurador do Banco Central, que analisa a incidência e a eficácia das normas constitucionais de justiça social na regulação do sistema financeiro nacional. Após destacar algumas normas de cunho social firmadas na Carta Magna, o procurador demonstra sua aplicabilidade com precedentes do Supremo Tribunal Federal e aborda sua incidência nas leis e normas infralegais de fomento ao microcrédito.

Na busca de bases mais concretas para a solução jurídica de casos práticos, principalmente em questões de cunho econômico, Leandro Sarai oferece sua perspectiva acerca do conceito de direito adquirido. Após uma revisão de literatura acerca do conceito corrente, Leandro propõe algumas bases para identificar o que de fato atribui a qualidade de “adquirido” a um direito.

Em nova contribuição para a revista, Marlos Lopes Godinho Erling defende o pleno uso do Sistema Bacen Jud, sustentando a ilegalidade e a inconstitucionalidade da imposição, ao exeqüente, por órgãos jurisdicionais, do ônus de demonstração do esgotamento de diligências, de ordem extrajudicial, como requisito para a utilização do referido sistema. Recorrendo ao exame da legislação processual em vigor, Marlos assevera que a penhora de dinheiro teve sua juridicidade reforçada pelas recentes reformas legislativas, sobretudo porque garante a eficácia do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, nos termos da Constituição da República, sem que haja violação ao direito fundamental de sigilo bancário.

No plano dos temas internacionais, Guilherme Centenaro Hellwig investiga o papel desempenhado pela defesa e a promoção da concorrência na busca da construção de um ambiente comunitário europeu no qual os agentes econômicos possam se movimentar livremente, em um mercado interno único. O autor examina a importância das autoridades européias na consolidação do mercado bancário único europeu, estudando como o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias e a Comissão Européia contribuíram para uma efetiva implementação das regras concorrenciais comunitárias no setor bancário do Velho Continente. Jefferson Siqueira de Brito Alvares trata dos mecanismos de

compartilhamento monetário, que, segundo retratado por ele, servem à função de angariar credibilidade à política econômica, mediante a renúncia ao exercício da política monetária pelas autoridades nacionais, além de permitir a redução de custos de transação no comércio internacional associados à existência de padrões monetários diversos.

Por fim, Danilo Takasaki Carvalho apresenta os principais aspectos jurídicos do Sistema de Pagamentos em Moeda Local (SML), operado pelos bancos centrais do Brasil e da Argentina desde outubro de 2008. Para tanto, ele examina os textos normativos editados pelas diversas instituições envolvidas com a criação do sistema, à luz da literatura jurídica e econômica sobre o assunto e de informações existentes em processos administrativos arquivados no Banco Central.

Na seção de pronunciamentos, foram selecionados pelo Conselho Editorial dois pareceres que serviram de base a informações prestadas pelo Banco Central ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento de causas pertinentes à limitação de juros remuneratórios e comissão de permanência, além de parecer sobre um projeto de lei que se propõe a fixar critérios para a incidência de juros progressivos de acordo com o número de recursos interpostos, como forma de coibir o manejo da via recursal para fins protelatórios. Além disso, são publicadas duas peças de contestação apresentadas pelo Banco Central em ações civis públicas, uma buscando a declaração de ilegalidade da cobrança de tarifa pela emissão de cheques de pequeno valor e outra buscando o reconhecimento judicial da obrigação do Banco Central de fiscalizar as administradoras de cartão de crédito.

Brasília, 30 de dezembro de 2008.

Fabiano Jantalia

Editor da Revista da PGBC

Coordenador-Geral substituto do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral.

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília (UnB).

Especialista em Direito do Estado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Contratación Bancaria: génesis y dinámica en las relaciones de consumo

João Alves Silva*

1 Introducción. 2 El fenómeno de la bancarización. 3 Categorías y conceptos contractuales. 4 Contratación bancaria moderna. 5 Contratos por adhesión I: de la negociación hacia la herramienta. 6 Contratos por adhesión II: dinámica de las tensiones. 7 Relacionalidad y conflicto. 8 Impactos tecnológicos y contenidos emergentes. 9 Riesgos crediticios y recursos de los consumidores: planteos contrapuestos. 10 Profilaxis contractual y gobierno de los contratos: a modo de consideraciones finales.

Resumen

Aborda la complejidad de la contratación bancaria en el ámbito de las relaciones de consumo de los servicios bancarios y los cambios vertiginosos a la que fue sometida en los últimos años en razón de los cambios normativos y de las estrategias empresariales. Subraya la multiplicidad de fuentes normativas públicas y privadas, con énfasis para las influencias que ejercen en el contexto intra e interdisciplinario. Analiza los nuevos parámetros para la contratación bancaria moderna, incluyendo la bancarización, los impactos tecnológicos, los contenidos emergentes de la teoría contractual, la microconflictividad y la prevención de los procesos conflictivos. Estudia las contradicciones inherentes a las tensiones distributivas, aplicando los criterios jurídicos y económicos y

* João Alves Silva é doutor em Direito, advogado, professor de Direito Empresarial e supervisor de projetos especiais da Universidade de Fortaleza (Unifor); mestre em Direito Constitucional, pesquisador do Programa UniBB de Pós-Graduação do Banco do Brasil no Programa Doutorado em Direito da Universidade Nacional de Buenos Aires (UBA) na área de advocacia preventiva nas relações de consumo; membro do Instituto de Investigações Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, da UBA.

sugiere modelos para la *profilaxis* contractual en el gobierno de los contratos bancarios en las relaciones de consumo.

Palabras-clave: Banco. Contrato. Consumo. Regulación. Economía.

Resumo

Trata da complexidade da contratação bancária no âmbito das relações de consumo e das mudanças vertiginosas a que foi submetida nos últimos anos em decorrência das modificações normativas e das estratégias empresarias. Destaca a multiplicidade de fontes normativas públicas e privadas, com destaque para as influências que exercem no contexto intra e interdisciplinar. Analisa os novos parâmetros para contratação bancária moderna, incluindo a bancarização, os impactos tecnológicos, os conteúdos emergentes da teoria contratual, a relacionalidade contratual, a microconflitividade e a prevenção dos processos conflitivos. Estuda as contradições próprias das tensões distributivas, aplicando os critérios jurídicos e econômicos e sugere modelos para uma profilaxis contratual no governo dos contratos bancários aplicados às relações de consumo.

Palavras-chave: Banco. Contrato. Consumo. Regulação. Economia.

Abstract

This article discusses the complexity of banking contract in consumer relationships and the vertiginous changes which they have undergone in the last few years as a result of legislative changes and business strategies. It stresses the multiplicity of public and private normative sources, emphasizing the influences that they have in the intra and interdisciplinary context. It analyzes the new parameters for modern banking agreement, including the phenomenon of banking, the technological impacts, the emerging content of the contractual theory, the consumer relationship and contract, the prevention of conflicting suits. It studies the contradictions inherent distributional tensions, applying legal and economic criteria and it suggests a model for prophylaxis in government of banking contracts applied to consumer relations.

Keywords: Bank. Contract. Consumer. Regulation. Economy.

1 Introducción

Cambios vertiginosos han afectado la teoría de los contratos. La contratación bancaria es una de las actividades que más ha ensanchado su horizonte, por la intensa propagación de nuevos negocios y la compleja red de relaciones que se formaron alrededor de su puesta, en la mayoría de los casos incorporando conocimientos provenientes de otras áreas. La pluralidad de fuentes y técnicas es intra e interdisciplinaria.

La contratación bancaria como especie de los contratos mercantiles representa muchas actividades que pueden ser individualizadas: las que resultan de las relaciones de consumo se incluyen entre las más importantes. Tan así es, porque este segmento alberga un sinnúmero de contratos formales, facilitando la identificación, estudio y sistematización de sus rasgos generales y particulares.

Además de la expresa cantidad de los contratos bancarios de consumo, existe un profuso normativismo protectorio de los consumidores que alcanza la casi totalidad de los negocios de la banca en las relaciones de consumo y pone en evidencia la dimensión de estos negocios. Los contratos dejan de ser una cuestión exclusiva de las partes directamente involucradas para convertirse en un tema de interés social.

La contratación bancaria masiva es contemporánea de los primeros movimientos de defensa de los consumidores en los años 1950. A pesar de las limitaciones tecnológicas de sus inicios, algunas características del negocio bancario con los consumidores siempre fueron muy evidentes, entre ellas la predisposición de las cláusulas contractuales establecidas por los bancos, el expansionismo de la clientela y la intensificación de la oferta de servicios.

Estas perspectivas se establecieron en los espacios de libertad normativa del sistema, lo que permitió a las entidades bancarias ofrecer una extensa lista de contratos atípicos, basada en una normativización privada pensada para los nuevos negocios que desarrollaban y pretendían introducir en el mercado. Tan así es, porque los negocios se modificaban de manera vertiginosa y no siempre consideraban en términos estrictos el normativismo público.

En el marco de la economía capitalista liberal prevaleciente en la mayoría de los países del mundo, incluso los del Sur,¹ esta dinámica ha generado una serie de cambios que ponen de relieve aspectos muy particulares de la contratación bancaria: *i*) el fenómeno de la bancarización creciente incorpora segmentos socioeconómicos hasta entonces ausentes; *ii*) el impacto tecnológico modifica las formas de consentimiento; *iii*) los nuevos contenidos contractuales plantean interrogantes complejos y difíciles de resolver.

Los cambios determinados por la bancarización, el impacto tecnológico y los contenidos contractuales emergentes ponen en crisis los postulados clásicos del derecho de los contratos. Los viejos postulados, pilares propios de la tradición romanista, necesitan de una revisión o actualización para incorporar de manera armónica la nueva dinámica de los negocios y las exigencias sociales.

Entre los contenidos emergentes es posible identificar temas tales como: *i*) el acceso al consumo; *ii*) el medio ambiente; *iii*) los derechos sociales; *iv*) el proyecto de vida de las personas; *v*) la cultura; y tantos otros que no integraban el análisis del mundo de los contratos. Los contenidos referidos trajeron acoplada una controversia elemental: nadie parece hacerse cargo de la cuestión económica y de las tensiones distributivas.

No son pocos los intentos de excluir la contratación bancaria del encuadre de las leyes de defensa del consumidor. Con esto pretenden alejar las actividades bancarias del escenario de tensiones que implican la existencia de las modernas leyes de consumidores y la perspectiva social de los nuevos contenidos emergentes, ambos admitidos por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Esta es una de las principales razones de fondo que impulsa los intentos de las entidades bancarias para eximirse de este marco legal.

Por otro lado, algunas estrategias comerciales de la banca también interfieren en la génesis y dinámica contractual. Entre otras, tres manifestaciones pueden ser indicadas: *i*) la relacionalidad y discontinuidad de los contratos; *ii*) la renegociación transformada en mecanismo para la conservación de los negocios; *iii*) los ahorros de los consumidores expuestos a los riesgos resultantes de las tensiones que involucran los contenidos sociales emergentes.

1 El término "Sur" es utilizado para indicar los países de la franja periférica en relación a los mercados centrales del "Norte", con independencia de su localización geográfica.

En el presente artículo se abordará la interfase entre las temáticas clásicas y novedosas, con el enfoque crítico indispensable para la generación de ideas capaces de superar las insuficiencias existentes y contribuir al avance teórico y práctico de la contratación en las relaciones de consumo de servicios bancarios.

2 El fenómeno de la bancarización

El neologismo bancarización tuvo sus primeros usos públicos en la etapa de expansión de la empresa financiera de los años 1990, especialmente entre los técnicos de los bancos centrales, asociaciones de bancos, organismos financieros internacionales, *etc.* Se la utilizaba comúnmente para sintetizar la explicación de determinados fenómenos vinculados con la expansión de la cobertura de los servicios bancarios en determinados países o regiones específicas.

Aunque una de sus vertientes sea la identificación de la cobertura del sistema financiero y bancario de países o regiones, con el fin de establecer plataformas que incorporen nuevos clientes de manera progresiva, se sabe que en los círculos especializados es un proceso rigurosamente estudiado y a la vez muy anhelado por diferentes sectores: *i)* gobiernos; *ii)* bancos; *iii)* empresas no bancarias; *iv)* consumidores; *v)* comunidades; *etc.* Nadie desconoce las ventajas del atesoramiento de los recursos disponibles en el mercado para el sistema financiero y los reflejos positivos en la capacidad de financiación de los bancos.

La convergencia de intereses por la bancarización presenta así una identidad común en cuanto a su existencia, pero luego se ramifica según los objetivos individuales de las personas e instituciones. Para los gobiernos representa la formalización de la economía y el aumento de capitales disponibles para la financiación de inversiones productivas u otras. Además, se trata de una herramienta efectiva contra el lavado de dinero y la evasión de impuestos. Los bancos ven en la bancarización la oportunidad de expansión de la clientela y de los negocios; por ende, de las ganancias.

Las empresas no bancarias se benefician por el aumento de la disponibilidad de crédito generada por el ahorro público bancarizado y también por el incremento de las actividades económicas en general. Los consumidores tienen a su favor servicios puestos a su disposición por las entidades bancarias que antes

no existían o no tenían la intensidad necesaria. La comunidad es beneficiada por el desarrollo económico y en consecuencia la posibilidad de mejoría de los servicios públicos provistos por el Estado.

No es intención de este artículo ahondar en detalles sobre los efectos macro y microeconómicos derivados de la bancarización en todos los sectores indicados, sino más bien analizar de manera crítica los reflejos del fenómeno en las relaciones de las entidades bancarias con sus consumidores. Si bien es posible reconocer puntos en común en cuanto a los beneficios de la bancarización, su existencia no está exenta de problemas en cuanto a su significado y alcance.

La primera aclaración necesaria está relacionada con el concepto de bancarización. No se trata tan solamente de la expansión de los servicios en determinado espacio geográfico. Liliana Moralez y Álvaro Yáñez (2006) lograron actualizar el concepto, segmentándolo en tres dimensiones: *i)* profundidad; *ii)* cobertura; *iii)* intensidad de uso. Según los autores,

el concepto de bancarización involucra el establecimiento de relaciones de largo plazo entre usuarios e intermediarios financieros. En este sentido no constituye bancarización el acceso puntual de un grupo de usuarios a un determinado tipo de servicios.

La primera dimensión –profundidad– es develada por los indicadores resultantes del entrecruzamiento del Producto Bruto Interno (PBI) y los volúmenes bancarizados. También puede ser dimensionada por los activos bancarios sobre el PBI; cuanto más grande sea la relación, más bancarizada será la economía. Estos indicadores son muy utilizados para medir la confianza² de los agentes económicos hacia el sistema financiero.

No son frecuentes las investigaciones publicadas respecto de la dimensión profundidad. Las estadísticas pierden su validez en poco tiempo, según la dinámica de la economía.³ A su vez, los datos existentes presentan fechas y

2 La confianza es un elemento fundamental de la imagen institucional de la banca; un verdadero sostén del sistema bancario y financiero. Hemos investigado la relación entre confianza e imagen institucional en el ámbito del instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, da la Universidad de Buenos Aires (UBA), pero los límites del presente artículo no permiten ahondar más acerca del tema.

3 Para superar el problema, la Federación Latinoamericana de Bancos (Felaban) instituyó en el año 2008 el índice comparativo de bancarización en la región. Su presidente, Fernando Pozo ha afirmado que uno de los principales objetivos es ampliar el acceso de la población a los servicios bancarios y aumentar el negocio bancario. La investigación estará a cargo de la Licenciada Liliana Rojas, del “Center for Global Development”, con sede en Washington, EE.UU. Conferencia

resultados dispares, no permitiendo el acompañamiento seguro. A pesar de las dificultades, todas ellas tienen un común denominador: la profundidad es asimétrica y en la mayoría de los casos muy baja.

En la Argentina, la Universidad de Belgrano investiga hace varios años los Indicadores de la Nueva Economía, entre ellos el Índice de Confianza en el Sistema Financiero (ICSF) (BEBER, 2008). Si bien conviene considerar que el problema fue agudizado por la crisis muy severa ocurrida en el año 2001 –“corralito” y “corralón”–, la confianza siempre estuvo alrededor del 30%, lo que permite inferir una desconfianza hacia el sistema financiero, principalmente los bancos (RUIZ, 2007, p. 125-132).

La segunda dimensión –cobertura– es comúnmente confundida con la bancarización misma, pues se relaciona con la ocupación de los espacios geográficos. Esta dimensión puede ser verificada por: *i*) número de medios de pago; *ii*) cantidad de sucursales y corresponsalías; *iii*) número de cajeros automáticos, incluso las opciones de extracciones y depósitos. Todos los criterios son aplicados sobre la población existente en el espacio geográfico delimitado. Esta es la dimensión más importante para evaluar el acceso básico de las Pymes⁴ y consumidores de menores ingresos en las zonas alejadas de los centros financieros; también es muy valorada por las comunidades.

La tercera dimensión –intensidad de uso– se vincula a la cantidad de transacciones bancarias realizadas por la población de referencia en determinado espacio geográfico. En ella se puede verificar el uso proporcional de los servicios disponibles según la dimensión cobertura, es decir: *i*) cantidad de créditos solicitados; *ii*) transacciones; *iii*) variedad de medios de pago; *iv*) balance de pagos; *etc.*

Las dimensiones indicadas por Liliana Moralez y Álvaro Yáñez permiten constatar que una práctica muy común en los países del Sur desnaturaliza el concepto de bancarización, pues no incorporan los elementos intensivos y extensivos pregonados: se trata del uso accidental o forzado del sistema financiero –agentes de seguros, bancos, corresponsalías, *etc.*– que abulta las estadísticas.

dictada a la prensa brasileña en 1º/4/2008. Disponible en: <<http://portalexame.abril.com.br/ae/economia/m0155945.html>>. Acceso en: 4 abr. 2008.

4 “pyme” es acrónimo de *pequeña y mediana empresa*, en el jargón jurídico y económico del Mercosur.

En línea con el concepto expuesto, que se considera el más completo, especialistas de la consultora Accenture⁵ sostienen que la bancarización no es una cuestión de cantidad, sino más bien de calidad: “los bancos comerciales deberían focalizarse en la mejor atención a su actual base de clientes minoristas antes de lanzarse a una búsqueda incierta y costosa entre los que no usan servicios financieros, si lo que en verdad quieren es ampliar su base de negocios”.

Según los estudios desarrollados por la consultora, contra la opinión generalizada, el potencial de población bancarizable no es alto. Los datos de la investigación realizada en 2005 apuntan que 70% de la población bancarizable de la Argentina ya estaría bancarizada, correspondiendo a 7,8 millones de personas, pues la base del cálculo debe ser realizada considerando solamente la población con ingresos económicos suficientes. Los segmentos ABC1, C2, C3 y D, totalizan 11,1 millones de personas. Los cálculos excluyeron los 9,8 millones del segmento D, pues éstos no pueden acceder al sistema por los bajos ingresos.

Si los vínculos del cliente no propician el uso intenso de la cobertura de servicios que la entidad bancaria propone, no se genera la profundidad deseada y se podrá hablar de una bancarización endeble.⁶ La bancarización endeble o la ampliación forzada de la base de consumidores (SOZZO, 2005, p. 266) tiene otros inconvenientes más específicos: *i*) no efectiviza la captación de ahorros y su inversión productiva; *ii*) amplía las posibilidades de procesos conflictivos; *iii*) expone a las entidades bancarias y sus consumidores a los efectos perversos del sobreendeudamiento.

Por fin, no se puede desconocer que la bancarización es posterior a la inclusión económica. Los índices que comparan el desempeño de los países deben tener en cuenta estas ponderaciones. Y los países económicamente más desarrollados tienden a presentar mejores índices de bancarización, pero cuando unos u otros atraviesan crisis profundas en su sistema financiero, la bancarización es afectada de igual manera. Con esto se constata que los niveles de bancarización avanzados que se observan en países del Norte no se pueden repetir en el Sur en razón de otras asimetrías que están más allá de la bancarización misma.

5 “Hay poco margen para bancarizar más”. Por Javier Blanco, La Nación, Buenos Aires, 11/11/2005.

6 La bancarización endeble está representada, v.g., por los siguientes servicios: cuentas-sueldo, pago de jubilaciones, pago de impuestos y cuentas personales. Por eso los bancos centrales y las entidades bancarias han permitido la derivación de los servicios que no generan el beneficio del binomio ahorro público/inversión para lo que se denomina corresponsalia bancaria: supermercados, casas de lotería, farmacias, correos, comercios adheridos, etc.

3 Categorías y conceptos contractuales

Desde siempre la actividad bancaria fue reconocida como la organización para recolectar el ahorro del público y realizar préstamos para los tomadores interesados, mediante remuneración activa y pasiva del capital. Los contratos bancarios se refieren a los acuerdos típicos o atípicos realizados por los bancos con sus clientes. Aunque la actividad clásica relacionada con la captación del ahorro público y los préstamos pueda ser realizada por otras personas e instituciones, sólo se considera contratación bancaria cuando por lo menos uno de los polos contratantes es una entidad bancaria.

Por supuesto que la simple presencia de un banco en el contrato no es suficiente para que se esté frente a una contratación bancaria. Las entidades bancarias realizan varios negocios jurídicos: *i)* compraventa y alquiler de inmuebles para el funcionamiento de sus sucursales; *ii)* contratación del suministro de energía eléctrica; *iii)* adquisición de productos y servicios de informática, *etc.*, pero su participación en estas condiciones no es suficiente para caracterizar la contratación bancaria.⁷

Al mismo tiempo, en la actualidad, la idea clásica de captación del ahorro público y su contracara, el préstamo para los tomadores, ya no es la única forma de reconocimiento típico de la actividad bancaria. Un sinnúmero de nuevas operaciones sencillas y complejas es realizado por las entidades bancarias sin que impliquen la captación o préstamo de recursos.

Algunos autores todavía clasifican las nuevas operaciones bancarias como atípicas, accesorias o neutras (RODRÍGUEZ AZUERO, 2003, p. 171; COVELLO, 2001, p. 216; BARREIRA DELFINO, 2006, p. 255-256; COELHO, 2006, p. 450). Estas clasificaciones padecen de una disfunción material por no responder a la incidencia, profundidad e importancia de la contratación bancaria no clásica, develando una crisis conceptual en cuanto a la correspondencia entre el objeto y su significado en estos nuevos tiempos.

Basta con ver en detalle los balances de los bancos comerciales y será posible observar que las cuentas o estados de resultado sufrieron cambios en el perfil de sus ingresos desde las operaciones clásicas (tasas de interés) hacia una

⁷ Según las concepciones más comunes sobre las relaciones de consumo, puede darse el caso de que el propio banco sea considerado un consumidor en tales contrataciones.

multiplicidad de otras prestaciones que integran el nuevo quehacer bancario: los contenidos emergentes y los avances tecnológicos produjeron cambios tan profundos que en la actualidad es posible admitir la existencia y progreso comercial de un banco sin que éste realice las operaciones clásicas.

Otro cambio de la modernidad en la contratación bancaria está relacionado con la presencia y reconocimiento de los derechos de los consumidores.⁸ Se sabe que no todos los contratos bancarios son relaciones de consumo, pero se puede afirmar que la mayoría de los contratos firmados por la banca comercial está encuadrada en las leyes de protección a los consumidores. La constatación justifica la importancia que tienen estos contratos en la organización general de la actividad bancaria y de la sociedad, incluso en lo que atañe a la existencia y gestión de los procesos conflictivos.

La presencia intensiva de los consumidores en la contratación ha llevado a la teoría contractual a reconocer la existencia de una subespecie derivada de la contratación bancaria. Las observaciones agudas de Eduardo Barbier (2002, p. 219-220) indican que resulta significativamente provechoso en materia de interpretación e integración negocial identificar este nuevo orden metodológico. Según el autor,

también permite describir procedimientos adecuados para atender a las particularidades que en ese ámbito se suceden y, al mismo tiempo, ofrecer la posibilidad de diseñar parámetros para ejercer un control efectivo. En particular pueden redactarse reglas de información, documentación y ejecución contractual que incluso exceden las previstas por la ley de defensa del consumidor.

El diseño excedente de reglas protectivas costumizadas para la protección de determinados consumidores –generalmente predispuestas– no podrá ser realizado indiscriminadamente o sin identificar el ámbito preciso de aplicación que se pretende alcanzar, toda vez que no puede ser similar para cualquier especie de contratación debido a los diferentes tipos de clientes, sean considerados o no consumidores en los términos de la ley. Esta perspectiva pretende distinguirse de aquellas doctrinas que propugnan un derecho protectivo excesivamente amplio

8 También se sabe que el Derecho Bancario está afectado por las crecientes dimensiones regulatorias oriundas del Estado y de los organismos multilaterales. *In* Norton (199, p. 133).

para los consumidores. Así, se delimita la definición del espacio metodológico y conceptual para facilitar la efectivización y ampliación de los derechos y garantías consagrados por el Estado.

Al reconocer la aparición de una nueva categoría de sujeto de derecho (RODRÍGUEZ AZUERO, 2003, p. 178), el consumidor jurídicamente inexperto, la teoría contractual se actualiza para plantear los nuevos parámetros de comportamiento acorde con el interés social general y la tutela específica del consumidor. Se trata del desarrollo de un derecho especial (MACEDO JUNIOR, 2006, p. 10) en el interior de la contratación bancaria, que se fue paulatinamente independizando de la contratación bancaria general por las características propias de los agentes en interacción y la importancia económica y social de los consumidores.

Esta forma específica de concebir la contratación bancaria con los consumidores en la teoría contractual busca superar la deficiencia de los procesos que reproducen fórmulas para contextos y objetos que fueron severamente modificados con el paso del tiempo. Además incorporan de manera acrítica las nuevas realidades socioeconómicas, sin darse cuenta de la disfuncionalidad conceptual que perjudica la comprensión y aprehensión de los aspectos más notorios de la nueva contratación bancaria.

4 Contratación bancaria moderna

Una serie de problemas y complejidades afectan la contratación bancaria en la actualidad. No por eso se ha reducido el número de contratos, al contrario, la actividad bancaria es una de las que más realizan convenciones entre todas las ramas empresarias. A diferencia de otros tiempos, ahora los mecanismos por los cuales se pactan los contratos bancarios están integrados por un abanico mucho más amplio y complejo en cuanto al objeto y la forma, reflejando las interacciones en la sociedad misma.

Los bancos suelen tener relaciones contractuales de lo más diverso, pero solamente una parte de dichas relaciones pueden ser catalogada como relaciones de consumo: es lo que se puede denominar de calificación de vínculo

(LORENZETTI, 2003, p. 343-344). Según este criterio, para ser considerada contratación bancaria de consumo las operaciones deben pasar por dos filtros básicos: el primero es la participación necesaria de un banco en por lo menos uno de los polos contratantes y en el ejercicio de su actividad esencial; el segundo es el encuadre normativo en las leyes de protección de los consumidores.

La contratación bancaria ha sido desde siempre el eje alrededor del cual se desenvuelven las actividades de la banca y a la vez el soporte jurídico de todas las operaciones; además de ser un mecanismo eficaz para vincularse con la clientela (BARBIER, 2002, p. 1). Esta concepción inicial se sostiene en el tiempo, pero las formas han cambiado de manera vertiginosa. El cambio más representativo se relaciona con la manifestación de la voluntad.

En sus análisis sobre la autonomía de la voluntad contractual bancaria típica, Carlos Gerscovich (1999, p. 103-104) advierte que

en el campo de los contratos, la realización de negocios en masa por la empresa y la propaganda dieron lugar a la aparición de los autocontradictoriamente denominados “contratos forzosos”, contratos por adhesión y con condiciones generales predispuestas, cuyas justificadas críticas por los abusos a que dieron lugar se difundieron por doquier.

En la contratación bancaria con los consumidores prácticamente no existe otra forma que no sea la adhesión a contenidos predispuestos, sea entre presentes o ausentes. *Per se*, la adhesión ya provoca notorias diferencias estructurales, reflejando en todas las etapas posibles del contrato. Para Ricardo L. Lorenzetti (1996 p. 856),

ello no significa la desaparición de la teoría general del contrato, sino su ampliación, escapando de los límites en los que la ha encerrado la idea del “tipo”, para aprehender una noción abarcativa de lo que es un contrato dentro del sistema jurídico en su totalidad.

Otros aspectos ponen en evidencia las diferencias estructurales y también modifican el concepto clásico de la contratación: *i*) la presencia de mecanismos protectorios; *ii*) la normatividad contractual privada (MOSSET ITURRASPE, 2003, p. 141-143); *iii*) la conexión contractual; *iv*) la ignorancia legítima del

consumidor; v) la profesionalidad de la banca; *etc.* Los desequilibrios de fondo y forma distorsionan el sinalagma clásico y ubican la contratación con los consumidores en otro lugar epistemológico.

Estos elementos complejos son a la vez positivos y negativos. Por un lado brindan celeridad y están bajo el manto protector del orden público; por otro generan las diferencias de comprensión en cada una y todas las operaciones contratadas, especialmente por las asimetrías técnicas que generalmente disminuyen la seguridad del consumidor. El ambiente contractual difuso es muy propicio para la instalación de brotes de confusión, a los que Guido Alpa (1993, p. 511) denomina de “microconflictividad”.

A los fines de la abogacía preventiva en las relaciones de consumo es esencial lanzar una luz sobre la diferencia estructural relacionada a los mecanismos protectorios públicos. El reconocimiento de su existencia y operatividad pueden facilitar la integración de sus postulados a los diseños preventivos y así disminuir los espacios de microconflictividad. Por supuesto que las medidas implementadas no deben implicar la merma de los aspectos positivos que generan las diferencias estructurales, principalmente la celeridad de las transacciones y el respecto al orden público.

En los espacios de normatividad privada, las operaciones de la banca y los modelos de prevención jurídica a partir de los contratos dependen en última instancia de los lineamientos de la gestión empresarial. El planeamiento jurídico estratégico de la entidad bancaria podrá establecer metas de eficiencia contractual con el criterio básico de no conflictividad con la ley y la jurisprudencia estatal.

Por otro lado, la existencia de metas relacionadas con la eficiencia contractual desde el punto de vista jurídico no elimina la necesidad de los análisis económicos estrictos que puedan subsidiar la decisión administrativa; para las entidades bancarias tal perspectiva es vital y corresponde a la esencia de la actividad misma. Se sabe que la competencia influye en la postura de la banca frente a los riesgos con el objetivo de preservar o avanzar en el mercado.

En los análisis de los niveles de conflictividad de las entidades bancarias en los órganos de defensa de los consumidores de pronto emerge la pregunta: ¿Cuál es la influencia de las cláusulas contractuales en la determinación del conflicto? La respuesta no es sencilla y dependerá de las cláusulas que efectivamente son

utilizadas en el curso de la existencia del contrato. La simple existencia de una cláusula notoriamente abusiva sin operatividad sólo genera una tensión teórica.⁹

Al lado de las influencias propias del mercado competitivo, las decisiones administrativas de los órganos de defensa de los consumidores y la jurisprudencia de los tribunales podrán indicar las prioridades específicas de cada entidad bancaria para la mejor elección de todas las cláusulas en cada uno de los diferentes contratos que integran la compleja red contractual, sin olvidar que la disminución de los espacios de microconflictividad es una medida equiparable y sin oposición a los mejores diseños contractuales.

5 Contratos por adhesión I: de la negociación hacia la herramienta

Los contratos por adhesión surgieron ineludiblemente a partir del desarrollo de las grandes empresas y de la masificación del proceso de producción y distribución de bienes y servicios. En el año 1943, Friedrich Kessler (1943, p. 629-643) sentaba los primeros fundamentos teóricos de la técnica en su artículo más conocido: “Contratos por adhesión: algunas reflexiones sobre la libertad de contratación” (*Contracts of adhesion: some thoughts about freedom of contract*). El autor afirmaba que el desarrollo de las libertades empresariales basado en la división del trabajo sin precedentes necesitaba de un instrumento legal elástico que permitiera salvaguardar la dinámica del intercambio de bienes y servicios en el mercado, según la misma lógica de producción de las empresas.

Muchos factores contribuyeron directamente a la masificación contractual: *i*) la acelerada urbanización y su demanda por servicios; *ii*) el surgimiento de grandes empresas; *iii*) el suministro de bienes y servicios en gran escala; *iv*) la propaganda; y *v*) la concentración de capitales. La masificación generó cambios que eran incompatibles con la dinámica tradicional para la formación del contrato. El ritmo acelerado de las relaciones económicas exigía un instrumento

⁹ Las conversaciones establecidas con el Dr. Leonardo Lepíscopo, Asesor Jurídico de la Dirección Nacional de Defensa de Consumidores en la Argentina, dan cuenta de que un porcentaje muy expresivo de los reclamos de los consumidores están relacionados con la capacidad de pago de las prestaciones, sin que se pueda atribuir el problema a la asimetría de información, cláusulas abusivas, etc. ARGENTINA (2006).

expeditivo para la concreción de los negocios, sin perder la seguridad jurídica que también caracteriza el contrato.

La necesidad apuntada por Friedrich Kessler fue satisfecha por la adopción de los contratos celebrados por adhesión a contenidos predispuestos, en sustitución de aquellos instrumentos que se formaban a partir de la voluntad e intereses específicos de las partes intervinientes, después de la negociación. La contratación por adhesión fue la herramienta engendrada por la iniciativa empresaria para responder a la nueva dinámica que se impuso por la fuerza de su propia necesidad. Con todo, el contrato no pierde su primacía como instrumento indispensable para los intercambios económicos.

Ricardo L. Lorenzetti (2004, p. 62) aclara y ejemplifica de manera sencilla y directa:

el origen de este fenómeno es la necesidad de bajar costos de transacción: si un comerciante vende un producto, podrá hacer un contrato para cada acto, pero si debe haber muchas contrataciones, necesariamente intentará recurrir a un formulario. Se trata entonces de una técnica, pero no de un nuevo tipo de contrato.

La estandarización contractual se institucionaliza y el principal efecto de estos cambios es la mitigación de la libertad para la formación del contrato. Las circunstancias que conciben las decisiones individuales y la libertad contractual del individuo se trasladan a la eficacia de los negocios de las organizaciones.

El reto presentado no residía en saber si la teoría contractual estaba afectada por las nuevas prácticas, sino en verificar las consecuencias de las transformaciones mismas. Ya que se trataba de un hecho consolidado, la respuesta de la tecnología jurídica puso en evidencia los límites conceptuales conocidos. Pero la adhesión a los contenidos predispuestos no tuvo por objeto distinguir los destinatarios; comprendía a todos cuantos emprendiesen negocios con las empresas que los adoptara, fuesen consumidores o no.

Para una mejor comprensión del contrato por adhesión conviene recordar la enseñanza de Roque Fortunato Garrido y Jorge Alberto Zago (2002, p. 543), a través de la cual puntualizan las características específicas de esta técnica contractual con las siguientes notas distintivas: “1) simplificación del acuerdo; 2) desigualdad de las partes; 3) papel del Estado; 4) promesa pública, firme e irrevocable, y 5) predominio

del interés general.” Entre las múltiples variantes adoptadas por diferentes autores acerca de los contratos por adhesión (tipo, formularios, estándares, *etc.*), resulta conveniente distinguir pequeñas diferencias conceptuales. La principal es la existente entre los contratos por adhesión y los contratos “tipo”, también llamados “de masa”, “en serie” o “por formularios”. La confusión más común está en el hecho de que los contratos presentan forma idéntica, de contenido uniforme y prerredactado.

Waldirio Bulgarelli (1998, p. 99) apunta que “se asume normalmente que el contrato de adhesión es siempre presentado como contrato-tipo, al tiempo en que los contratos-tipos no se caracterizan, necesariamente, por la adhesión”. Así, mientras que en el contrato por adhesión la parte proponente impone las cláusulas de manera unilateral, en el contrato tipo es común la negociación del contenido por los contratantes, no siendo vedadas las alteraciones acordadas entre las partes. Independientemente de las terminologías utilizadas, importa verificar el telos legal, caracterizado por el contenido y forma de estipulación.

Para reconocer con mayor precisión los términos utilizados en torno de estos conceptos, se recomienda la lectura de la observación efectuada por Jorge Mosset Iturraspe (2003, p. 146). El autor prefiere hablar de contrato “por adhesión” y no de contrato “de adhesión”, por cuanto la nueva terminología importa asumir una postura definida dentro del otrora debatido problema acerca de la naturaleza jurídica del instituto. No se trata de una cuestión bizantina; si enfrentáramos una nueva categoría contractual, que viniera a sumarse a los tipos clásicos estructurados en la mayoría de las legislaciones, sería correcto hablar de contratos de adhesión, como hablamos de contrato de compraventa, permuta, donación, etcétera. Pero si se trata meramente de una modalidad distinta en la formación de los contratos, cualesquiera sean ellos, lo adecuado es hablar de contratos celebrados por adhesión o, constriñendo la frase, de contratos por adhesión.

La razón de ser de la existencia de los contratos por adhesión es poder gobernar una serie de relaciones comerciales con sujetos heterogéneos e indeterminados de una manera uniforme. En términos económicos, conseguir el *screening* (escudriñamiento) (COLOMA, 2001, p. 134) de los agentes con los cuales se relaciona a partir de la autosegmentación que éstos revelan de manera indirecta. Y a partir del escudriñamiento de los sujetos con quienes se relacionan, facilitar el gobierno de los contratos e intensificar de manera más rápida las interacciones

comerciales. Se registra que en tal situación la empresa asume la existencia de riesgos de la denominada “selección adversa”.

La investigaciones de Diego Fernando Salazar Olarte (2006, p. 18-65) indican aspectos fundamentales para la existencia de los contratos por adhesión vistos desde la perspectiva económica: *i)* si el número de oferentes es grande, el problema de la abusividad disminuye; *ii)* el costo de conocimiento de las cláusulas desincentiva la búsqueda de información; *iii)* si prepondera la desinformación, conviene al Estado reglamentar *ex ante*, contemplando perspectivas abiertas a través de los principios generales del Derecho, principalmente el de la buena fe; *iv)* existen temas jurídicos que son de difícil modelación o proyección económica; *v)* que sea la mejor opción para los negocios de las empresas, no significa que no pueda ser mejorado.

Sin considerar los aspectos económicos que empujaron la opción por la técnica de la adhesión no es posible comprender el problema desde su nacimiento. Considerando que la reducción de los costos es una de las formas más conocidas para aumentar las utilidades de las empresas, el mecanismo de la contratación por adhesión se reveló muy ventajoso, pues efectivamente disminuye los costos de transacción y posibilita una mayor seguridad jurídica para aquel que predispone el clausulado del contrato.

La utilización de este modelo homogeneizador de los diversos instrumentos contractuales negociados de manera personal permitía a las empresas calcular en términos económicos la proyección de los efectos jurídicos de sus transacciones de mercado. Tal fenómeno presentó a los doctrinarios el problema de la (re) significación de las conceptualizaciones clásicas de los contratos en función de los nuevos elementos de la realidad. De igual forma, generó tensiones en algunos de sus pilares, como se verá a continuación.

6 Contratos por adhesión II: dinámica de las tensiones

La consolidación de los contratos por adhesión como una herramienta eficaz y extendida a todos los segmentos comerciales no significa que esté exenta de problemas. Al contrario, se trata de uno de los temas que más ha generado controversias en la teoría contractual. Es posible afirmar que una de las primeras

tensiones con el concepto clásico de contratos afectó de manera severa al conocido principio del *pacta sunt servanda*.

En su comentario al Código de Defensa del Consumidor del Brasil, Luiz Antonio Rizzato Nunes (2000, p. 614) sostiene que es una “contradicción hablar en el *pacta sunt servanda* por adhesión”, pues no existe la negociación y el arreglo previo entre las partes que contratan. Y si no existe el acuerdo previo a través de la negociación de las cláusulas y la redacción del acuerdo arribado, “lo que se da es el fenómeno puro y simple de la adhesión al contrato diseñado y decidido unilateralmente por el proveedor”. Así, el postulado histórico se rompe, especialmente cuando se trata de relaciones con los consumidores, dando lugar a las nuevas directivas de amparo de las leyes de protección al consumidor.

Otra tensión permanente es la asimetría de la información. El consumidor contrata desinformado, prestando consentimiento a un negocio que conoce a medias. Para Liliana I. Hers,¹⁰ “la letra chica, resulta demasiado pequeña, y su interpretación requeriría un costo adicional al que se ahorra en negociación”. Es una de las situaciones en las que lo racional resulta la ignorancia, y la real disyuntiva es contratar con esta incertidumbre agravada o no contratar. Al mismo tiempo, la asimetría de información afecta severamente la libertad contractual. La mitigación de la libertad, *per se*, podría no ser el problema más grave. Generalmente, los sujetos adherentes también podrían beneficiarse con las ganancias de escala promovidas por el nuevo modo de producción, principalmente el ahorro de tiempo.

El problema central tenía que ver con la inclusión de cláusulas abstractas, en las cuales no quedaban claros los límites de la responsabilidad de las partes contratantes. Como estas cláusulas estaban redactadas por las empresas, algunas se aprovechaban para ampliar derechos y eximirse de responsabilidades. Los “comportamientos oportunistas”¹¹ adoptados en tal contexto cambiaron la perspectiva de la libertad contractual para las posibilidades de abuso contractual, revelándose la necesidad de la presencia del Estado como agente normativo y regulador de la actividad económica.

10 Agradezco a la profesora Liliana Hers (2005) la gentileza de entregarme los anticipos de su investigación durante la cursada de la materia “Análisis Económico del Derecho”, en los Cursos de Verano 2005 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

11 El término está utilizado en el mismo sentido que lo hacen los estudiosos de la disciplina “Análisis Económico del Derecho”.

Por otro lado, a las razones para la desinformación, se puede agregar el problema del tiempo. El costo de conocimiento de las cláusulas desincentiva la superación de las asimetrías de información. Y no se trata solamente de una cuestión que dependa de la iniciativa de las empresas. Los propios consumidores, en muchos casos, no están dispuestos a leer o escuchar cada una de las cláusulas del contrato. Al mismo tiempo, la contratación de un profesional letrado para que lo asesore también conlleva costos.

Esta constatación hizo aparecer una práctica que todavía no fue estudiada tal como se lo merece: confiadas en la existencia del orden público protectorio, las personas celebran libremente acuerdos fundados en el *pacta sunt servanda*, sin libertad contractual y desprovistas de las informaciones necesarias, aun sabiendo que existen cláusulas que pueden perjudicarlas. En el *quid* del acto, de alguna manera saben o esperan que los excesos cometidos por los proveedores no las alcanzarán. Para Sebastián Copolletta (1999-57, p. 235), lo que en la contratación personal de otrora era impensado, ahora es una realidad a la cual el Derecho debe dar una respuesta. La referida respuesta exige precisiones más concretas que la simple remisión al orden público.

Es muy común la confusión entre los conceptos de adhesión y relaciones de consumo. En este punto conviene aclarar una diferencia no siempre expresada por los doctrinarios: los contratos firmados por adhesión a condiciones generales predispuestas es una técnica procesal utilizable para cualquier tipo de contrato, sin importar la tipificación de los signatarios a que se destinan. Si dicha contratación es concretada involucrando un consumidor, entonces la relación es de consumo y además por adhesión; lo que define la tipificación como relación de consumo no es la adhesión, sino la particularidad de ser el consumidor final.

Otra confusión frecuente de parte de los teóricos está relacionada con los vínculos casi automáticos entre contratos por adhesión y cláusulas abusivas. Se trata de una equivocación inducida por el hecho de que la contratación por adhesión domina la gran mayoría de los contratos que se firman en la actualidad. Pero esto no autoriza a afirmar, ni siquiera sugerir, la existencia de vínculos automáticos entre los dos temas. La abusividad es rechazada por los principios generales del Derecho o por la ley, independientemente de que se la observe en la contratación por adhesión, sea o no de consumo. La lucha contra las cláusulas

abusivas no debe ser confundida con la contratación por adhesión, pues las primeras sólo exhiben el aspecto patológico de la segunda.

Las investigaciones específicas de Eduardo Barbier (2002, p. 26) respecto de la contratación bancaria informan que estas confusiones tienen sus efectos colaterales. Según el autor,

el postulado genérico que descalifica en abstracto la adhesión da argumento al mal pagador que adhiere para urdir luego la resistencia, plantear la revisión contractual y –entre tanto– postergar el cumplimiento; de allí que las generalizaciones tuitivas terminen proyectando, por vía indirecta, severas consecuencias sobre la clientela bancaria. De igual modo dar crédito a la adhesión con fundamento en el dogma de la autonomía de la voluntad, sin tener en cuenta que hay factores de orden técnico, económico y social que sustentan la nueva categoría, constituye una perniciosa simplificación.

Para Atilio A. Alterini (1998-B, p. 1172),

el discurso jurídico descalificador de las cláusulas abusivas, y de las condiciones generales írritas, tiene un alto voltaje ético: en él aparecen la moral, las buenas costumbres, el imperativo de buena fe, las riquísimas nociones del error y del dolo-engaño, del ejercicio regular de los derechos, de la lesión, de la debilidad jurídica. Tales cláusulas abusivas son naturalmente inaceptables para el Derecho común, tanto en los contratos de empresa como en cualquier contrato.

El voltaje ético referido, igual que en la teoría contractual, debe ahora impulsar la (re)significación del criterio utilitarista indicado por Friedrich Kessler, por medio del cual las empresas incorporan nuevas prácticas que tengan en consideración la ética y transparencia de comportamiento, como forma de generar una imagen confiable y equilibrada en las relaciones de consumo, independientemente del orden público protectorio de los consumidores.

En el caso de las relaciones de consumo con las entidades bancarias, el comportamiento ético y la imagen confiable son criterios importantes para el establecimiento de la relacionalidad contractual, en oposición a la discontinuidad provocada por las tensiones en dichas relaciones; tema que se estudiará a continuación.

7 Relacionalidad y conflicto

Relacionalidad contractual y conflicto son situaciones incompatibles con el normal desarrollo de las relaciones entre las empresas y sus consumidores. Aunque sea posible suponer y mantener una relación contractual continua y a la vez conflictiva, ésta no es la situación más conveniente para las partes. Los contratos relacionales están presentes en los negocios entre los consumidores y las entidades bancarias y, de una manera u otra, representan la parte más expresiva de la contratación bancaria.

La teoría de los contratos relacionales está muy asociada a las investigaciones de Ian Macneil.¹² Según sus postulados, son indispensables: *i*) la buena fe; *ii*) la confianza; *iii*) la cooperación; *iv*) la integración de los intereses; todos ellos convergiendo hacia el establecimiento de relaciones duraderas. Aunque los postulados generales del autor también pueden integrar la teoría contractual clásica, sus diferencias específicas residen en la modificación puntual de determinadas obligaciones de acuerdo a la coyuntura, la reciprocidad dinámica y la interacción personal de larga duración.

Esta especificidad presume un *continuum* contractual, lo que apunta hacia la necesidad de un modelo preventivo ajustado a los aspectos propios de las relaciones duraderas, incluso en la forma de abordar los posibles procesos conflictivos. Tres características de los contratos relacionales ponen en evidencia las razones que justifican el abordaje particular del tema: *i*) la conveniencia –aislada o conjunta– de conservación de los vínculos contractuales; *ii*) las cláusulas abiertas a la incorporación de diversas transacciones sin la necesidad de discusión de los marcos generales del contrato; *iii*) la potencialidad conflictiva permanente.

Los contratos relacionales no tienen la pretensión de anticipar cada una de las situaciones que puedan suceder en el curso de la existencia del contrato porque

12 Entre otras, MacNeil (2000). En el espacio del Sur, algunos autores han reconocido la importancia del tema: Macedo Junior e Ronaldo Porto (2006), Lorenzetti y Marques (2005), Sozzo (2005). Según Macedo Junior (2006, p. 81-82), "cabe señalar que, sin embargo, si por un lado este autor merece el reconocimiento por haber elaborado una sistematización abarcadora de esta teoría, por otro, su trabajo, como él mismo reconoce, es fruto del desarrollo de trabajos empíricos y teóricos de juristas que desde hace mucho tiempo ya venían trabajando en la misma dirección y llegando a resultados muy próximos a los suyos. Es el caso, en los Estados Unidos, de William Whitford, Nathaniel Leff, Selznick, Stewart Macaulay, Duncan Kennedy, Anthony Kronman, Victor Goldberg, Oliver Williamson, etc. Recientemente la idea de la teoría de los contratos relacionales ha sido incorporada y ampliada por otros teóricos del derecho y economicistas, lo que volvería problemático discutirla bajo el registro teórico de un único autor"

los negocios sobrevinientes dependen de una serie de factores coyunturales que no pueden ser determinados con antelación. En el caso específico de las entidades bancarias, tres aspectos influyen decisivamente en los criterios de contratación de cada operación nueva: *i*) normatividad pública –parlamentos, órganos de defensa de los consumidores, bancos centrales, *etc.*– *ii*) movimientos estratégicos de la competencia directa e indirecta; *iii*) condiciones de mercado –tasas de interés, oferta/demanda, niveles de incumplimiento en los pagos, *etc.*–.

En la actualidad, es innegable que las entidades bancarias emprenden estrategias para ampliar cada vez más los vínculos con sus consumidores y los contratos relacionales facilitan esta tarea. Sin embargo, la relacionalidad no es una constante, pues aun en ella existen operaciones discontinuas. En este sentido, es más adecuado concebir que el concepto de contrato relacional busca describir tipos contractuales en los que los elementos relacionales son preponderantes (MACEDO JUNIOR, 2006, p. XIV).

La relacionalidad presupone la coexistencia de propósitos convergentes entre las partes; sin unos, los otros no se sostienen. Esta constatación altera profundamente la naturaleza de la relación y es fundamental para comprender e intervenir en los temas controvertidos y procesos conflictivos que surgen con el paso del tiempo. En este contexto, si se considera la coexistencia, las partes son estimuladas a reflexionar con más acuidad, con el fin de preservar la relación contractual. Pero de pronto surge un interrogante: ¿la intensidad de los estímulos son equivalentes? No lo son en la perspectiva individual y tampoco en la colectiva; en tanto se puede esperar que las entidades bancarias adopten un comportamiento uniforme tendiente a la relacionalidad, los consumidores se mueven según los intereses personales, sean relacionales o discontinuos.

Es perfectamente posible que mientras las entidades bancarias –como el resto todas las empresas comerciales– tiendan hacia la relacionalidad, determinado grupo de consumidores pretenda tan solamente una relación esporádica. Esto es así, porque más allá de los intereses no coincidentes o difusos, los contratos implican obligaciones que uno puede no estar dispuesto a asumir. Además, es común observar una disfunción: a pesar de la estructura relacional del contrato predispuesto por la entidad bancaria, el comportamiento del consumidor es típicamente el de una relación discontinua, lo cual expresa la existencia de tensiones que pueden desencadenar un proceso conflictivo.

El deber de información asume otras proporciones en la relacionalidad. Si en la contratación aislada o discontinua la responsabilidad ya es grande, en los contratos relaciones es mucho más severa. Horacio Bersten (2007) explica que si bien pueden hacerse consideraciones similares sobre el deber de información,

la situación reviste mayor complejidad cuando se trata de aquellos que se prestan a lo largo de períodos de tiempo prolongados, como en el caso de los servicios públicos domiciliarios, telefonía móvil, medicina prepaga, o las contrataciones bancarias.

En tales casos, independientemente de las informaciones iniciales que se deben cumplir, hay que tener en cuenta que la obligación de informar permanece de manera ineludible mientras dure tal relación.

Algunos autores (LORENZETTI; LIMA MARQUES, 2005) sostienen que las relaciones contractuales de larga duración son propicias a la cautividad y, por lo tanto, son abusivas. Los fundamentos de la aserción indican que la utilización de métodos masivos de contratación engendra relaciones complejas y múltiples, vinculando una cadena de proveedores organizados entre sí en perjuicio de los clientes, que se ven asfixiados entre las diversas murallas construidas por los contratos conexos. Otra crítica habitual se refiere a lo que puede ser entendido como las relaciones cuasiforzosas o indirectas, como por ejemplo las **cuentas sueldo** y similares de empleados y pequeños proveedores que son abiertas según la determinación de las empresas.

Por supuesto que la abusividad no está permitida en la legislación clásica y menos aun en las modernas leyes de defensa de los consumidores. Al mismo tiempo, el concepto de relacionalidad establece con énfasis la prohibición de la perpetuidad. Los contratos relacionales suelen tener cláusulas de rescisión unilateral sin necesidad de justificaciones después de cierto tiempo de transcurso del contrato. Cuanto más larga es la duración, más libre será la posibilidad de rescisión unilateral sin necesidad de justificación. Mientras sea más extensa la perspectiva temporal menos forzosos serán los contratos relacionales.

De hecho los postulados teóricos de Ian MacNeil y sus seguidores son endógenos a la teoría contractual clásica. Los intentos epistemológicos procuran indicar caminos y crear conceptos pasibles de ser útilmente integrados al repertorio de la dogmática contractual contemporánea (MACEDO JUNIOR, 2006, p. XIV).

Desde sus orígenes, admite con más flexibilidad la dinámica relacional según los intereses de largo plazo de las partes, a favor de la celeridad de los negocios.

Una interpretación conforme los principios de protección de los consumidores acepta la flexibilidad en la dinámica contractual en tanto y en cuanto sea recíproca o a favor del consumidor, esté conforme a la conocida regla del *favor debilis*.

Considerando que las relaciones de los consumidores con las entidades bancarias se realizan cada vez más a través de mecanismos tecnológicos avanzados, es indispensable observar los nuevos principios derivados de los impactos tecnológicos y contenidos emergentes, como se verá a continuación.

8 Impactos tecnológicos y contenidos emergentes

Riesgos sistémicos no tradicionales¹³ afectan hondamente la banca minorista. Parte del problema viene junto con los cambios tecnológicos que impactan en la contratación bancaria con los consumidores y generan nuevos contenidos para el quehacer del jurista. Mientras determinados fenómenos típicos –bancarización, nueva economía, avances tecnológicos, *etc.*– aumentaron la capacidad para incorporar nuevos clientes y permitieron la intensificación de los negocios con los ya existentes, también acarrearón riesgos efectivos y potenciales que todavía no están dimensionados en su real importancia o ni siquiera fueron identificados.

Los principales cambios son derivados de un doble movimiento: *i*) la electrificación de las relaciones contractuales; *ii*) la incorporación expresiva de nuevos servicios financieros. Si bien la tecnificación electrónica de las relaciones no modificó la esencia del negocio de la banca, los cambios vertiginosos en las formas de contratación y además las múltiples operaciones surgidas de la nueva economía transformaron los elementos que componen el *quid* de la actividad bancaria. Dichas transformaciones influyen sobre las bases de la actividad bancaria, pero los enfoques aquí estudiados están acotados a los aspectos que los cambios proyectan sobre las relaciones de consumo, así como la necesidad de prevención de los procesos conflictivos.

13 Son riesgos tradicionales del sistema financiero: *i*) mercado; *ii*) operacional; *iii*) crédito; *iv*) coyuntura; *v*) legal; *vi*) liquidez. El listado de riesgos es variable, según los autores y el lugar de origen. Tales riesgos afectan al sistema en su generalidad, sin distinguir si la banca es minorista o mayorista; de hecho los bancos comerciales más conocidos operan con el concepto de banco múltiple, es decir, actúan en diferentes líneas del negocio bancario y además son minoristas y mayoristas a la vez. El abordaje que se realiza en la tesis privilegia la banca minorista por ser la que más realiza negocios con los consumidores.

El impacto más expresivo se relaciona con la ampliación de la capacidad para proveer los servicios bancarios. *Caeteris paribus*, los avances tecnológicos han permitido que la banca pueda ampliar su número de clientes de manera virtualmente ilimitada. Se sabe que la electronificación de la banca viene dispensando de manera vertiginosa la necesidad de la presencia física de los clientes para la realización de los negocios. Además, una cantidad reducida de personal puede celebrar múltiples contratos complejos con el simple teclear del “ratón” en las opciones ofrecidas por el área comercial; todo ello según los diseños contractuales previamente organizados por el departamento jurídico. Los criterios jurídicos son establecidos de acuerdo a las contingencias que se puedan presentar y a la vez obedecen a la misma estrategia desarrollada para la expansión de los negocios.

Las facilidades operativas no alcanzaron solamente las actividades de los empleados de las entidades bancarias. De a poco los mismos mecanismos se trasladaron hacia la interfase banco–consumidor, también permitiendo que con el simple teclear en los cajeros automáticos o a través de una computadora conectada a Internet se pudiesen realizar casi todas las operaciones bancarias. Pero la electronificación de las relaciones no tornó las entidades bancarias inmunes a los procesos conflictivos resultantes de la presencia física de los consumidores en las sucursales.

Al contrario de lo que se puede suponer en un primer momento, las posibilidades de estallidos conflictivos fueron ampliadas por dos razones básicas: *i*) la electronificación no implicó la eliminación del contacto personal y a la vez aumentó la variedad de formas de contacto; *ii*) la incorporación de las nuevas tecnologías generó problemas nuevos, muchos de los cuales todavía siguen modificándose con la dinámica propia de los ambientes tecnológicos. Si bien es cierto que la calidad de los controles y la celeridad de las operaciones bancarias fueron ampliamente beneficiadas, no por eso los procesos conflictivos disminuyeron.

El mecanismo preventivo más común que adoptaron las entidades bancarias frente a los nuevos riesgos fue trasladar o compartir las responsabilidades con los consumidores.¹⁴ El deber de seguridad expresado en las leyes protectivas quedó

14 Si bien es posible afirmar que existe expresiva inversión de la banca en seguridad tecnológica, a cada día surgen nuevos intentos de menoscabar la seguridad bancaria y la integridad patrimonial de los bancos y sus clientes.

mitigado en la práctica, generando tensiones y procesos conflictivos reiterados. Las posiciones y planteos de las partes respecto de los límites razonables de las responsabilidades por los efectos del uso inadecuado de las informaciones privadas –pérdida, hurto, robo de datos, *etc.*– suelen ser contrapuestas.

La doble exposición –ambientes tradicional y virtual– aliada a la multiplicidad de servicios prestados por las entidades bancarias plantea un nuevo eslabón para la prevención de los procesos conflictivos con los consumidores. Sin embargo, la normatividad pública y/o privada todavía no fue eficaz siquiera en cuanto a los intentos de brindar una reglamentación estable. Las leyes-modelo propuestas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral) y las recomendaciones del *Bank for International Settlements* (BIS) –Comité de Basilea– no permiten indicar precisiones porque el ambiente electrónico es muy dinámico.

Los lineamientos existentes suelen aferrarse a los principios como la forma más segura para responder a los desafíos. Según el minucioso trabajo de Rafael Illescas Ortiz (2001, p. 33-38), los principios universales en los que debe inspirarse el Derecho del Comercio Electrónico (C-E) son los siguientes: *i*) equivalencia funcional de los actos electrónicos respecto de los autógrafos o manuales; *ii*) neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladoras del C-E; *iii*) inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos; *iv*) exigencia de buena fe; finalmente, *v*) reiteración de la libertad de pacto y su ejercicio en el nuevo contexto del C-E.

Aunque con el paso del tiempo se observe una mayor concientización sobre los riesgos inherentes a la electronificación de las relaciones, el problema sigue creciendo en un doble sentido: primero porque cada vez más se incorporan nuevos consumidores que también utilizan de las herramientas tecnológicas en sus operaciones bancarias; segundo, en razón de las cuestiones de seguridad propias que afectan a la seguridad de las transacciones electrónicas.

Hay quienes defienden que los problemas de seguridad de las transacciones electrónicas podrían ser encuadrados como riesgos del desarrollo y, por lo tanto, estarían erigidos los límites a la responsabilidad objetiva de los bancos. Para Ramiro Pietro Molinero,¹⁵ los casos de inseguridad en las transacciones bancarias

15 Pietro Molinero (2005). Agradezco al autor por las informaciones complementarias que me ha brindado sobre el tema, especialmente los abordajes en el derecho comparado.

no pueden ser considerados como riesgo de desarrollo, porque desde el inicio ya se sabía de las posibilidades concretas de que sucediera el uso ilegítimo de las informaciones por terceros ajenos a la relación.

En este contexto, el deber de información es más severo, incluso se ensancha hasta el deber de cuidado (*duty of care*), tal como lo define Carlos G. Gerscovich (1999, p. 98) en sus estudios sobre el Derecho Bancario. Los problemas en consecuencia de los impactos tecnológicos son múltiples y complejos. La búsqueda de soluciones debe seguir por el mismo camino, en un proceso de construcción conjunta basado en el principio de la buena fe y los deberes de información y cuidado.

Cualesquiera que sean las opciones adoptadas, es indispensable que generen la seguridad jurídica para las partes, sin poner trabas al desarrollo tecnológico y la concreción de los negocios. A continuación se analizará otro tema central y muy controvertido en las relaciones de consumo con las entidades bancarias: el riesgo de crédito y recursos de los consumidores.

9 Riesgo crediticio y recursos del consumidor: planteos contrapuestos

La interdependencia estratégica es una de las características más evidentes de las relaciones contractuales en los mercados competitivos: el mercado de crédito bancario es un ejemplo lapidario. Sin que haya un equilibrio estricto entre los recursos captados del público y los que son prestados al público, la lógica de la empresa bancaria simplemente se desmorona.

El concepto clásico de la actividad bancaria que estuvo vinculado exclusivamente a la captación del ahorro público y a la realización de préstamos mediante el cobro de una tasa de interés ya no alcanza para responder a las complejidades que caracterizan la banca moderna. La ingeniería financiera de la que participan activamente las entidades bancarias ha determinado la ampliación del concepto, con el fin de abarcar los nuevos negocios del intercambio comercial.

Aun considerando los números expresivos y crecientes de los nuevos negocios gestionados por la banca, los movimientos clásicos de recolección del ahorro entre el público y el ejercicio del crédito todavía ocupan un lugar central para

la existencia de las entidades bancarias. Pero este escenario de las operaciones clásicas y estabilidad conceptual ha recibido influjos de una categoría de clientes que lo ha modificado de manera sustancial: los consumidores.

La presencia del consumidor en las relaciones planteó problemas complejos y a veces paradójicos. Uno de ellos es la doble condición que asumen los clientes: *i)* consumidor-ahorrista; *ii)* consumidor-prestatario. Al primero deben estarle garantizadas todas las prestaciones pactadas; al segundo, se le debe brindar la protección prevista en las leyes de defensa de los consumidores.

Para la mejor comprensión de los análisis que se realizarán de ahora en más, es necesario admitir que la ecuación económico-financiera de los contratos estará restringida a las operaciones activas y pasivas con los consumidores. En otras palabras, los recursos financieros girados en los contratos con los ahorristas y prestatarios pertenecen a la misma categoría de clientes: los consumidores.

La protección simultánea de los consumidores ahorristas y prestatarios no es desconocida por los doctrinarios del Derecho. Por ejemplo, Aída Kemelmajer de Carlucci (2006, p. 84-85) sostiene que a pesar de la aparente similitud, el principio de protección del inversor y el de protección del consumidor son manifestaciones de un principio más genérico, el de la protección del mercado. Para la autora, “esta analogía justifica que la protección del inversor surja y se afiance como forma o figura paralela a la del consumidor”.

Por otro lado, Ricardo L. Lorenzetti y Cláudia Lima Marques (2005, p. 413-414) constataron que las leyes de defensa de los consumidores todavía no han sido consideradas en su real dimensión por el Derecho Bancario porque el centro de gravitación de la doctrina ha sido el estudio de la banca y sus problemas específicos. Para los autores,

Este ensimismamiento del Derecho Bancario, que también ha sido una característica del Derecho de la empresa, fue apropiado para una etapa de promoción y desarrollo mediante normas que actuaron como subsidio a su crecimiento, externalizando sus costos.

En el actual panorama, surge de manera sustancial el conflicto empresa-sociedad, y la relación banco-consumidor trae un fuerte reclamo para que esos costos sean internalizados por los bancos.

Se sabe que la teoría económica más elemental admite una serie de riesgos propios en la actividad bancaria. Entre éstos se encuentra el riesgo crediticio, que consiste en la medida de la incertidumbre relacionada al cobro efectivo de los valores prestados. Para Carlos G. Gerscovich (1999, p. 709),

es posiblemente el riesgo más manifiesto de la actividad, que debe afrontarse en forma constante como elemento sustancial de la misma y será condicionante de la rentabilidad y de la evaluación de lo que deberá ser el principal activo: la cartera de préstamos.

La cartera de préstamos que constituye el activo contable de los bancos es también la principal garantía de que dispone el consumidor-ahorrista para cobrar las prestaciones pactadas en el momento en que depositó o invirtió sus ahorros en el banco. Los problemas surgen cuando la ecuación económico-financiera entre los dos grupos de contratos activos y pasivos no puede ser alcanzada en razón del incumplimiento de los consumidores-prestatarios.

Frente al panorama protectivo y los riesgos de la selección adversa de los consumidores-prestatarios, las entidades bancarias suelen aumentar la rigurosidad de los criterios para la concesión del crédito y/o la tasa de interés. Según la explicación clásica de los bancos, este problema presenta dos inconvenientes básicos: *i*) el costo adicional en que incurren para distinguir con precisión los consumidores a quienes deben prestar los recursos; *ii*) el consecuente aumento del costo financiero total de la operación.

Las justificaciones técnicas de la selección adversa genera en muchos casos la decisión de no contratar.¹⁶ En situaciones normales, la teoría de los contratos rechaza la hipótesis de la contratación obligada, pero la interrupción sorpresiva e injustificada del *iter negocial* puede generar daños indemnizables. Rubén Stiglitz y Gabriel Stiglitz (1992, p. 10) desde hace mucho tiempo sostienen que el derecho a no contratar debe estar a la par de la rectitud, la honestidad, la corrección y la lealtad en las tratativas y

ello no supone que la observancia de tal comportamiento implique un desmedro a los intereses legítimos de las partes. Lo que se pretende es que el ejercicio del derecho de “no contratar” sea cabalmente funcional y no importe un abuso.

16 Al lado del derecho a no contratar surge el problema de la concesión excesiva de crédito.

Las innegables consecuencias económicas del desequilibrio en la ecuación específica de las operaciones activas y pasivas de los dos grupos de consumidores –consumidor-ahorrista y consumidor-prestatario– es un problema todavía no resuelto. La responsabilidad social de los bancos y el principio de protección al mercado, entre otros, no alcanzan para explicar en detalle cómo cierran los números de los balances: otra vez, hasta parece que nadie quiere hacerse cargo de la ecuación económica.

10 *Profilaxis* contractual y gobierno de los contratos: a modo de consideraciones finales

Los permanentes cambios a que está sometida la teoría contractual más próxima a las relaciones de consumo imposibilitan proponer un anhelado modelo ideal de contratación. Al lado de los principios jurídicos consolidados por esta misma teoría, irrumpen a cada día nuevos desafíos específicos, que impiden el cierre de un círculo teórico abarcativo de la totalidad de los problemas.

La presencia del consumidor con sus características particulares trajo una dinámica especial para el proceso contractual, estableciendo creencias y primicias nuevas que todavía no se ajustaron en la medida adecuada a los principios jurídicos consolidados en la doctrina. El contexto es propicio para que surjan posiciones divergentes. Mientras no sea alcanzada una síntesis integradora de los diferentes enfoques jurídicos y sus efectos económicos, la contratación ideal deberá ser suplida por un modelo transitivo: la *profilaxis* contractual.

La *profilaxis* contractual debe ser entendida como el gobierno jurídico de los contratos.¹⁷ Pero la gobernación contractual a la cual se refiere no es completamente libre, pues debe respetar al máximo dos criterios básicos: *i*) la conservación de los contratos; *ii*) la prevención de los procesos conflictivos. Se trata de un concepto que integra las necesidades de los agentes de negocios y de los operadores jurídicos de manera simultánea y sinérgica.

¹⁷ Los primeros ensayos sobre el gobierno jurídico de los contratos se sitúan alrededor de uno de los más importantes cambios de paradigmas de la teoría contractual en el Siglo XX: el *Welfarismo contractual* de los años 30. Las investigaciones de Karl Llewellyn (1931, p. 701-706) son muy útiles para la comprensión del tema.

Un componente destacado que surge en el ambiente interno de las organizaciones es la tensión o divergencia operacional entre las áreas comercial y jurídica. Sin que estén bien definidas y armonizadas las estrategias corporativas para las dos áreas, las divergencias empañarán cualquier acción y no se producirán los efectos sinérgicos pretendidos. Las posibles incompatibilidades entre los dos criterios pueden desviar la organización del concepto de *profilaxis* contractual.

No se pretende proponer la extinción de las posibles incompatibilidades; se trata de una tarea virtualmente imposible. El gran desafío es asegurar una relación armónica entre los criterios negociales y jurídicos para que la contratación con los consumidores se realice de manera equilibrada entre la empresa y sus consumidores. Es importante notar que estos esfuerzos son, en el primer momento, endógenos a la organización empresaria y se constituyen en etapa necesaria para superar el desafío. El segundo momento es el de las interacciones con los consumidores, en el cual seguramente emergerán nuevos elementos propios de las relaciones exógenas y que interferirán en las relaciones endógenas.

Uno de los obstáculos a la armonización endógena de la *profilaxis* contractual es el acotamiento de la visión del gobierno jurídico de los contratos a los aspectos netamente formales. Esta perspectiva comúnmente retrasa la realización de los negocios o simplemente no permite que se lleven a cabo. La intención no es restar importancia a los aspectos formales o afirmar que la seguridad jurídica corporativa es menor. Sin embargo, es conveniente recordar que la conducta de cualquiera de los agentes económicos puede determinar la existencia o no del contrato. Es posible que muchos abogados hayan aprendido esta lección de una manera cruda: si preexisten obstáculos al acercamiento de los clientes, no habrá contratos ni buenos ni malos; la actividad económica se paralizaría y sus efectos serán negativos.

El buen gobierno contractual basado en los criterios de conservación de los contratos y prevención de los procesos conflictivos exige más precisiones. Reconociendo desde luego la imposibilidad de regular y armonizar todas las situaciones que pueden suceder en el negocio jurídico, se advierte para algunos temas que suelen ser decisivos para la *profilaxis* contractual en la etapa de interacción con los consumidores: *i*) la cooperación; *ii*) la información; *iii*) la *consideration*; *iv*) los costos de transacción; *v*) la buena fe.

La teoría económica sostiene que si las partes negocian los intereses y zanján sus diferencias basadas en el criterio de cooperación, los resultados serán positivos, con independencia de los procedimientos previstos en la norma jurídica. El deber de información es posiblemente el tema más importante en las relaciones de consumo. En la contratación bancaria con los consumidores las asimetrías técnicas son tan expresivas que algunos autores sostienen la necesidad de algo más que el simple deber de información, como son las expresiones obligación aclaratoria (KABAS DE MARTORELL, 2006, p. 45) o el *duty of care* (GERSCOVICH, 1999, p. 98) (deber de cuidado).

Existen medidas relativamente sencillas relacionadas con el deber de información, que pueden ser adoptadas sin representar costos adicionales en la contratación bancaria. El listado de cláusulas de los contratos suele ser extenso, pero se sabe que son pocas las cláusulas que efectivamente generan diferencias entre las partes. Por ejemplo, en un contrato de préstamo personal son: el monto, fechas de vencimiento, valor de las cuotas, tasas de interés, cargos adicionales y otros pocos ítem que se pueden relacionar con facilidad.

Una simple carátula de contrato en donde estén escritos estos datos esenciales de manera ostensiva es suficiente para suplir la parte más significativa del deber de información específico. Tal iniciativa presenta una doble ventaja: no aumenta los costos y, principalmente, no impide la concreción de los negocios. Así, podrán cubrirse las contingencias contractuales más importantes y aplicarse de manera extensiva para los diversos tipos de operaciones bancarias.

Sería ingenuo imaginar en el actual sistema económico la existencia de empresas comerciales que no tengan la intención de aumentar sus ganancias.¹⁸ En este sentido, se necesita que las relaciones con los consumidores sean cada vez más extensas e intensas. Sin embargo, estos objetivos no autorizan la obtención de ganancias sin causa lícita. Uno de los problemas que habitualmente provocan estallidos conflictivos en las relaciones de consumo con las entidades bancarias es el cobro de servicios que, aun en los casos pactados de manera libre e informada, generan en el consumidor el sentimiento de abuso. Son servicios que están a su disposición pero casi no los utiliza o tampoco tiene necesidad de ello: falta la *consideration*.¹⁹

18 Las iniciativas de Responsabilidad Social Empresaria (RSE) o incluso las acciones filantrópicas no pueden ser confundidas con desconsideración de las utilidades.

19 La estructura política y legal del Estado de Louisiana ha mantenido varios elementos originarios de Francia. Dicha

Si un gobierno de los contratos que preservase los negocios y previniese los conflictos no implicase en costos adicionales, la tarea sería más sencilla. Pero la realidad de las empresas y la necesidad de los consumidores son muy sensibles a cualquier gasto adicional, porque la base de la racionalidad en las relaciones de consumo con las entidades bancarias es distributiva. Las investigaciones de Lewis A. Kornhauser (2004, p. 115) sobre la vertiente económica del derecho de los contratos constatan que:

si la negociación no tuviera costo alguno, las partes diseñarían contratos completos que definieran los términos de cumplimiento bajo todas las contingencias posibles. En realidad, tanto el diseño como la negociación de un contrato son costosos y estos costos influyen en la elección de las contingencias que el acuerdo contempla explícitamente. Es claro que partes económicamente racionales diseñarán cláusulas que cubran las contingencias más importantes.

La buena fe en los contratos ha sido definida por Raúl A. Etcheverry²⁰ como

la consideración que se deben las partes en un negocio, o bien, en una aplicación más amplia, la necesaria observancia de una conducta coherente, no contradictoria con otros actos anteriores del mismo sujeto.

A su vez, Gonzalo Sozzo (2005, p. 423) sostiene que la aplicación de la idea de la buena fe puede colaborar en la actividad de control del contenido contractual, según un modelo analítico de coexistencia funcional con otras reglas y principios. Consideración recíproca y coexistencia funcional son claves importantes en la *profilaxis* contractual.

La visión integrada de los temas expuestos –cooperación, deber de información, *consideration*, costos y buena fe– puede facilitar la construcción de una salida consistente para el diseño de un modelo capaz de cubrir las principales contingencias de los contratos en las relaciones de consumo con las

estructura se basa en los códigos franceses y españoles, aunque no sea preciso decir que ha adoptado el Código de Napoleón, que fue sancionado inmediatamente después de la venta de *Louisiana*. Una aproximación al concepto de *consideration* del derecho anglosajón es la *causa fin* en el derecho continental. La verificación del término en el Estado de Louisiana (EE.UU.) –fundada en los dos sistemas de derecho– permite hacer ver casi una sinonimia entre *consideration* y *causa-fin*; una *causa-fin* recíprocamente operante.

20 Etcheverry (2005, p. 142-145) realiza exhaustiva análisis del concepto de buena fe aplicada al Derecho Comercial y Económico.

entidades bancarias. Un modelo así configurado, aunque incompleto, ya sería un excelente punto de partida para la integración de los cambios que requiere la teoría contractual.

Referencias

ALPA, Guido. La circolazione dei modelli di risoluzione stragiudiziale delle controversie. L'arbitrato dei consumatori e l'ombudsman bancario. **Revista Economía e Diritto del Terziario**, Roma, n. 2, 1993.

ALTERINI, Anibal A. Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno. **Revista La Ley**, Buenos Aires, T. 1998-B.

BARBIER, Eduardo. **Contratación bancaria 1: consumidores y usuarios**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2002.

_____. **Contratación bancaria 2: empresas**. Buenos Aires: Astrea, 2002.

BARREIRA DELFINO, Eduardo A. Cuenta corriente bancaria: operatoria. Problemática, abusos y responsabilidades. In: **Responsabilidad de los bancos frente al cliente**. Directora Maria Elisa Kabas de Martorell. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 251-291.

BERSTEN, Horacio. Información y onerosidad. **El Dial**, Buenos Aires, 5 marzo 2007. Disponible en: <www.eldial.com/suplementos/consumidor>. Acceso en: 5 marzo 2007.

ARGENTINA. Ministerio de Industria y Comercio. **Defensa de Consumidores de la Nación**, 27 de abril de 2006.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. São Paulo: Atlas, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COLOMA, Germán. **Análisis económico del derecho: privado y regulatorio**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.

- COPPOLETTA, Sebastián César. **Análisis jurídico-económico de los factores de atribución de responsabilidad civil por productos elaborados**. Buenos Aires: RCyS/La Ley, 1999-57, p. 230-255
- COVELLO, Sérgio. **Contratos bancarios**. 4. ed. São Paulo: Leud, 2001.
- ENTELMAN, Remo F. El conflicto: dilema para abogados. In: **Revista La Ley**. Tomo 1997-F. Sec. Doctrina, p. 1.377-1.386. Buenos Aires: La Ley, 1997.
- ETCHEVERRY, Raúl A. **Derecho comercial y económico**. 5. reimp. Buenos Aires: Astrea, 2005. 589 p.
- GARRIDO, Roque Fortunato; ZAGO, Jorge Alberto. **Contratos civiles y comerciales: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Universidad, 2002.
- GERSCOVICH, Carlos G. La crisis bancarias y financieras. In: _____ (Org.). **Derecho Bancario y Financiero Moderno**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 707-742.
- _____. Marcos del derecho bancario y financiero. In: _____ (Org.). **Derecho Bancario y Financiero Moderno**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 33-113.
- HERS, Liliana I. **La revisión contractual: una búsqueda ex post, del equilibrio**. Buenos Aires: Investigación en curso, 2005.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael. **Derecho de la contratación electrónica**. Madrid: Civitas, 2001.
- KABAS DE MARTORELL, María Elisa. La banca hoy: revisión crítica de los criterios de responsabilidad: experiencia nacional y extranjera con especial aplicación a la República Argentina del tercer milenio. In: _____ (Dir.). **Responsabilidad de los bancos frente al cliente**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Responsabilidad de los bancos por errónea información. ¿Puede un inversor ser un consumidor? In: **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, 2005-3. Dirección Héctor Alegría y Jorge Mosset Iturraspe. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 81-96.
- KESSLER, Friedrich. Contracts of adhesion: some thoughts about freedom of contracts. **Columbia Law Review**, New York, v. 43, 1943, p. 629-643.

KORNHAUSER, Lewis A. Derecho de los contratos. In: **Elementos de análisis económico del derecho** (compilado por Horacio Spector). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 109-164.

LLEWELLYN, Kart N. **What price contract?** An essay in perspective. Yale: L.J., v. 40, 1931.

LORENZETTI, Ricardo L. **Consumidores**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003.

_____. Contratos modernos. ¿Conceptos modernos? In: **Revista La Ley**, Buenos Aires, v. E. Sec. doctrina, 1996, p. 851-867.

_____. **Tratado de los Contratos: parte general**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

LORENZETTI, Ricardo L.; LIMA MARQUES, Cláudia. **Contratos de servicios a los consumidores**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionales y defensa del consumidor**. Buenos Aires: Facultad de Derecho UBA – La Ley, 2006.

MACNEIL, Ian R. Contracting worlds and essential contract theory. In: **Social and Legal Studies**, Londres, v. 9, n. 3, Sage Publications, 2000.

MORALES, Liliana; YÁNEZ, Álvaro. La bancarización el Chile: concepto y medición. **Serie Técnicas de Estudios del Departamento de Estudios de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile (SBIF)**. Santiago de Chile: 2006. 33 p. También disponible en: <http://www.sbif.cl/sbifweb/internet/archivos/publicacion_5291.pdf>.

MOSSET ITURRAPÉSE, Jorge. **Contratos**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003.

NORTON, Joseph J. El nuevo derecho bancario y la educación jurídica en el siglo XXI. In: GERSCOVICH, Carlos G. (Org). **Derecho Bancario y Financiero Moderno**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 115-136.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º ao 54)**. São Paulo: Saraiva, 2000.

PIETRO MOLINERO, Ramiro. El riesgo de desarrollo y la directiva 85/374/CEE: política legislativa versus política a secas. In: MARISCAL, Nicolás (Dir.).

Cuadernos Europeos de Deusto, Bilbao, n. 32, p. 125-150, Instituto de Estudios Europeos, 2005.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. **Contratos bancarios: su significación en América latina**. Bogotá: Legis, 2003.

RUIZ, José María. La bancarización el Latinoamérica: un desafío para los grupos bancarios españoles. In: BANCO DE ESPAÑA. **Revista Estabilidad Financiera**, Madrid, n. 13, p. 125-132, nov. 2007. También disponible em <<http://www.bde.es/informes/be/estfin/numero13/IEF200713-6.pdf>>.

SALAZAR OLARTE, Diego Fernando. **Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual**. In: X CONFERENCIA DE LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA Y DEL CARIBE DE DERECHO Y ECONOMÍA. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la UBA y Universidad Torcuato Di Tella, 2006.

SCHELLING, Thomas C. **The strategy of conflict**. Massachusetts: Harvard University, 1999.

SOZZO, Gonzalo. **Antes del contrato: los cambios en la regulación jurídica del período precontractual**. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.

STIGLITZ, Rubén S.; STIGLITZ, Gabriel A. **Responsabilidad precontractual: incumplimiento del deber de información**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

Políticas de Responsabilidade Socioambiental nos Bancos: indutoras do desenvolvimento sustentável?

Maria de Fátima Cavalcante Tosini*

Elvira Cruvinel Ferreira Ventura**

Luciana Graziela Araújo Cuoco***

1 Introdução. 2 O fenômeno da responsabilidade socioambiental empresarial. 3 RSA no Brasil e os líderes no movimento. 4 Responsabilidade socioambiental no sistema financeiro. 5 A indução de práticas socioambientalmente responsáveis nos negócios bancários no Brasil. 5.1 Operações de crédito. 5.2 Investimento socialmente responsável. 6 Considerações finais

Resumo

Analisa de que maneira as políticas de responsabilidade socioambiental dos bancos podem ser indutoras do desenvolvimento sustentável. Para tanto, traz uma abordagem teórica do movimento pela responsabilidade socioambiental (RSA), contextualizando-o em novo ambiente institucional e nos movimentos sociais e ambientais. Com relação ao setor financeiro, para entender como suas instituições chegaram à adoção de políticas de RSA como fator estratégico de seus negócios, traça-se histórico do envolvimento dos bancos com as questões sociais e ambientais, tanto no Brasil quanto no mundo. A pesquisa evidenciou que o papel dos bancos como indutores do desenvolvimento sustentável ocorre por meio da

* Assessora Plena do Banco Central. Doutoranda e mestre em Economia pela Universidade de Campinas (Unicamp).

** Analista do Banco Central. Doutora em Administração pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, da Fundação Getúlio Vargas (Ebape/FGV).

*** Analista licenciada do Banco Central.

adoção de uma política de RSA e da inserção dos aspectos sociais e ambientais em seus negócios, particularmente em dois grupos de produtos: operações de crédito e investimentos. Conclui-se que os bancos, como canalizadores e aplicadores de recursos para o setor produtivo, ao adotarem uma política de RSA, estão não apenas mitigando seus riscos de negócio e aproveitando oportunidades, mas favorecendo o movimento pela RSA em relação a seus parceiros financeiros. Isso mostra que a RSA dos bancos tem efeito multiplicador, tornando essas instituições agentes indutores do desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Responsabilidade Socioambiental. Banco. Setor financeiro. Desenvolvimento sustentável.

Abstract

This article analyzes how policies of social and environmental responsibility (SER) of banks can be inducers of sustainable development. The article brings a theoretical approach of SER movement from a perspective of the new institutional environment. With regards to the financial sector, a historical of banks involvement in social and environmental issues was delineated, in Brazil and the world, in order to understand how these institutions achieve the adoption of SER policies as a strategic factor of their business, specifically in two groups of products: credit operations and investments. In addition, it concludes that banks, as catalysts and channels of resources for productive sector, are not only mitigating their business risks and taking opportunities when they adopt a SER police, but also stimulating the SER movement in their financial partners. This shows that the social and environmental responsibility of these institutions has multiplier effect, making them inducer players of sustainable development.

Keywords: Social and environmental responsibility. Bank. Financial sector. Sustainable development.

1 Introdução

A divulgação de pesquisas científicas sobre o aquecimento global tem despertado a atenção da sociedade e parece ter catalisado a superação do velho paradigma de que a preocupação ambiental representa obstáculo ao desenvolvimento econômico (JANTALIA, 2007). Aumenta-se, assim, a preocupação com o desenvolvimento sustentável, usualmente definido como aquele que atende às necessidades do presente, sem comprometer a possibilidade de satisfação de necessidades das gerações futuras. Isso significa perseguir um desenvolvimento que gere ganhos sociais e econômicos com o mínimo de dano ao meio ambiente.

Nesse contexto, o Estado, ainda que indutor desse desenvolvimento, parece impotente, uma vez que essa discussão já está na agenda política de diversos países, principalmente depois da Rio-92 – na qual foi lançada a Agenda 21, que estabeleceu diretrizes básicas para o desenvolvimento sustentável a serem introduzidas no planejamento estratégico das nações.

Por outro lado, a sociedade, incluindo os investidores, tem induzido as empresas a agregar variáveis ambientais e sociais em seus *core business*. Com isso, rompendo paradigmas preconizados por teorias econômicas ortodoxas de que as questões sociais e ambientais são externalidades e, portanto, não fazem parte do negócio das empresas.

Quando o tema envolve agentes deficitários – empresas –, e agentes superavitários – investidores –, os grandes intermediadores de recursos financeiros – os bancos – acabam obrigatoriamente se inserindo na discussão.

Nessa lógica, o objetivo deste artigo é analisar de que maneira as políticas de responsabilidade socioambiental das instituições bancárias podem ser indutoras do desenvolvimento sustentável. Para tanto, foi traçado histórico da introdução das variáveis sociais e ambientais nos negócios dessas instituições, analisadas as grandes motivações para isso e sua atuação como indutoras do desenvolvimento sustentável.

O papel desempenhado pelas instituições financeiras é fundamental para viabilizar qualquer tipo de crescimento, uma vez que elas funcionam como canalizadoras de recursos financeiros necessários aos investimentos. Tais recursos podem ser oriundos tanto do patrimônio dos bancos – via

mercado de crédito – quanto de outros investidores – via mercado de capitais. Nas duas situações, os bancos podem exercer grande papel indutor para o desenvolvimento sustentável.

Em relação aos aspectos metodológicos da pesquisa, o artigo baseia-se em dois estudos das autoras sobre a relação dos bancos com questões sociais e ambientais (TOSINI, 2007; VENTURA, 2005 e 2008). O primeiro investigou os riscos ambientais para os bancos e o segundo a institucionalização da responsabilidade social nos bancos no Brasil. Os dois estudos tiveram em comum a preocupação em se delinear o potencial papel indutor dos bancos para o desenvolvimento sustentável. Ambos contaram com ampla pesquisa de campo, somando seis dezenas de profundas entrevistas com atores representativos do segmento bancário e do mercado financeiro, em cerca de 25 instituições, entre os anos de 2003 e 2006. Baseia-se, também, em discussões com atores do segmento bancário sobre a questão e na sistemática observação da participação dos bancos como indutor do desenvolvimento sustentável no Brasil e no mundo.

Para efeitos deste artigo, os termos responsabilidade social empresarial (RSE), responsabilidade socioambiental (RSA) e responsabilidade corporativa e sustentabilidade são utilizados como sinônimos. Todos sinalizam a disposição da empresa de se inserir em questões sociais e ambientais que resultam em contribuições ao desenvolvimento sustentável. O que ocorre, na prática, é que a terminologia (discurso) vai sendo alterada, conforme o enfoque que se quer evidenciar em determinado contexto/momento: por exemplo, na década de 1980 prepondera o termo compromisso social; na década de 1990, o termo passa a (e se consagra como) responsabilidade social; a partir do ano 2000, encontra-se mais comumente os termos responsabilidade socioambiental, responsabilidade corporativa e sustentabilidade.

2 O fenômeno da responsabilidade socioambiental empresarial

O conceito de responsabilidade social não é novo (ASHLEY, 2005; BOWEN, 1953). Porém, não se chegou a um consenso sobre seu significado e seus limites, uma vez que é amplo (VENTURA, 1999) e ainda objeto de disputa (CHEIBUB; LOCKE, 2002). As definições para o conceito, conquanto todas

guardem tom normativo, variam de acordo com o contexto histórico e social em que são formuladas e, sobretudo, em função dos interesses e da posição ocupada no espaço social pelo grupo que as formula. Porém, segundo Kreitlon (2004), muitas definições buscam se estabelecer como gerais e consensuais, embora sejam a expressão de interesses particulares e específicos – quando uma definição prevalece no espaço social, indica que outras foram derrotadas. Apesar disso, de acordo com a autora, existe um “consenso mínimo” quanto ao fato de que uma empresa socialmente responsável deve: *i*) reconhecer o impacto que suas atividades causam sobre a sociedade na qual está inserida; *ii*) gerenciar os impactos econômicos, sociais e ambientais de suas operações, tanto em âmbito local como global; e *iii*) realizar esses propósitos por meio do diálogo permanente com as **partes interessadas**, às vezes em parcerias com outros grupos e organizações (KREITLON, 2004).

A discussão sobre responsabilidade social empresarial tem início nos anos 1970, a partir da publicação do artigo de Milton Friedman “*The social responsibility of business is to increase its profits*”, no *New York Times* (FRIEDMAN, 1970), em que o autor apregoa que a única responsabilidade social da empresa deveria ser com seu acionista. Confrontando essa idéia, emerge o pensamento de que as empresas deveriam responder a obrigações mais amplas do que a de simplesmente gerar lucro para os acionistas. Segundo Kreitlon (2004, p. 5), “Cresce uma atmosfera ‘anti-negócios’ que inquieta o meio corporativo – e é então que tem início o verdadeiro debate sobre a responsabilidade social das empresas”.

No final dos anos 1970, novas teorias organizacionais, menos gerencialistas que as anteriores, favorecem uma percepção da empresa como entidade moral. A idéia de responsabilidade individual dá lugar a uma responsabilidade corporativa, passando de uma perspectiva individualista para uma perspectiva organizacional, que transcende à mera agregação das ações dos sujeitos (KREITLON, 2004). Ao final desse período, a idéia de responsabilidade dissocia-se progressivamente da noção de filantropia, passando a referir-se às conseqüências do negócio em si da empresa. Consubstancia-se, então, a RSA, passando a empresa a ser vista como um ator estratégico para a sociedade.

Paralelamente a isso, emerge o debate sobre os problemas ambientais oriundos das atividades econômicas das empresas. Nesse sentido, em 1987, o **Relatório Brundtland** lança o conceito de “desenvolvimento sustentável”, que

pretende conciliar desenvolvimento econômico e proteção ambiental. Em 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUCED), a Rio-92, endossa o conceito, que combina aspirações compartilhadas por todos os países ao progresso econômico e material com a necessidade de uma consciência ecológica.

O debate acerca dos problemas ambientais tem se acirrado nas duas últimas décadas em decorrência de relatórios científicos sobre os problemas – aquecimento global, destruição da camada de ozônio, devastação de florestas tropicais etc. Diante da falta de ações concretas por parte dos governos locais, bem como da falta de políticas internacionais para solução dos problemas, a sociedade vem criando redes de pressão sobre as corporações para que estas se posicionem no mercado de forma socioambientalmente mais amigável. Esse é o pano de fundo necessário para entender o surgimento e a disseminação do movimento pela RSA no Brasil, objeto da próxima seção.

3 RSA no Brasil e os líderes no movimento

Se comparado com a de alguns países do hemisfério Norte, no Brasil, a propagação da idéia de responsabilidade social das empresas é mais recente (ASHLEY, 2005). Mas, a difusão da terminologia **responsabilidade social empresarial** aparece somente no final da década de 1990, abrindo um novo conjunto de questões e desafios, não somente para os gerentes, mas também para os negócios em geral. Deve ser ressaltado que a terminologia vai sendo alterada, conforme o enfoque que se quer evidenciar. Nas últimas décadas, muitas organizações suscitaram o debate sobre a RSA e a conduziram no Brasil.

Segundo Cappellin e Giuliani (2002), nos anos 1980, as associações empresariais brasileiras passaram a incentivar seus associados, fornecendo recursos econômicos e humanos, a expandir suas atividades filantrópicas para mostrar sua consciência social. Assim, entre outros institutos e associações pioneiros na orquestração dos interesses da iniciativa empresarial brasileira por questões sociais e de cidadania, destacam-se: a Fundação Instituto de Desenvolvimento Empresarial e Social (Fides), fundada em 1986; a Câmara Americana de Comércio de São Paulo (Amcham/SP), que promove o conceito

de cidadania corporativa, promovendo ações sociais nas comunidades locais por meio do setor privado; o Pensamento Nacional das Bases Empresariais (PNBE), formado também em São Paulo, em 1987, que deu novo tom à discussão, propondo dar prioridade aos interesses nacionais, em detrimento dos industriais; e o Grupo de Institutos, Fundações e Empresas (Gife), criado formalmente em 1995, ao discutir filantropia, promove a reciprocidade e a responsabilidade dos negócios para com a sociedade, incentivando o trabalho conjunto com o Estado, a fim de diminuir a desigualdade. De diferentes maneiras, segundo Cappellin e Giuliani (2002), esses cinco grupos sugerem que a iniciativa privada pode colaborar com as funções do Estado.

Mas, na década de 1990, as empresas e suas associações passam a incorporar demandas sociais a seus objetivos de modo mais sistemático, introduzindo novos modelos de relacionamento – uma visão mais abrangente, em que perde espaço o discurso filantrópico para um novo modo de organizar a gestão empresarial. Assim, propaga-se, em um intervalo de tempo relativamente pequeno, o conceito e as idéias relacionadas a RSA, mobilizando inclusive a opinião pública nesse processo (CAPPELLIN; GIULIANI, 2002).

Com o incremento da parceria entre Estado e sociedade na década de 1990, a fim de reduzir a desigualdade social, há crescimento do chamado terceiro setor (CAPPELLIN; GIULIANI, 2002) no Brasil. Do ponto de vista empresarial, aumenta o número de fundações ou ONGs associadas a projetos na esfera social. Nesse quadro, outras organizações, objetivando fazer a junção entre interesses comerciais e socioambientais, foram sendo fundadas ao longo das últimas duas décadas. Concomitantemente ao crescimento do terceiro setor, principalmente depois da Rio-92, essas organizações viabilizaram as parcerias entre os diferentes setores. Paoli (2002) considera a Fundação Abrinq a primeira entidade empresarial a organizar-se para ação social nos moldes de uma nova filantropia “cidadã”.

Assim, as ONGs desempenharam papel relevante na disseminação do fenômeno da responsabilidade social, merecendo destaque o trabalho efetuado pelo Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (Ibase), em sua campanha pelo balanço social, a partir de 1997. Ao incentivar a publicação do balanço social, que tem o propósito de evidenciar as práticas sociais e ambientais das empresas, o Ibase disseminou e incentivou a inserção das empresas no

movimento pela RSA, impulsionando sua institucionalização.

No meio empresarial, merece destaque o trabalho desenvolvido pelo Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, criado em 1998. Por meio de sua atuação, a sociedade passa a conhecê-lo, a envolver-se nele e a exigir das empresas um posicionamento sobre as questões sociais. O Instituto Ethos e o Ibase podem ser considerados líderes no movimento pela responsabilidade social no Brasil (VENTURA, 2005 e 2008).

Ao final da década de 1990, a RSA e principalmente os investimentos em programas sociais tornaram-se questão de debate público (CAPPELLIN; GIULIANI, 2002d), passando mesmo a configurar-se, gradativamente, um valor para a sociedade. Nesse sentido, muitas empresas buscaram aumentar sua visibilidade na promoção de iniciativas sociais, seja com a criação de departamentos específicos voltados a essa atividade, seja pela criação de institutos ou fundações com esse objetivo específico (VENTURA; VIEIRA, 2004).

No aspecto ambiental, o que se observa é que, similarmente ao ocorrido em outros países, diferentes setores sociais no Brasil, após o **Relatório Brundtland**, de 1987, passaram a ser mais críticos quanto ao uso dos recursos naturais. As mudanças na esfera legal tomaram maior impulso com a Constituição Federal de 1988, na qual se incluiu capítulo sobre o meio ambiente e favoreceu-se a criação de órgãos nessa área. A Rio-92, em que foi construída a Agenda 21, abriu mais um caminho para a criação de um ambiente institucional favorável às iniciativas do setor público e do privado para promoção do desenvolvimento sustentável.

Assim, os crescentes debates sobre os problemas ambientais associados ao ambiente institucional – a legislação ambiental, as agências reguladoras, as pressões da sociedade civil por meio das ONGs ambientalistas – direcionaram as empresas à incorporação dessas questões a suas políticas de responsabilidade social. Mas, na atual década, as empresas passam a incorporar objetivos sociais e ambientais nos negócios, incluindo a questão da sustentabilidade na estratégica da empresa, principalmente porque o mercado sinalizou – e os empresários perceberam rapidamente – que um negócio sustentável pode também agregar valor econômico à empresa.

4 Responsabilidade socioambiental no sistema financeiro

Secularmente, a atividade bancária é mal vista pela sociedade: usura e especulação, por exemplo, são palavras historicamente e pejorativamente associadas ao negócio bancário, conferindo-lhe um papel de vilão na sociedade (AGUIAR, 1960).

A preocupação do setor financeiro com questões sociais e ambientais surgiu com os chamados investidores socialmente responsáveis. A história mostre que há centenas de anos já existiam investidores escolhendo investimentos sob critérios sociais, com base nas milenares tradições religiosas judaicas, cristãs e islâmicas. Os investidores religiosos evitavam negócios com companhias de indústria de álcool, fumo e jogos – consideradas ações do pecado. Mas, foi a partir dos anos 1970 que esse tipo de investidor passou a ter algum impacto no mercado financeiro. Os investimentos socialmente responsáveis (ISRs) também tomaram impulso com movimentos contra o *apartheid* nos anos 1980 e início dos anos 1990. Os investidores sociais sustentaram esses movimentos, evitando investir em companhias que tivessem negócios na África do Sul (MIB 1, 2003).

Somados às questões sociais, os últimos grandes acidentes ambientais, associados à vasta quantidade de informações sobre aquecimento global, destruição da camada de ozônio e outros riscos para a vida do planeta, colocaram a seriedade das questões ambientais num primeiro plano para os chamados investidores sociais. Diante da necessidade de atender a demanda desses investidores, as instituições financeiras passam a analisar os investimentos tanto sob critérios sociais quanto ambientais.

Também no âmbito das operações de crédito, a atenção dos bancos com questões ambientais se alarga: com a crescente legislação ambiental, oriunda das pressões sociais, surge a preocupação dos bancos de evitar a responsabilização legal por dano ambiental causado por resíduos tóxicos em bens recebidos como garantia de empréstimos, por exemplo. No entanto, juntamente com a difusão do movimento pela responsabilidade social no mundo, aos poucos, os bancos passam a agregar aspectos sociais e ambientais em seus negócios não apenas para mitigar riscos, mas como fator de competitividade e para aproveitar oportunidades. Dessa forma, a política de RSA passa a ocupar espaços estratégicos nos negócios dos bancos.

De acordo com o *International Institute for Sustainable Development* (IISD), alguns eventos e iniciativas mudaram a atuação dos bancos com relação às questões sociais e ambientais. Em 1980, foi editado o *Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act* (Cercla). Essa lei, que ficou conhecida como Superfundo, foi criada para responsabilizar legalmente os proprietários de terrenos pela limpeza e descontaminação de resíduos tóxicos. Embora a lei tenha criado exceções para proteger as instituições financiadoras, algumas decisões judiciais responsabilizaram bancos pela reparação de danos ambientais causados pelos destinatários de seus créditos (TOSINI, 2007).

A Cercla suscitou interpretações ambíguas e algumas sentenças foram proferidas condenando instituições financeiras. Em 1986, uma decisão da Corte Federal do Distrito de Maryland (EUA), condenou o Maryland Bank & Trust Co. porque este tinha a hipoteca de fazenda utilizada como aterro de resíduos. A U.S. Environmental Protection Agency (EPA), agência ambiental norte-americana, inspecionou a área e encontrou resíduos perigosos estocados de forma imprópria, o que a levou a remover todos os resíduos a um custo total de 500 mil dólares. Como o banco financiador havia sido “proprietário” da área pelos quatro anos que antecederam a revenda da propriedade, ele foi obrigado a pagar os custos.

Em 1990, nos EUA, a justiça também considerou a *Fleet Factors Corporation* – uma empresa financeira –, em uma demanda de 375 mil dólares, responsável por danos ambientais causados por um tomador de crédito, argumentando que esse banco tivera capacidade de influenciar as decisões de gerenciamento de resíduos do tomador de crédito.

No mesmo sentido, em 1989, a Comissão Européia emitiu uma diretiva sobre responsabilidade civil para danos causados por resíduos. Os bancos da Europa passaram a preocupar-se com questões ambientais, uma vez que a diretiva impunha a responsabilização tanto do produtor dos resíduos quanto do atual controlador, havendo possibilidade de os financiadores responderem nessa última condição.

Em 1992, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Pnuma) – Unep, na sigla em inglês – criou uma iniciativa para as instituições financeiras, que passou a ser conhecida por UnepFI, promovendo a integração de todas as recomendações sobre aspectos ambientais para operações e serviços do setor

financeiro. Em maio desse mesmo ano, a Unep e cinco bancos prepararam um termo de compromisso – Declaração Internacional dos Bancos para o Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável – que foi assinado por trinta bancos, de vinte e três países. Essa declaração enfatiza que o compromisso das instituições financeiras com a sustentabilidade ambiental deve ter três áreas-chave: *i)* a primeira corresponde às operações internas: redução de consumo de energia, água e materiais; *ii)* a segunda refere-se à inserção do risco ambiental na avaliação do risco de investimento e de financiamentos; *iii)* e a terceira apresenta o apoio ao desenvolvimento de produtos e serviços que promovam a proteção do meio ambiente (ALVES, *in* ASHLEY, 2005).

Como a maior agência internacional de financiamento ao desenvolvimento, o Banco Mundial desempenhou importante papel ao direcionar recursos para o desenvolvimento sustentável. Seu compromisso com a sustentabilidade influenciou estratégias do setor bancário comercial e de investimento em todo o mundo. Em 1998, *International Finance Corporation* (IFC), braço financeiro do Banco Mundial, divulga uma diretriz sobre políticas e procedimento sociais e ambientais para financiamento de projetos reforçando a estratégia do Banco Mundial. A proposta do IFC era dar relevância à *performance* ambiental e social e efetivamente incrementar o desenvolvimento sustentável no setor privado.

Em 1999, o grupo *Dow Jones* lançou o *Dow Jones Sustainability Index* (DJSI), o primeiro índice global a analisar as empresas sob o ponto de vista de suas políticas de RSA, ou seja, uma análise que vai além dos aspectos econômicos e financeiros. Esse índice passou a ser um referencial para os investidores responsáveis.

Organizados pelo IFC, um grupo de dez bancos passa a discutir, com clientes e ONGs, a questão dos riscos sociais e ambientais em financiamentos de projetos. Desse movimento deriva, em 2003, um conjunto de critérios para concessão de financiamento de projetos, denominados Princípios do Equador. Até julho de 2008, 65 instituições bancárias já haviam aderido aos Princípios do Equador, sendo que quatro delas são brasileiras – Banco do Brasil, Bradesco, Banco Itaú e Unibanco (EQUATOR PRINCIPLE, 2008).

O movimento pela RSA no setor financeiro tem avançado em todos os países, até mesmo em mercados emergentes, como o Brasil. De acordo com pesquisa sobre a sustentabilidade no setor bancário em mercados emergentes, um dos

motivos para esse crescimento é o aumento da complexibilidade do setor bancário nesses mercados, deixando os bancos mais vulneráveis aos riscos financeiros e não financeiros, bem como o aumento da competitividade. O setor bancário brasileiro tem se destacado em relação aos demais mercados emergentes por incorporar avaliação socioambiental em seus negócios desde 2000 (IFC, 2006).

De acordo com relatório do IFC, atualmente os bancos apresentam oito razões-chave para considerarem aspectos de sustentabilidade em seus negócios (IFC, 2006): *i*) aumento da credibilidade e melhora da reputação (68% das respostas); *ii*) atendimento de demanda de investidores (64%); *iii*) redução dos riscos e melhora dos retornos (52%); *iv*) aumento do valor para os *stakeholders* (28%); *v*) potencial para o desenvolvimento de negócios (20%); *vi*) responsabilidade legal dos bancos/clientes (20%); *vii*) experiência de baixa *performance* em empréstimos (16%); e *viii*) demanda de clientes (10%) (IFC, 2006).

5 A indução de práticas socioambientalmente responsáveis nos negócios bancários no Brasil

As questões sociais e ambientais nos bancos, além de aspectos que tangem outros tipos de organizações, apresentam peculiaridades relacionadas à natureza da atividade bancária, que é, basicamente, a intermediação financeira. Grandes bancos têm atuado no movimento pela RSA, contribuindo para a sedimentação do conceito e sua institucionalização.

Principalmente a partir da criação de Diretoria de Responsabilidade Social no ABN Amro Real, em 2001, e da criação da Comissão de Responsabilidade Social na Federação Brasileira dos Bancos (Febraban), em 2002, com *status* de diretoria, iniciativas e estruturas similares começam a se multiplicar nas organizações do setor bancário, alavancando ainda mais a institucionalização das preocupações de inserção em questões sociais e ambientais dos negócios bancários no Brasil.

As variações na leitura e na operacionalização do conceito de RSA nos bancos são muitas. Cada uma evidencia mais fortemente um grupo de aspectos, o que pode variar também de acordo com seus interesses, que se relacionam com seu lugar e seu papel no mercado – por exemplo, se se trata de um banco de varejo, de amplitude nacional ou estadual, se é um banco de atacado e negócios, mais

focado em financiamentos corporativos etc. Dividimos esses aspectos, então, em dois grupos de ações: organizacional e produtos.

O grupo organizacional engloba questões pertinentes a toda organização produtiva, de modo geral. No setor bancário, existem ações direcionadas aos diferentes públicos (*stakeholders*): comunidade, fornecedores, clientes, colaboradores e meio ambiente (no que tange à ecoeficiência). Esse grupo não será explorado neste artigo, embora também seja elemento do papel indutor dos bancos, uma vez que, sendo organizações fortes no mercado, podem exercer esse papel em todas as suas partes relacionadas – empresas e pessoas. Segundo Motta (1987), as empresas não criam os valores sociais, mas são capazes de contribuir para seu desenvolvimento e reforço.

O grupo produtos refere-se a aspectos evidenciados na gestão do negócio bancário, destacando-se as operações de crédito e os investimentos. É nesse item que o banco, ao alterar sua maneira de fazer e pensar o negócio, mais pode se destacar como indutor do desenvolvimento sustentável.

5.1 Operações de crédito

Em relação às operações de crédito, os bancos podem atuar principalmente de duas maneiras: *i*) adotando critérios socioambientais para concessão de crédito e financiamentos; e *ii*) ofertando operações de crédito específicas, com objetos ou objetivos sociais ou ambientais.

A discussão sobre o papel dos agentes financeiros em relação ao meio ambiente no Brasil teve início em 1995, com a implementação de um grupo de trabalho pelo governo federal com a finalidade de definir diretrizes, estratégias e mecanismos operacionais para a incorporação da variável ambiental no processo e na gestão de crédito e de incentivos fiscais das instituições financeiras oficiais – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), Banco do Brasil (BB), Caixa Econômica Federal (CEF), Banco do Nordeste (BNB) e Banco da Amazônia (Basa) –, resultando na assinatura do chamado Protocolo Verde. Seguindo o princípio constitucional estabelecido pela Constituição Federal (CF) de 1988, no qual a qualidade ambiental é um direito fundamental do cidadão, o Protocolo Verde foi uma tentativa de ir além da legislação ambiental.

Mas a preocupação e a discussão sobre concessão de financiamentos utilizando-se critérios sociais e ambientais e sua inclusão como questão atrelada à responsabilidade social dos bancos no Brasil estabeleceram-se mais fortemente a partir da assinatura dos Princípios do Equador, em 2003 (VENTURA, 2005). De lá para cá, iniciativas e grupos surgiram para tratar das questões de sustentabilidade, como a Câmara Técnica de Finanças Sustentáveis (CTFin), em 2005, coordenada pelo Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável (Cebds), que agrega grandes bancos no Brasil.

Apesar dessas iniciativas, vale ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro existem dispositivos legais que obrigam as instituições bancárias a se preocuparem com aspectos ambientais em suas operações de crédito. Alguns marcos da legislação ambiental brasileira são: *i*) Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e, entre outras medidas, institui o Sistema Nacional de Meio Ambiente; *ii*) Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, disciplinadora da ação civil pública como instrumento processual específico para a defesa do ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; *iii*) CF de 1988, que dedicou capítulo próprio para o meio ambiente; após a promulgação da CF, surgiram as constituições estaduais e as leis orgânicas, com preocupações ecológicas; e, por fim, *iv*) Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, Lei de Crimes Ambientais, que dispõe sobre sanções penais e administrativas aplicáveis às condutas lesivas ao meio ambiente (FRANCO; DALBOSCO, 2004).

De acordo com a legislação, as instituições financeiras são obrigadas a incluir critérios ambientais na concessão das operações de crédito pelos seguintes motivos.

- a) As instituições financeiras podem ser responsabilizadas como poluidoras indiretas no financiamento de projetos de investimento. Essa responsabilização frente ao dano ambiental ocorre especialmente no caso em que o dano é causado por seus tomadores de crédito. Esse posicionamento jurídico está baseado na própria definição de poluidor expressa no art. 3º, IV, da Lei nº 6.938, de 1981:

Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

[...]

IV – poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, **direta ou indiretamente**, por atividade causadora de degradação ambiental; (grifo nosso).

Também está expresso no art. 2º da Lei de Crimes Ambientais, Lei nº 9.605, 1998:

Quem, **de qualquer forma**, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminoso de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la. (grifo nosso).

O conceito de poluidor foi ampliado pelo art. 3º da Lei nº 6.938, de 1981, e pelo art. 2º da Lei nº 9.605, de 1998, uma vez que o “responsável indireto” (ou aquele que de qualquer forma concorre para a prática poluidora) também pode ser incluído nessa categoria. Assim, os bancos poderiam ser inseridos nas responsabilidades atribuídas aos poluidores, previstas no art. 14, § 1º:

Sem obstar a aplicação de penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, **independentemente de existência de culpa**, a indenizar ou reparar os danos causados no meio ambiente. (BRASIL, 1998) (grifo nosso)”.

- b) As instituições financeiras públicas têm obrigações ambientais em projetos de investimento. Outro dispositivo legal que envolve a responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras é o art. 12 da Lei nº 6.938, de 1981:

As entidades e órgãos de financiamento e incentivos governamentais condicionarão a aprovação de projetos habilitados a esses benefícios ao licenciamento, na forma desta Lei, e ao cumprimento das normas, dos critérios e dos padrões expedidos pelo Conama.

Parágrafo único. As entidades e órgãos referidos no *caput* deste artigo deverão fazer constar dos projetos a realização de obras e aquisição de equipamentos destinados ao controle de degradação ambiental e à melhoria de qualidade do meio ambiente.

O financiador a que se refere o citado artigo é o banco público: Banco do Brasil, BNDES, BNB, Basa, etc. Esses têm o dever de exigir a apresentação da

documentação necessária, o que no caso corresponde a licenças, para, depois de constatada a regularidade do projeto, conceder o financiamento.

- c) Todas as instituições financeiras têm obrigação ambiental em financiamento de atividades ou projetos na área da biotecnologia. A Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que trata do uso de técnicas de engenharia genética e da liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, previu, expressamente, em seu art. 2º, § 4º, a co-responsabilidade dos bancos em casos de financiamento dos projetos de biotecnologia:

As organizações públicas e privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais, financiadoras ou patrocinadoras de atividades ou de projetos referidos no *caput* deste artigo devem exigir a apresentação de Certificado de Qualidade em Biossegurança, emitido pela CTNBio, sob pena de se tornarem co-responsáveis pelos eventuais efeitos decorrentes do descumprimento desta Lei ou de sua regulamentação. (grifo nosso).

O artigo citado não deixa qualquer margem de dúvida sobre a co-responsabilidade dos bancos pelos eventuais efeitos advindos do descumprimento da Lei nº 11.105, de 2005, ou de sua regulação.

- d) As instituições financeiras assumem responsabilidade como proprietárias de imóveis contaminados ou em desacordo com a legislação ambiental oferecidos em garantia de empréstimo. Segundo Salles (2004), nem sempre as figuras do “degradador”, nos termos da definição do art. 3º, IV, da Lei nº 6.938, de 1981, e do “proprietário” são coincidentes. De acordo com o autor, a responsabilidade do proprietário pelos danos causados ao solo da propriedade imobiliária e as obrigações dela decorrentes transferem-se juntamente com a propriedade, sem prejuízo da responsabilidade do causador do dano.
- e) As instituições financeiras assumem responsabilidade como novas proprietárias de imóveis tombados. Elas, ao se tornarem novas proprietárias de imóveis já tombados como patrimônio histórico e cultural, tornam-se responsáveis por sua conservação e reparação de qualquer dano existente. Nesse sentido, o Ministério Público, como curador do meio ambiente, vem promovendo algumas ações contra

bancos para reparação e conservação de imóveis tombados que haviam sido oferecidos em garantia de empréstimo e que passaram a ser propriedade dos bancos, seja por adjudicação, seja por dação como pagamento da dívida. Vale citar, como exemplo, a ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Rio de Janeiro e pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan) contra o Banco Porto Real de Investimentos S.A., conforme Processo nº 1992.065.000039-9, Comarca de Vassouras (RJ), e nº 2004.001.16871, no Tribunal de Justiça.

- f) As instituições financeiras assumem responsabilidade ambiental ao financiar imóveis em áreas contaminadas. Ainda com relação às áreas urbanas contaminadas, Antunes (2004) alerta sobre outra forma de responsabilização dos bancos. Trata-se de financiamento imobiliário em áreas contaminadas. O Poder Judiciário, desde 1988, por meio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, vem entendendo que:

O poluidor que causa dano ao ambiente tem definição legal e é aquele que proporciona, mesmo indiretamente, degradação ambiental. E o poluidor é sujeito ao pagamento de indenização, além de outras penalidades. – TJSP. 5ª Câmara Cível. Ap. 96.536-1. 07/04/1988. (grifo nosso).

O Superior Tribunal de Justiça, ao decidir o Recurso Especial nº 51.169/RS, cujo relator foi o ministro Ari Pargendler, entendeu que:

A obra iniciada mediante financiamento do Sistema Financeiro da Habitação acarreta a solidariedade do agente financeiro pela respectiva solidez e segurança. (BRASIL, 2000).

Assim, para Antunes (2004), não há dúvida de que existe a responsabilidade solidária entre o agente financeiro, o construtor do imóvel e o incorporador por empreendimentos construídos sobre terrenos contaminados ou em áreas que, por força de lei ou outro ato normativo, sejam consideradas *non aedificandi*. Ao adquirente do imóvel, cabe escolher quem prefere executar: o agente financeiro, o construtor ou o incorporador, com vistas a satisfazer o crédito que lhe é devido.

Além das obrigações legais citadas, existem normas específicas do setor financeiro que obrigam bancos e demais instituições supervisionadas pelo Banco Central a atentar para as questões ambientais em suas operações financeiras.

A Resolução n.º 3.380, de 2006, do Conselho Monetário Nacional (CMN, 2006), que trata do gerenciamento de risco operacional nas instituições financeiras, com relação à definição de risco operacional, o § 1º do art. 2º traz a seguinte citação:

A definição de que trata o *caput* inclui o risco legal associado à inadequação ou deficiência em contratos firmados pela instituição, bem como a sanções em razão de descumprimento de dispositivos legais e a indenizações por danos a terceiros decorrentes das atividades desenvolvidas pela instituição. (grifo nosso).

As instituições financeiras, a partir dessa resolução deverão estar mais atentas ao cumprimento de qualquer legislação, inclusive a ambiental, uma vez que seu descumprimento pode levá-las a perdas financeiras em decorrência da reparação de danos ambientais e indenizações por danos a terceiros.

Ainda com relação às normas pertinentes ao setor financeiro, o Novo Acordo de Capitais da Basileia, adotado pelo Brasil, também faz referências ao gerenciamento do risco ambiental. A respeito da valoração de colaterais, o parágrafo 510 traz uma recomendação para que os bancos atentem para os riscos de contaminação com material tóxico nas propriedades (BIS, 2008).

Mais recentemente, em fevereiro de 2008, o CMN, por meio da Resolução nº 3.545 (CMN, 2008), tornou obrigatória, na concessão de crédito rural ao amparo de recursos de **qualquer fonte** para atividades agropecuárias nos municípios que integram o bioma Amazônia, a adoção de critérios ambientais, tais como exigência de licença, certificado, certidão ou documento similar comprobatório de regularidade ambiental, vigente, do imóvel onde será implantado o projeto a ser financiado, expedido pelo órgão estadual responsável. Vale salientar que nesse caso a exigência é para qualquer fonte, ou seja, recursos obrigatórios e recursos livres oriundos de qualquer instituição financeira – bancos públicos e privados etc.

A capacidade indutora dos bancos ao estabelecer critérios sociais e ambientais em seus financiamentos pode ser avaliada por meio dos ativos aplicados em operações de crédito de instituições que já adotam os Princípios do Equador. No

Brasil, existem doze bancos signatários dos Princípios do Equador, incluindo quatro bancos de capital nacional: Unibanco, Itaú, Bradesco e Banco do Brasil. A carteira de crédito desses bancos, incluindo o BNDES, que, embora não seja signatário, possui política de gestão de risco social e ambiental, representava em dezembro de 2006 66% do total de operações de crédito do Sistema Financeiro Nacional (SFN). Do total de crédito do SFN destinado às empresas, 86,7% pertenciam ao grupo de bancos signatários dos Princípios do Equador. Embora a adoção de critérios socioambientais seja uma exigência dos Princípios somente para projetos corporativos (*project finance*) acima de 10 milhões de dólares, a extensão da análise de risco social e ambiental para todas as operações com pessoas jurídicas não é uma meta muito distante, já que esses bancos possuem políticas de RSA e de gerenciamento do risco socioambiental. Como exemplo, no Itaú, em 2007, foi criada a Superintendência de Risco Socioambiental e de Microcrédito, que, entre outras funções, é responsável pelas análises de risco socioambiental de empresas clientes. As análises são feitas com base na política socioambiental do banco e aplicadas a todas as empresas com crédito superior a R\$5 milhões.

Assim, a adoção de critérios socioambientais na política de crédito de alguns bancos tem extrapolado as exigências legais. Ainda, diante da acirrada competitividade e da necessidade de buscar novas oportunidades de negócios, os bancos estão lançando linhas de crédito específicas com alcance e benefícios socioambientais. Entre elas, destacam-se três grupos: *i*) o das microfinanças, que engloba a questão do microcrédito, a da bancarização e a dos correspondentes bancários; *ii*) o das linhas de financiamento para desenvolvimento de tecnologias e produtos ambientalmente amigáveis, ou sustentáveis, como desenvolvimento de uma nova matriz energética com fonte renovável ou financiamento de projetos MDL (mecanismo de desenvolvimento limpo), no âmbito do mercado de crédito de carbono; e *iii*) o dos outros produtos socialmente responsáveis, como condições especiais de crédito a públicos específicos – como pessoas com necessidades especiais, grupos minoritários. As linhas de crédito contemplam ainda o desenvolvimento de arranjos produtivos locais (APLs), nos quais o banco entra com o papel de organizar a produção local de uma região a partir do estabelecimento de parcerias – como o programa Desenvolvimento Regional Sustentável, do Banco do Brasil.

A título ilustrativo, apresentamos exemplos de produtos e iniciativas de bancos com potencial de benefícios sociais e ambientais.

- a) O **Itaú** possui uma linha de produtos de cunho socioambiental, que financia a aquisição de bens e serviços ou a implementação de projetos que visem à redução da emissão de poluentes ou resíduos, à adoção de tecnologias menos agressivas ao meio ambiente, à obtenção da certificação ambiental, entre outros. Para empresas que adotam ações que contribuam para a preservação ambiental e o desenvolvimento social, o banco cobra menores taxas de juros e dá maior prazo de pagamento. O valor financiado depende não apenas da análise do crédito, mas também de uma avaliação da atuação socioambiental do cliente e do projeto apresentado pela empresa (BANCO ITAÚ, 2008). Segundo Luiz Antônio França, diretor de Financiamento de Ativos e Finanças Corporativas do Itaú e presidente da Câmara Técnica de Finanças Sustentáveis (CTFin) do Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável (CEBDS), essa medida “contribui para que as empresas criem uma cultura de responsabilidade socioambiental”. Antonio Matias, vice-presidente do Itaú e da Fundação Itaú Social, afirma que “é papel do banco induzir boas práticas e não apenas fornecer o crédito”.
- b) O **Rabobank** possui uma política socioambiental para o setor de agronegócios. O banco é o primeiro do setor a exigir de seus clientes a incorporação de boas práticas agrícolas e de gestão ambiental. A aplicação dos critérios será inclusive estimulada a outros bancos do grupo, em países como China, Índia e Cingapura. Segundo Daniela Mariuzzo, gerente de Responsabilidade Socioambiental do Rabobank, a avaliação dos clientes é feita por meio de um questionário socioambiental e de uma visita de um operador de campo. As informações são usadas para compor o perfil dos produtores e elaborar um *rating* que serve para definir a taxa de juros dos financiamentos. Quanto melhor for o posicionamento do produtor, menor a taxa de juros aplicada pelo banco. O Rabobank foi o primeiro banco a lançar um manual de boas práticas socioambientais no agronegócio, com o objetivo de incentivar a

adoção dessas práticas e apoiar os programas de responsabilidade social desenvolvidos por seus clientes (RABOBANK, 2008).

- c) A **Votorantim Celulose e Papel (VCP)** lançou, em novembro de 2004, o Programa Poupança Florestal, que incentiva e cria condições para o plantio de eucaliptos entre os pequenos produtores rurais (alguns assentados ex-integrantes do MST) do sul do Rio Grande do Sul, um dos bolsões de pobreza do país. A viabilização da Poupança Florestal dependia de um banco para fornecer recursos de longo prazo e carência de sete anos, tempo que o eucalipto leva para atingir o tamanho ideal (VCP, 2006). O **Banco Real** não só comprou a iniciativa, como fixou os juros em patamar equivalente a quase a metade da média de mercado.
- d) O **BNDES** possui programas específicos para promoção do desenvolvimento sustentável. Um deles é o Apoio a Projetos de Eficiência Energética (Proesco), que financia intervenções que comprovadamente contribuam para a economia de energia, aumentem a eficiência global do sistema energético ou promovam a substituição de combustíveis de origem fóssil por fontes renováveis. As operações do Proesco podem ser realizadas tanto por apoio direto do BNDES como por intermédio de suas instituições financeiras credenciadas, mediante repasse ou mandato específico, independentemente do valor do pedido do financiamento. As taxas de juros desse programa são Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) mais taxa de risco de aproximadamente 4,9% ao ano, e o prazo pode ser de até 72 meses (BNDES, 2008).

Deve-se ter em conta que essa capacidade indutora tende a aumentar com a queda de juros. Nesse novo cenário, os bancos reduzirão seus ganhos com investimentos em títulos públicos e aumentarão suas carteiras de crédito. O volume de operações de créditos concedidos por instituições financeiras no país atingiu R\$946 bilhões em dezembro de 2007, representando elevação de 17% em relação a junho de 2007 e aumento da participação no PIB de 32,4% para 35,2% (BANCO CENTRAL, 2008). De acordo com o relatório do *International Finance Corporation* (IFC) sobre a sustentabilidade no setor bancário de mercados emergentes, essa tendência de crescimento ocorre em todos os mercados, não apenas nos emergentes (IFC, 2006). Isso sinaliza a necessidade de aumentar o gerenciamento de risco, inclusive os socioambientais, e, conseqüentemente,

uma tendência de aumentar o potencial indutor dos bancos no desenvolvimento sustentável, via implementação de políticas de RSA.

5.2 Investimento socialmente responsável

Além das operações de crédito, os bancos têm passado a considerar aspectos sociais e ambientais nos investimentos, principalmente na administração de recursos de terceiros, especificamente em fundos de investimentos. Essa preocupação tem origem na consciência social e ambiental de investidores que procuram investimentos de maneira socialmente responsáveis. Num conceito mais abrangente, por envolver considerações ambientais, além das sociais e econômicas, pode-se denominá-los como investimentos sustentáveis.

Estudos empíricos têm demonstrado que o mercado financeiro já precifica a *performance* social e ambiental das empresas, ou seja, essas variáveis agregam ou destroem valor para o acionista. Assim, a escolha de investimentos sob critérios sociais e ambientais não existe exclusivamente para atender aos investidores responsáveis, mas também para atender aos grandes fornecedores de liquidez para o mercado, que são os fundos de pensão. Considerando que os fundos de pensão possuem responsabilidade fiduciária com seus associados no longo prazo, estes consideram aspectos sociais e ambientais nas escolhas de investimentos.

No Brasil, os fundos de pensão, em janeiro de 2008, possuíam 429,2 bilhões de reais de investimentos, dos quais 35,4% investidos em renda variável, incluindo os fundos de investimentos em renda variável e ações (ABRAPP, 2008). A tendência é manter ou aumentar esse percentual caso as taxas de juros voltem a cair, segundo o presidente da Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Privada (Abrapp), Fernando Pimentel. Alguns fundos de pensão já ultrapassam esse percentual: a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil (Previ), o maior fundo de pensão do Brasil, por exemplo, fechou o ano de 2007 com 65% do total de seus investimentos aplicados em renda variável, incluindo participação em conselhos de administração em diversas empresas (PREVI, 2008).

Embora os grandes fundos de pensão possuam áreas específicas para análise de investimento, segundo Pimentel, muitas entidades pequenas preferem fundo multimercado como alternativa. E, no Brasil, a grande maioria dos fundos de

investimento é administrada por *asset management* de instituições bancárias. Esse é um dos motivos que exigem dos bancos atenção aos aspectos sociais e ambientais das empresas na escolha de investimento para composição das carteiras dos fundos de investimento.

Outra evidência de que os fundos de pensão de fato têm agregado variáveis sociais e ambientais nas escolhas de investimento foi o lançamento, em 2004, dos critérios de investimentos socialmente responsáveis da Abrapp e do Instituto Ethos, como norteadores dos investimentos dos fundos de pensão (ETHOS; ABRAPP, 2004).

Ainda, com iniciativa da *United Nations Environment Programme Finance Initiative* (UnepFI), representantes de vinte instituições de investimentos, de doze países, que administram mais de um trilhão de dólares americanos elaboraram em 2006 a primeira versão dos Princípios para o Investimento Responsável (PRI) – sigla em inglês. A Previ foi o representante da América Latina. A iniciativa visa a fornecer diretrizes para incorporar variáveis ambientais, sociais e de governança nas decisões de investimento e nos processos de aquisições da comunidade de investidores institucionais ao redor do mundo (PRI, 2007).

No Brasil, a busca de novos ativos financeiros não é restrita aos fundos de pensão, mas é uma tendência de todos os investidores em razão da progressiva queda nas taxas de juros. Com os novos níveis de taxa de juros, os investimentos reduzirão a concentração de recursos em títulos públicos e aumentarão suas aplicações em títulos privados. Conseqüentemente, os bancos, como gestores de recursos de terceiros, deverão refinar as análises das empresas, inclusive sob suas políticas de RSA.

Concomitantemente, outro movimento que ocorre no mercado financeiro e que influencia o investimento socialmente responsável é o Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE), criado em dezembro de 2005 pela Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa). O ISE tem por objetivo refletir o retorno de uma carteira composta por ações de empresas com reconhecido comprometimento com a responsabilidade social e a sustentabilidade empresarial e atuar como promotor das boas práticas no meio empresarial brasileiro (BOVESPA, 2007).

Antes mesmo do lançamento do ISE, empresas nacionais com ações em bolsa – e até as que ainda não as tinham – mobilizaram-se em direção a uma gestão socialmente responsável que atendesse aos critérios estipulados pelos investidores e pela Bovespa.

No Brasil, antes do lançamento do ISE, já existiam ao menos dois fundos com carteiras selecionadas com base em critérios sociais e ambientais: o Fundo Ethical, do ABN Amro Real, lançado em 2001; e o Fundo Itaú Excelência Social, criado em 2004. Porém, após o lançamento do ISE, houve aumento significativo na oferta desses fundos, atentos ao índice como referencial.

6 Considerações finais

O artigo buscou analisar de que maneira as políticas de responsabilidade socioambiental (RSA) dos bancos podem ser indutoras do desenvolvimento sustentável. A fim de entender como essas instituições chegaram à adoção de políticas de RSA como fator estratégico de seus negócios, foi traçado histórico de seu envolvimento com as questões sociais e ambientais, no Brasil e no mundo.

A evidência do papel dos bancos como indutores do desenvolvimento sustentável ocorre por meio da análise de seus produtos, principalmente as operações de crédito e os investimentos: no primeiro caso, ao adotar critérios sociais e ambientais na análise de concessão do crédito e oferecer linhas de crédito específicas; no segundo, em suas escolhas, tanto para composição de suas próprias carteiras quanto na composição de carteira de terceiros, como no caso de fundos de investimento – ao incluir aspectos sociais e ambientais nos critérios para seleção das carteiras, passam indiretamente a induzir empresas a dedicarem-se a suas políticas de RSA.

Os bancos, como canalizadores de recursos para o setor produtivo, ao adotarem uma política de RSA, não apenas mitigam seus riscos de negócio, estratégicos, aproveitando oportunidades, mas favorecem o movimento pela RSA em relação a seus parceiros financeiros. Isso mostra que a RSA dos bancos tem efeito multiplicador, tornando essas instituições grandes agentes indutores do desenvolvimento sustentável.

Embora o processo de financeirização tenha reduzido a captação de recursos via mercado de crédito, essa ainda é a principal fonte de recursos para micro, pequenas e médias empresas em todo o mundo, especialmente em países emergentes. Ou seja, ao necessitarem de recursos, essas empresas são obrigadas a buscar financiamento nas instituições bancárias.

No Brasil, o mercado bancário ainda é o grande fornecedor de recursos, a despeito do grande crescimento do mercado de títulos nos últimos quatro anos. A tabela 1 evidencia essa diferença. Em 2007, o fornecimento de capital via emissões de títulos totalizou R\$100,22 bilhões, contra aumento nas operações de crédito de R\$203,4 bilhões.

Tabela 1 – Emissão de títulos financeiros x operações de crédito – 2007 – R\$ milhões

Ações	Debêntures	Notas promissórias	CRI	FIDC	Acréscimo de operações de crédito em 2007
33.135,84	46.533,79	9.725,50	868,29	9.961,55	203.400,0

Fontes: CVM e Banco Central.

Pela tabela, boa parte das emissões ocorre por meio de debêntures. Vale lembrar que essas emissões são em maioria feitas por empresas de *leasing*, pertencentes a bancos, o que amplia a diferença entre a oferta de recursos do mercado de capitais e a do bancário.

Na medida em que os bancos adotam uma política de RSA, introduzindo a avaliação dos riscos sociais e ambientais em suas operações de crédito, eles se tornam grandes agentes indutores do desenvolvimento sustentável.

A possibilidade de as grandes corporações captarem recursos diretamente no mercado de capitais não excluiu a atuação dos bancos nesse processo. Nas emissões de títulos pelas empresas, a atuação dos bancos de investimento é fundamental na estruturação das operações, bem como em muitas situações em que os bancos dão garantia firme – ou seja, caso os títulos não consigam o preço esperado, os bancos colocam tais títulos em suas próprias carteiras, assumindo o risco de investimento.

Dessa forma, ao adotar critérios sociais e ambientais em suas escolhas de investimento, os bancos, tanto para sua própria carteira quanto na administração de recursos de terceiros (*asset management*), exercem papel importante como indutores do desenvolvimento sustentável, uma vez que induzem as empresas emissoras de ativos financeiros a melhorar a *performance* social e ambiental.

Assim, o papel indutor dos bancos para o desenvolvimento sustentável ao adotar política de RSA é maior que empresas pertencentes às demais atividades econômicas, uma vez que, ao canalizaram recursos para o setor produtivo, os bancos podem induzir os investidores e os tomadores de recursos, sejam eles emissores de ativos financeiros ou não, a também adotar suas próprias políticas de RSA.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA – ABRAPP. Disponível em: <www.abrapp.org.br>. Acesso em: 20 ago. 2008.

AGUIAR, Manoel Pinto de. **Bancos no Brasil colonial**: tentativas de organização bancária em Portugal e no Brasil até 1808. Salvador: Livraria Progresso, 1960.

ALVES, Antonio Rodrigues. Cap.10. **O contexto internacional do sistema financeiro diante do gerenciamento ecológico**. In ASHLEY, Patrícia (coord.). Ética e responsabilidade social nos negócios. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

ASHLEY, Patrícia (coord.). **Ética e responsabilidade social nos negócios**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BANCO CENTRAL DO BRASIL – BCB. Relatório de Estabilidade Financeira, maio de 2008. Disponível em: <www.bcb.gov.br>. Acesso em: 30 jul 2008.

BANCO ITAÚ. **Produtos socioambientais**. Disponível em: <www2.itau.com.br/socioambiental/publico/meioambiente/produtos.htm>. Acesso em: 30 ago 2008.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS – BIS. Disponível em: <<http://www.bis.org/>>. Acesso em: 30 ago 2008.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – BNDES. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/ambiente/proesco.asp>>. Acesso em: 20 ago 2008.

BOLSA DE VALORES DE SÃO PAULO – BOVESPA. **Índice de Sustentabilidade Empresarial**. Disponível em: <<http://www.bovespa.com.br/Mercado/RendaVariavel/Indices/FormConsultaApresentacaoP.asp?Indice=ISE>>. Acesso em: 20 abr 2007.

BOWEN, Howard. **Responsabilidades sociais do homem de negócios**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1953.

BRASIL. **Lei nº 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Brasília, 1981. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 out 2007.

_____. **Lei nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Brasília, 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 out 2005.

_____. **Lei nº 11.105**, de 24 de março de 2005. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 out 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 51.169/RS**, de 28 de fevereiro de 2000.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - 5ª Câmara Cível. **Apelação nº 96.536-1**, de 7 de abril de 1988.

CAPPELLIN, Paola; GIULIANI, Gian Mario. **The political economy of corporate social and environmental responsibility in Brazil**. Rio de Janeiro: Unrisd/ UFRJ, novembro de 2002.

CAPPELLIN, Paola et al. As organizações empresariais brasileiras e a responsabilidade social. In: KIRSCHNER, Gomes; CAPPELLIN, Paola (orgs.). **Empresa, empresários e globalização**. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Faperj, 2002.

CHEIBUB, Zairo; LOCKE, Richard. Valores ou interesses? Reflexões sobre a responsabilidade social das empresas. In: Kirschner, Gomes; CAPPELLIN, Paola (orgs.). **Empresa, empresários e globalização**. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Faperj, 2002.

CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL – CMN. **Resolução 3.360**, de 29 jun 2006. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/normativo/pesquisar.paint?method=pesquisar>>. Acesso em: 1º jul. 2008.

_____. **Resolução 3.545**, de 29 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/normativo/pesquisar.paint?method=pesquisar>>. Acesso em: 1º jul. 2008.

EQUATOR PRINCIPLES, The. **A benchmarking for finance industry to manage social [...]**. Disponível em: <<http://www.equator-principles.com/>>. Acesso em: 27 jul. 2008.

INSTITUTO ETHOS – ETHOS; ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – ABRAPP. **Instituto Ethos e Abrapp lançam critérios de investimentos socialmente responsáveis para Fundos de Pensão**. Documento interno. São Paulo: 2004.

FRANCO, Paulo Sérgio de Moura; DALBOSCO, Ana Paula. **A tutela do meio ambiente e responsabilidade civil ambiental**. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em: 18 out. 2004.

FRIEDMAN, M. The social responsibility of business is to increase its profits. **New York Times Magazine**, setembro, 1970.

INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION – IFC. IFC/ publications. **Banking on Sustainability**, 2006.

Disponível em: <www.ifc.org/enviropublications>. Acesso em: 27 abr. 2007.

KREITLON, Maria Priscilla. Ética nas Relações entre Empresas e Sociedade: Fundamentos Teóricos da Responsabilidade Social Empresarial. In: ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO, 28, 2004, Curitiba. **Anais...** Curitiba: Anpad, 2004.

MARKET INTELLIGENCE BRIEF – MIB 1. IFC/publications/MIB 1. **Sustainability and Financial Institutions**. Disponível em: <www.ifcln1.ifc.org>. Acesso em: 16 ago. 2004.

JANTALIA, Fabiano. O papel dos bancos no desenvolvimento sustentável do país. **Jornal Valor Econômico**. São Paulo, 21 de março de 2007.

MOTTA, Paulo Roberto. **Transformação organizacional: a teoria e a prática de inovar**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1997.

PAOLI, Maria Célia. Empresas e responsabilidade social: os enredamentos da cidadania no Brasil. cap.8. In: SANTOS, Boaventura dos (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL – PREVI. Disponível em: www.previ.org.br >. Acesso em: 27 ago. 2008.

PRINCIPLES for Responsible Investment – PRI. Disponível em: <<http://www.unpri.org/principles/portuguese.php>>. Acesso em: 20 abr. 2007.

RABOBANK. Rabobank Brasil – Disponível em: <http://www.rabobank.com.br/home/home.html>>. Acesso em 31 ago. 2008.

SALLES, Carlos Alberto de. Propriedade imobiliária e obrigações propter rem pela recuperação de solo degradado. Revista de direito ambiental, v. 9, n. 34, p. 9-18, abr./jun. 2004.

TOSINI, Maria de Fátima Cavalcante. **Risco Ambiental para as Instituições**. Editora Annablume. São Paulo, 2007.

VENTURA, Elvira C.F. **Responsabilidade social das organizações: estudo de caso no Banco Central do Brasil**. Dissertação (Mestrado em Administração). Escola Brasileira de Administração Pública/Fundação Getulio Vargas. Rio de Janeiro: Ebap/FGV, 1999.

_____. **Institucionalizando a Responsabilidade Social: Arranjos Estruturais no Campo das Organizações Bancárias**. In: ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO, 29. 2005, Brasília. **Anais...** Brasília: Anpad, 2005.

_____. **Responsabilidade social em instituições financeiras: a institucionalização da prática nos bancos no Brasil**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.

VENTURA, Elvira C.F.; VIEIRA, Marcelo M. F. **Institucionalização de Práticas Sociais: uma análise da responsabilidade social empresarial no campo financeiro no Brasil**. In: ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO, 28. 2004, Curitiba. **Anais...** Curitiba: Anpad, 2004.

_____. Responsabilidade Social como Deslocamento do Capitalismo: Evidências de um Estudo nos Bancos no Brasil. In: ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO, 30. 2006, Salvador. **Anais...** Salvador: Anpad, 2006.

VOTORANTIM PAPEL E CELULOSE – VCP. **Relatório Anual de Sustentabilidade**, 2006. Disponível em: <<http://www.vcp.com.br/NR/rdonlyres/65999A88-0F9A-4A43-A209-77433D084D8E/0/RAnnualSustentabilidade2006.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2008.

Normas Constitucionais de Justiça Social: incidência e eficácia no sistema financeiro

Flávio José Roman*

1 Introdução. 2 As normas constitucionais de justiça social. 3 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3.1 O debate sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos bancos. 3.2 A criação do Fundo Garantidor de Crédito. 4 As normas de justiça social e o microcrédito. 5 Conclusão.

Resumo

Procura demonstrar a incidência e a eficácia das normas constitucionais de justiça social na regulação do sistema financeiro nacional. Numa primeira parte, destaca algumas dessas normas de direito social. Em seguida, exemplifica sua aplicabilidade com precedentes do Supremo Tribunal Federal. Na parte final, aborda a incidência dessas normas constitucionais nas leis e normas infralegais de fomento ao microcrédito.

Palavras-chave: Direito constitucional. Justiça social. Direitos sociais e sistema financeiro.

Abstract

The present paper tries to evidence the incidence and the force of the social rights in the financial system's regulation. First, it identifies some social rights. Then, it

* Procurador do Banco Central, doutorando e mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

exemplifies some Supreme Federal Court's precedents that apply these rights. At last, it analyses legislative acts and regulations that promote microcredit.

Keywords: *Constitutional law. Social justice. Social rights and financial system.*

1 Introdução

A recente comemoração dos vinte anos da Constituição da República oferece o ensejo ideal para o debate sobre a eficácia de suas normas. Nesse contexto, propomos o estudo de um tema que, se não é esquecido, certamente não é dos mais tratados na doutrina e na jurisprudência. Referimo-nos à discussão sobre a eficácia das normas de justiça social incidentes no âmbito do sistema financeiro nacional, ou seja, das normas constitucionais que determinam o desempenho de uma função social aos agentes que atuam nesse setor da economia.

Na seção 2, indicaremos quais são as disposições constitucionais que impõem um comportamento voltado ao atendimento dos interesses da coletividade na regulação do sistema financeiro nacional – não só apontar quais são essas disposições constitucionais, mas também tentar revelar qual é o tipo de comportamento que elas prescrevem para os agentes, para, enfim, averiguar sua eficácia.

Na seção 3, faremos um estudo de dois precedentes do Supremo Tribunal Federal, mediante os quais procuraremos evidenciar que a jurisprudência dessa corte já revela certa preocupação com a funcionalidade social do sistema financeiro nacional. É verdade que, muitas vezes, esse problema não se revela explícito, mas um exame cauteloso expõe os termos desse debate nos julgamentos referidos.

Na seção 4, apontaremos algumas inovações normativas que procuraram garantir maior concretude às determinações constitucionais de justiça social no sistema financeiro. Nosso objeto de estudo, nessa parte, será especificamente a legislação sobre microcrédito, e nossa finalidade, demonstrar a preocupação do Legislativo e da Administração Pública em fomentar o cumprimento das determinações constitucionais de justiça social no âmbito de sistema financeiro.

Assim, os conceitos determinados na seção 2, acerca da eficácia das normas constitucionais de justiça social, ganham aplicabilidade na seção 3 e na 4. O propósito é demonstrar a eficácia dessas normas constitucionais de cunho

social para, de forma conclusiva, negar a hipótese de que elas formam um discurso constitucional vazio. Ou seja, pretendemos mostrar que essas normas não são meras diretrizes programáticas sem qualquer efeito ou utilidade na prática jurídica.

2 As normas constitucionais de justiça social

Em dezembro de 1989, quando a Constituição da República havia acabado de completar seu primeiro ano, o país calculava uma inflação de 1.764% por ano, então, um recorde.¹ No campo macroeconômico, era natural que as políticas públicas estivessem quase exclusivamente voltadas para o combate à inflação. Como se sabe, a corrida inflacionária corrói os salários da população, em especial da mais carente, sem acesso ao sistema financeiro, que, justamente por isso, é incapaz de proteger seus parcos ganhos da depreciação. Boa parte dos esforços do Estado, como era de se esperar, estava vinculada à tentativa de vencer o fenômeno inflacionário. Nessas condições, a primeira política econômico-social deve ser a conquista da estabilidade de preços.

A partir de meados dos anos 1990, após a estabilização dos preços, sobra algum fôlego às autoridades, que poderão, assim, dedicar-se a novos desafios. Na perspectiva de Fernando J. Cardim de Carvalho (2005, p. 2-3), a política macroeconômica não deve restringir seus objetivos à estabilidade de preços, mas sim buscar a estabilidade macroeconômica, isto é, precisa alcançar níveis adequados de inflação, de emprego e de produto. Afastado o discurso único de combate à inflação, já se viabiliza a aplicação de maiores esforços em outras políticas públicas, tais como a de inclusão no sistema financeiro – a chamada “bancarização” – e de fomento às microfinanças, em especial ao microcrédito.² Ganha força, nesse contexto, o debate sobre a eficácia das normas constitucionais de fomento social no âmbito do sistema financeiro.

1 Informação disponível em: <http://almanaque.folha.uol.com.br/dinheiro_29dez1989.htm>. Acesso em: 30 jun. 2008.

2 O conceito de microfinanças é mais largo que o de microcrédito, explicam Marden Marques Soares e Abelardo Duarte de Melo Sobrinho (2007, p. 51). O primeiro conceito refere-se à prestação de serviços financeiros adequados e sustentáveis para a população de baixa renda, geralmente excluídas do sistema financeiro tradicional, mediante a utilização de produtos, processos e gestão diferenciados. Já o conceito de microcrédito caracteriza-se pela prestação desses serviços a pessoas físicas e jurídicas empreendedoras de pequeno porte mediante metodologia diferenciada, vale dizer, pela presença dos seguintes elementos: *i*) agente de crédito; *ii*) garantia solidária; e *iii*) prazo curtos e valores crescentes.

É verdade, porém, que, a partir de setembro de 2008, com a crise econômica financeira global, poder-se-ia pretender restringir as preocupações com a funcionalidade social do sistema financeiro, com a argumentação da necessidade de hígidez. Contudo, a crise, longe de ser fator para contenção nessa seara, apresenta-se como elemento decisivo para o fomento de iniciativas orientadas a assegurar maior concretude às normas constitucionais de justiça por ao menos dois importantes motivos: *i*) o sepultamento do discurso neoliberal de não-intervenção do Estado na regulação econômica;³ e *ii*) o comportamento do microcrédito justamente como um dos pouquíssimos setores da economia não afetados pela atual crise financeira global (WHEATLEY, 2009, p. C3). Realmente, aqueles que detêm poucos recursos são incapazes de abrir mão das poucas linhas de crédito disponíveis, afinal é difícil conter despesas quando já se vive de forma modesta. Sob outra ótica, já não cabe questionar a necessidade de intervenção estatal a determinar formas distributivas de renda, como forma de assegurar a própria hígidez do sistema.⁴

Não fossem suficientes essas duas razões – que certamente não são estritamente jurídicas –, caberia ressaltar que as normas relativas aos direitos sociais são norteadas pelo princípio da proibição de retrocesso e respeito ao conteúdo mínimo.⁵ Portanto, a atual crise exige maior atenção da comunidade jurídica, em especial do Judiciário, na preservação das conquistas sociais já alcançadas e na preservação do conteúdo mínimo das normas de justiça social.

Vejamos, então, quais são essas normas constitucionais de justiça social. Na Constituição da República, o sistema financeiro é regulado pelo art. 192, que, embora um tanto amputado pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, mantém a orientação firme do constituinte originário no sentido de que ele **deve ser** “estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade” (Constituição da República, art. 192, *caput*). Diante desse imperativo, explica José Afonso da Silva (2006, p. 754) que “as instituições financeiras privadas ficam, assim, também, e de modo muito preciso, vinculadas ao cumprimento de funções sociais bem caracterizadas”.

3 “E parece que a intervenção estatal, à *la New Deal*, é inevitável” (SADDI, 2008, p. 38). Sobre a questão, cf., ainda, Paulo Nogueira Baptista Júnior (2009, p. B2) e José Carlos de Assis (2009, p. A9).

4 Cf., a propósito, o texto de Andre Ramos Tavares (2006, p. 801-814), no qual destaca a necessidade de intervenção estatal para evitar crises econômicas e cogita, até mesmo, o estado de emergência econômica.

5 Sobre a questão, cf., por todos, José Carlos Vieira de Andrade (2004, p. 385 e ss.).

Nessa perspectiva, o sistema financeiro é concebido como um instrumento de consumação de políticas públicas, sem, no entanto, exercer uma função pública (TURCZYN, 2005, p. 358). Afirmar que o sistema financeiro deve desempenhar uma função social é destacar a necessidade de exercer suas atividades em atenção aos ditames da justiça social, de forma a contribuir para o atendimento de objetivos socialmente desejados.

A determinação do exercício de uma funcionalidade social pelo sistema financeiro, contudo, não se resume às disposições do referido art. 192 da Constituição. É que o sistema financeiro não se imagina isolado da ordem econômica e financeira; ele constitui apenas um capítulo desse título constitucional. E, por isso, também se aplicam ao sistema financeiro os princípios e as regras constitucionais referentes à ordem econômica, tais como os da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da livre iniciativa, da sujeição aos ditames da justiça social e da função social da propriedade, entre outros,⁶ tudo a revelar sua vinculação às determinações de bem servir aos interesses da coletividade.⁷

É preciso, então, procurar compreender qual é a eficácia dessas determinações constitucionais, ou seja, entender quais são os efeitos jurídicos decorrentes dessas normas, em virtude dos quais devem ser cumpridas e respeitadas (EFICÁCIA. *In*: DE PLÁCIDO E SILVA, 2004, p. 509). Esse estudo evitará o erro de se imaginar que o constituinte pretendeu tão-só fazer mera exortação, sem conteúdo vinculante, ao que considerou um desempenho desejável das instituições que compõem o sistema financeiro. Cientes dessa perspectiva, vamos nos apoiar no sistema de classificação das normas constitucionais proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello (1981, p. 239 e ss.), que, sem pretender excluir outras formas de classificação, tem como critério a concessão de direitos mais ou menos amplos, descendentes direta e imediatamente da Constituição, em prol do administrado.⁸

Nessa sistemática, vamos encontrar três tipos de normas constitucionais. No primeiro tipo, a norma outorga um “poder jurídico”, vale dizer, a norma confere ao administrado uma situação subjetiva cuja fruição não depende de prestação

6 Cf. art. 170, *caput* e incisos, da Constituição da República.

7 Cf. Villa-Verde Filho (2001, p. 10-11 e 84).

8 Embora a classificação tenha sido proposta no regime constitucional anterior, o sistema classificatório permanece completamente atual.

alheia; a satisfação, portanto, não se resolve no cumprimento de uma obrigação a ser adimplida por outrem, pois o bem jurídico protegido é desfrutável em si mesmo, concebido fora de uma **relação jurídica**. As normas constitucionais que asseguram o direito à vida, o direito de ir e vir, a inviolabilidade do domicílio são exemplos desse primeiro tipo de normas. Chamaríamos essas normas – tomamos essa liberdade, apesar de o autor assim não o ter feito – de **constitucionais de abstenção**, pois elas não requerem uma prestação do poder público, mas antes a sua não-intervenção.⁹

O segundo tipo de normas é constituído pelas normas constitucionais que estabelecem em prol dos administrados uma utilidade concreta, passível de exercício mediante prestação positiva. Nesse caso, a fruição do direito se encerra numa relação jurídica, há uma prestação a ser adimplida por outrem, por isso exige-se que a norma constitucional tenha desenhado a conduta a ser desempenhada por outrem. Quando a Constituição, no § 1º do art. 208, garante que o “acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” oferece um bom exemplo desse tipo de norma. Chamaríamos essas normas de **constitucionais de prestação**, pois elas caracterizam de modo suficiente o comportamento devido, geralmente pelo poder público, para a satisfação do direito.

Finalmente, o terceiro tipo de norma é formado pelos preceitos cujos enunciados **não** revelam uma situação plenamente consistente do administrado, tais como as hipóteses descritas nos dois primeiros tipos, mas se limitam a indicar uma finalidade a ser obrigatoriamente cumprida sem, contudo, apontar os meios necessários para seu atendimento. Vale dizer, a norma constitucional não indica “as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra” (MELLO, 1981, p. 243). Chamaríamos essas normas de **constitucionais de orientação finalística**. Celso Antônio Bandeira de Mello oferece como exemplo as normas que fixam os princípios constitucionais da ordem econômica e social, bem como a regra que determina a função social da propriedade. O autor explica que, embora os termos dessas normas não confirmem fruição alguma nem permitam que se exija o desfrute de algum bem jurídico, isso não autoriza a imediata conclusão de que essas normas são inúteis. Distintamente,

9 Não se nega, nessa proposta, que o Direito Constitucional já reconhece não só um dever de abstenção do Estado, mas também o seu dever de agir positivamente para assegurar a inviolabilidade desses direitos. Cf., sobre o tema, por todos, Vieira de Andrade (2004, p. 147 e ss.). Essa dimensão objetiva dos direitos de defesa não inviabiliza a classificação proposta, pois ainda fica clara a distinção entre esses direitos de **abstenção** e os que serão indicados na seqüência.

conferem ao administrado o direito de se opor às práticas administrativas e legislativas contrárias às finalidades reveladas por seus enunciados, bem como a prerrogativa de que a interpretação jurisdicional seja orientada por aquela prescrição teleológica constitucionalmente traçada. Nas palavras do autor,

[...] tais regras não são irrelevantes. Assim, desde logo, permitem deduzir imediatamente que é proibida a edição de normas ou a prática de comportamentos antagônicos ao disposto no preceptivo, pois seriam inconstitucionais. Permitem ainda concluir que, por força de seus enunciados, a Administração, ao agir, terá de comportar-se em sintonia com as diretrizes destes preceitos e o Judiciário, ao decidir sobre qualquer relação jurídica, haverá de ter presente estes vetores constitucionais como fator de inteligência e interpretação da relação jurídica *sub judice*.

Donde, é possível concluir que as regras em apreço conferem, de imediato, ao administrado direito a: a) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à prática de comportamentos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceito constitucional; b) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção preconizados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais protegidos por tais regras. (MELLO, 1981, p. 243).

É importante anotar, ainda, que a vagueza e a imprecisão terminológica, que são comuns nesse terceiro tipo de norma, não são capazes de retirar-lhe a eficácia e a imediata aplicabilidade. Daí que essas normas não reclamam sempre e em todo caso que o legislador ordinário lhes defina os contornos para, enfim, se cogitar de aplicação. Tal compreensão implicaria deixar o texto constitucional à disposição do legislador ordinário, ou seja, seria equivalente a colocar o subordinado na condição de mandante, o que não revelaria boa hermenêutica. Isso porque, ainda que algo impreciso ou fluido se apure nas determinações constitucionais, sempre haverá um campo sobre cuja aplicação não recai dúvida. Afinal, o texto não é um sem-sentido ou mero ruído. Logo,

desde o instante em que é reconhecível um significado central, incontroversível, da palavra, nenhuma razão assiste para diferir a aplicação do preceito para o instante em que norma ulterior venha a recortar o campo de suas fronteiras mais estendidas. (MELLO, 1981, p. 244).

Ademais, não se pode ignorar que essas normas constitucionais estão inseridas em contextos constitucionais específicos. Logo, a vagueza que se revela na apreciação isolada da norma pode dar a lugar à precisão quando a norma é aliada às disposições constitucionais que com ela estão de alguma forma relacionadas. É o caso da expressão “interesses da coletividade”, constante do enunciado do art. 192 da Constituição da República. Isoladamente apreciada, revela extrema vagueza, mas, quando compreendida no contexto da ordem constitucional econômica, a expressão ganha maior precisão terminológica, como expõe a seguinte passagem da monografia de Erasto Villa-Verde Filho (2001, p. 51):

[...] recorra-se, uma vez mais, ao sistema da constituição econômica onde se encontram princípios correlatos que auxiliam o intérprete na tarefa de perscrutar o sentido e o alcance da norma em exame. Assim, o interesse coletivo, enquanto objetivo do sistema financeiro nacional, adquire forma e conteúdo quando associado aos princípios da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego, da dignidade da pessoa humana, da erradicação da pobreza e da marginalização, tudo em conformidade com os ditames da justiça social.

Mas é possível avançar um pouco mais para melhor compreender os termos da Constituição sobre a funcionalidade social que deverá ser exercida pelo sistema financeiro nacional. É certo, pois, que a existência de um sistema financeiro hígido, economicamente eficiente e bem regulado é capaz de gerar externalidades positivas, isto é, as atividades desempenhadas pelos agentes produzem benefícios para terceiros, mas eles não se refletem na cobrança de preços.¹⁰ Assim, a ciência econômica explica que a existência de um sistema financeiro gera, ao menos, duas externalidades positivas às sociedades em que estão inseridos: *i*) a organização de um sistema de pagamentos; e *ii*) os efeitos da concessão de crédito sobre a economia. Os ganhos sociais da primeira decorrem das facilidades inerentes à possibilidade de liquidação de operações de alto

10 “Por externalidade referimo-nos aos custos ou benefícios que as actividades de algum agente impõem a terceiros que não por via do sistema de preços: se a actividade impõe custos, diz-se que produz uma externalidade negativa; se impõe benefícios, que produz uma externalidade positiva” (RODRIGUES, 2007, p. 41).

valor mediante a transferência de depósitos a vista. Na segunda, os ganhos são relativos ao aumento de produtividade de uma economia na qual os agentes não dependem exclusivamente de seus próprios recursos para financiar a produção (CARVALHO *et al.*, 2000, p. 319-321).

Todavia, parece bastante certo que o enunciado das normas constitucionais referidas não se limita a tais externalidades positivas. É preciso algo mais para atender às prescrições de justiça social. É, pois, indispensável que a atividade dos agentes do sistema financeiro se desenvolva com respeito aos direitos do consumidor. Essa atividade, além disso, deve fomentar, de alguma forma, a redução das desigualdades regionais, deve procurar colaborar com a erradicação da pobreza, precisa ser capaz de promover o desenvolvimento equilibrado do país, enfim, necessita promover a justiça social. Em síntese, requer que se pratique essa atividade com eficiência econômica e social.

O conceito de eficiência social no sistema financeiro, explica Vincenzo Demétrio Florenzano (2004, p. 29, 71 e 87), está associado ao atendimento das necessidades da comunidade no tocante ao mercado de crédito. Assim, significa o sucesso das instituições financeiras em oferecer crédito, produtos e serviços de boa qualidade e a baixo custo para todos os interessados, especialmente às pessoas de baixa renda localizadas em regiões distantes dos grandes centros financeiros. Daí que o ponto máximo de eficiência social é atingido quando são maximizadas as condições dos menos favorecidos.

Não se imagine, porém, que se quer aqui colocar as conclusões no alvo de uma crítica que vem desde os tempos de Mauá, de que os lucros das instituições financeiras são indesejáveis ou nocivos aos interesses da coletividade.¹¹ Muito ao revés disso, o lucro dessas empresas, 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 incutir-lhes uma atuação que contribua para se alcançarem certos objetivos socialmente desejáveis.¹²

11 “Desgraçadamente entre nós entende-se que empresários devem perder, para que o negócio seja bom para o Estado, quando é justamente o contrário”. Ireneu Evangelista de Sousa, barão e visconde de Mauá, *Exposição do visconde de Mauá aos credores de Mauá & Cia. e ao público*, citado por Jorge Caldeira (1995, p. 31).

12 Cf. Fernando J. Cardim de Carvalho (2005). Sobre os lucros dos bancos, cf., ainda, Vincenzo Demétrio Florenzano (2004, p. 139), trecho no qual assevera que os lucros dos bancos não são, em tese, negativos, mas assim o são quando decorrem de preços elevados.

Vale destacar, ainda, que até mesmo economias notoriamente liberais possuem mecanismos de promoção social, como os Estados Unidos da América, que desde a década de 1970 contam com o *Community Reinvestment Act* (CRA).¹³ As normas constitucionais, portanto, querem indicar que é possível, sim, buscar um caminho de conciliação entre eficiência econômica e eficiência social na regulação do sistema financeiro. Ela quer, portanto, um “jogo” em que todos ganhem.

Ademais, as noções de justiça social até aqui expostas, em especial a referência aos interesses da coletividade, por certo, pressupõem uma preocupação com a justiça distributiva, o que é salutar para a regulação do sistema financeiro. É que essa parcela do mercado está envolta de bens comuns, isto é, bens cuja fruição por uma pessoa não exclui a por outras, tais como o sistema de pagamentos, a moeda e o próprio mercado financeiro. Ora, a justiça distributiva é justamente aquela que se preocupa em identificar a forma adequada de distribuição do bem comum. O problema da justiça distributiva é fazer com que a partilha dos benefícios da cooperação social seja justa (FLORENZANO, 2004, p. 82). Nesse sentido, as bem postas considerações de Rafael Ximenes de Vasconcelos (2007, p. 42):

um mercado é um bem comum dos que dele participam; o mercado financeiro, em especial, sendo comum, num certo sentido, a todos os demais mercados, que direta ou indiretamente, dele participam, é um bem comum por excelência, e de toda a sociedade; sendo um bem comum por excelência, o esquema ético que se coaduna com a adequada disciplina jurídica de sua regulação é, sem dúvida, portanto, o da justiça distributiva [...], que é exatamente a justiça social, a justiça dos direitos universalizáveis.¹⁴

13 Editado em 1977, o CRA determina, em apertada síntese, às agências federais que avaliem o desempenho das instituições financeiras no cumprimento de fins socialmente desejáveis, que são definidos pelo próprio CRA. Posteriormente, as notas obtidas pelos bancos nessas avaliações serão consideradas para o deferimento de requerimentos formulados pelos bancos aos órgãos de regulação – imaginemos o exemplo de um requerimento para realizar-se uma fusão bancária. Assim, embora não preveja penas, o CRA possui um mecanismo de estímulo ao desempenho de comportamentos socialmente desejáveis. Sobre a questão, cf. Vincenzo Demétrio Florenzano (2004, p. 103 e ss.) e Fernando J. Cardim de Carvalho (2005, p. 21-24).

14 Não se pode deixar de anotar, ainda que em breve nota, que a Constituição, art. 219, define que o “mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País.”

As noções de direito social, além de demandarem uma capacidade de raciocínio distributivo, exigem forte preocupação com as conseqüências da decisão. As decisões administrativas e jurisdicionais, portanto, não devem estar voltadas exclusivamente a definir mecanicamente o que é lícito ou ilícito; antes, devem revelar uma nítida preocupação com os custos sociais das decisões. Em síntese, a decisão/interpretação deve se preocupar em indicar, na sua fundamentação, que é a mais eficiente na consecução dos objetivos ditados pela ordem constitucional, o que revela uma forte interação entre o jurídico – juízo de legalidade – e o econômico – juízo de eficiência.¹⁵

Não obstante, esse argumento não quer significar uma autorização para o descumprimento ou desrespeito ao jurídico, mas um atendimento da norma por sua finalidade social constitucionalmente estabelecida. Ou seja, não se quer uma obediência cega à norma, mas um cumprimento teleologicamente orientado. Afinal, como antes anotado, as normas de justiça social caracterizam-se justamente pela estipulação de finalidades, mas normalmente deixam aberta às autoridades a escolha dos meios de atingir seus objetivos. Portanto, serão imprescindíveis os recursos aos juízos de ponderação e de proporcionalidade, o que é próprio da técnica de validação finalista.¹⁶

Estabelecido o sentido pelo qual se verifica a existência de verdadeiras determinações constitucionais de cunho social incidentes no sistema financeiro, bem como o sentido pelo qual se deve compreender a eficácia dessas normas, cabe avançar para destacar exemplos das práticas jurisdicional, legislativa e administrativa de aplicabilidade dessas normas.

3 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Neste estudo, destacaremos dois exemplos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mediante os quais se poderá verificar que essa corte já se preocupa com os impactos sociais de seus julgamentos referentes ao sistema financeiro nacional. Logo, em tais julgados, encontra-se definida a eficácia das

15 “No campo da economia a crítica e avaliação podem ser feitas em termos de eficiência ou custo. No campo do direito a crítica dá-se pela legalidade.” (LOPES, 2001, p. 142)

16 “A técnica de validação finalista [...] nos obriga a pensar em probabilidades e chances, escalas móveis, proporções de valores e oportunidades condicionadas pelo tempo.” (FERRAZ JÚNIOR, 1982, p. 33).

normas sociais no sentido de “obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção preconizados por estas normas” (MELLO, 1981, p. 243).

Antes, porém, de apreciar especificamente os precedentes, vale ressaltar que reconhecer a necessidade de harmonia entre decisão jurisdicional e pautas da justiça social não significa difundir a crença de que o juiz deve, sempre e em todo caso, decidir a favor da parte mais fraca ou, necessariamente, contra os interesses econômicos das instituições financeiras. Como destacado, a pretensão deve ser sempre tentar conciliar eficiência econômica e eficiência social, e não submeter um interesse ao outro. É comum na atualidade o argumento de que a intervenção da magistratura pode incutir riscos nas transações financeiras e, dessa forma, aumentar os custos das operações. A intervenção judicial nos negócios não deve, inexoravelmente, ser analisada dessa perspectiva, mas sim como fator que aumenta a segurança jurídica dos negócios, justamente porque nela se encontra uma instituição imparcial que assegura o cumprimento da Constituição, das leis e dos contratos.¹⁷ Nesse sentido, é bastante interessante lembrar a conclusão dos estudos empíricos de Brisa Lopes de Mello Ferrão e Ivan César Ribeiro (2006, p. 10), após a análise de 1.019 decisões judiciais, de que

o contrato é relativizado apenas quando eivado de ilegalidade, não se identificando nenhuma voluntariedade do Judiciário no sentido de defender as partes hipossuficientes, além do estabelecido em lei.

Portanto, não nos parece que se deva verificar na aplicação de normas constitucionais de justiça social pelo Judiciário, necessariamente, um fator de risco contratual ou de incerteza e, portanto, de maiores custos, mas sim elemento de fomento à segurança e à certeza do contrato, por meio da garantia de sua apreciação independente e com a intenção de fazer prevalecer o direito, nos termos da Constituição, da lei e dos contratos. Por isso, a primeira preocupação do Judiciário deve ser o cumprimento da Constituição e da lei, o que, na maioria das vezes, irá determinar o cumprimento do contratualmente entabulado pelas partes.

17 “Um sistema judiciário eficiente, capaz de fornecer com presteza e segurança soluções definitivas para os conflitos intersubjetivos é imprescindível para o bom funcionamento da economia.” (FLORENZANO, p. 56). O mesmo autor, porém, mais à frente (obra citada, p. 144-149), destaca que a intervenção do Judiciário nos contratos privados, reduzindo os juros em defesa do consumidor, produz efeitos contrários ao socialmente desejado.

O contrato só deve ser relativizado quando violar o direito, e não para atender a anseios subjetivos de justiça social. O Judiciário, em princípio, deve evitar fazer **justiça social** com as próprias mãos, isto é, sem amparo na lei ou na Constituição.

3.1 O debate sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos bancos

O primeiro precedente objeto de estudo refere-se a um caso de extrema complexidade, mas que será apresentado tão-só em linhas gerais, apenas de maneira suficiente a atender aos propósitos desse estudo. Ele se refere ao debate sobre a constitucionalidade do art. 3º, § 2º, parte final, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), que considera como serviço as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, razão pela qual sobre elas incidem as disposições do citado código. Contra esse dispositivo, a Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif) propôs uma ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. A inicial assegurava a inconstitucionalidade da norma com fundamento nos artigos 5º, LIV, e 192, *caput*, II e IV, da Constituição da República.¹⁸

Sob um primeiro aspecto, referente à suposta violação do art. 192 da Constituição, a questão, que despertou acalorado debate doutrinário, resumia-se em definir se a matéria regulada pelo dispositivo do Código de Defesa do Consumidor estava ou não reservada à disciplina por lei complementar. Em tese, a resposta não deveria oferecer maiores complexidades. Sob esse aspecto, em nosso entendimento, a melhor interpretação define que o referido dispositivo constitucional refere-se às relações institucionais do sistema financeiro, ou seja,

18 Os incisos II e IV do art. 192 da Constituição foram revogados pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003, e possuíam a seguinte redação:

“Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

[...]

II – autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador e do órgão oficial ressegurador;

[...]

IV – a organização, o funcionamento e as atribuições do banco central e demais instituições financeiras públicas e privadas;”

O art. 5º, LIV, da Constituição, por sua vez, estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

às relações entre poder público regulador e instituições financeiras reguladas, não entre estas e seus clientes.¹⁹ A distinção é fundamental e explica por que não se verifica qualquer conflito entre as disposições da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e as do Código de Defesa do Consumidor: a primeira regula o sistema financeiro, a segunda, as relações entre prestadores de serviço e consumidores, daí a inexistência de conflito.

Mas, nessa oportunidade, não nos interessa abordar esses aspectos, mas sim a questão referente à alegação de ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal substantivo, com fundamento no art. 5º, LIV, da Constituição. A partir desse dispositivo, a confederação autora pretendeu destacar a necessidade de uma exclusão do sistema financeiro das regras de direito do consumidor justificada nas especificidades desse setor da economia: por se tratar de setor da economia extremamente regulado, ele dispensaria as regras de defesa do consumidor. Sob esse aspecto, cabe discutir os fundamentos da tentativa de exclusão, e se eles se amparavam em valores constitucionais. Coloca-se, assim, o debate sobre a justiça, em termos de equidade, da imunização do sistema financeiro às regras de defesa do consumidor. Caberia ponderar, então, se a regulação do mercado financeiro seria razão bastante para determinar a inaplicabilidade das regras de proteção ao consumidor.

Como salientado, a eficácia das normas de justiça social determina o entendimento da matéria mediante interpretação teleologicamente orientada para os valores consagrados pela Constituição. Nessa perspectiva, o intuito de imunização deveria se amparar em motivo suficientemente forte para afastar a finalidade de proteção pretendida pelo constituinte, o que, no parecer de Roberto Pfeiffer (2006, p. 192), não se apurava no caso:

No caso em questão, não há qualquer característica tão própria, tão desigualadora nos serviços prestados pelas entidades pertencentes ao Sistema Financeiro que permita a elas um tratamento discriminatório. Muito pelo contrário, está presente, em tais serviços, de maneira absolutamente cristalina, o maior pressuposto de legitimação das regras de proteção do consumidor: a profunda desigualdade dos usuários de tais serviços em relação aos seus fornecedores, o que lhes acarreta incontestemente vulnerabilidade técnica e econômica.

19 Nesse sentido, por todos, José Afonso da Silva (2006, p. 754).

O mesmo autor, mais à frente, já amparado também pelos princípios da ordem constitucional econômica, destaca que:

Conseqüentemente, a submissão das entidades que compõe o Sistema Financeiro Nacional às disposições da Lei 8.078/1990 é completamente harmônica com a Constituição Federal, na medida em que fortalece a defesa dos consumidores (art. 170, V), eleva a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), colabora para a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III) e promove justiça social. (PFEIFFER, 2006, p. 192).

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação direta em comento, não destoaria do antes explicitado: se não há razão suficiente para declarar a possibilidade de imunização do sistema financeiro às regras do Código de Defesa do Consumidor, nesse setor devem, pois, incidir as regras relativas à ordem constitucional econômica, regras essas que explicitam a compreensão da expressão “servir aos interesses da coletividade”. Ora, entre os princípios constitucionais da ordem econômica, está a defesa do consumidor (art. 170, V). É o que se pode observar dos seguintes trechos dos votos proferidos no acórdão:

A alegação no sentido de que a norma do § 2º do art. 3º da Lei 8.078/90 – “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária” – seria desarrazoada ou ofensiva ao princípio da proporcionalidade, porque estaria tratando as entidades bancárias da mesma forma como trata os demais fornecedores de produtos e serviços, assim violadora de devido processo legal em termos substantivos – CF, art. 5º, LIV – não tem procedência. Desarrazoado seria se o Código de Defesa do Consumidor discriminasse em favor das entidades bancárias. Aí, sim, porque inexistente fator justificador do discrimen, teríamos norma desarrazoada, ofensiva, por isso mesmo, ao *substantive due process of law*, que hoje integra o Direito Constitucional positivo brasileiro.²⁰

20 Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, ADI 2.591-1/DF, rel. p/ acórdão min. Eros Grau, j. em 7 jun. 2006, DJ de 29 set. 2006, p. 183-184. Trecho do voto do min. Carlos Velloso (grifo do original). Indicamos a paginação constante da versão eletrônica do acórdão, publicada no sítio virtual do STF. O voto do ministro Carlos Velloso, relator originário, julgava a ação improcedente, mas declarava a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos juros em razão do então vigente § 3º do art. 192 da Constituição. Registre-se que, embora o julgamento da ação tenha se encerrado em 2006, o voto do min. Carlos Velloso foi proferido em 17/4/2002, antes, portanto, da edição da Emenda Constitucional nº 40, de 2003, que revogou o citado § 3º do art. 192. A propósito, ao final do julgamento, não é possível assegurar que o Supremo Tribunal Federal tenha determinado a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à estipulação dos juros, não se revelando consenso, quanto ao ponto, entre os ministros. Cf. Arnoldo Wald (2007, p. 231-233).

[...]

É que – insista-se – **o sistema financeiro nacional** sujeita-se, tanto quanto os agentes econômicos em geral, à **necessária observância** do postulado da defesa do consumidor, **como direta consequência** de expressa determinação **emanada** da própria Constituição da República, cujo art. 170, inciso V, proclama que a ordem econômica e financeira **rege-se**, obrigatoriamente, **dentre** outros elementos condicionantes, por esse importante vetor axiológico **a que todos** devem submeter-se, **mesmo que se cuide** de instituições que exerçam atividade de natureza bancária, financeira, securitária e de crédito.²¹

O debate entre os ministros ofereceu, ainda, uma bela discussão especificamente sobre a eficácia das normas de orientação finalística de justiça social constantes do art. 192 da Constituição. Em determinado trecho de seu voto, que ao final ficou vencido, o ministro Nelson Jobim assenta que as finalidades indicadas nesse dispositivo constitucional estariam mais bem alocadas numa exposição de motivos, sendo esse o local apropriado para tais regras.²² O ministro procurou, portanto, retirar a eficácia do comando, transformando-o em mera exortação, em aspiração sem aplicabilidade na prática jurídica. Em sentido completamente oposto, o voto do ministro Eros Grau, condutor do acórdão, destaca a relevância do dispositivo que considera autêntica norma-objetivo, de cuja força normativa não se pode duvidar:

Nesse ponto permito-me ainda discordar do que se afirmou anteriormente, na observação de que o texto do artigo 192 incorpora expressão que deveria constar da exposição de motivos da lei. A mim parece incompreensível possa alguém negar força normativa a esta autêntica **norma-objetivo** (*Vide meu Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito*, cit., págs. 128 e ss.) consagrada no texto constitucional, que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade.²³

21 Trecho do voto do ministro Celso de Mello, p. 337, grifos do original. Ainda sobre a questão, cabe a referência ao trecho do voto do min. Carlos Britto, já nos embargos de declaração (j. em 14 dez. 2006, DJ de 13 abr. 2007) quando assenta que “concluir pela inaplicabilidade do CDC às operações bancárias [...] é privilegiar sem nenhum fundamento jurídico o setor da economia que mais obtém lucros e a menos riscos se expõe” (p. 93).

22 Cf. p. 317 do acórdão. O voto do min. Nelson Jobim propôs uma complexa distinção entre **operações** e **serviços** bancários. Assim, o CDC incidiria somente sobre estes, mas não sobre aquelas.

23 Trecho do voto do ministro Eros Grau, p. 331, destaques do original.

Por isso, é bastante pertinente a declaração de Claudia Lima Marques, João Batista de Almeida e Roberto Pfeiffer (2006, p. 7) de que o resultado da ação direta em comento foi uma vitória de todos nós, uma vitória da própria Constituição que se consolidava

como centro científico e político do novo direito privado, mais justo, social, protetivo e humanizado, com a presença do consumidor bancário, de crédito, securitário e financeiro.

Realmente, as considerações lançadas ao longo dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal revelam a tentativa de compreender as questões de forma a prestigiar os valores postos pelas normas constitucionais de justiça social.

3.2 A criação do Fundo Garantidor de Crédito

Em oportunidade anterior, o Supremo Tribunal Federal já havia proferido decisão ainda mais emblemática sobre a força vinculante das normas de justiça social incidentes no sistema financeiro. Cuidava-se da discussão sobre a constitucionalidade da criação, mediante resolução do Conselho Monetário Nacional (CMN), do Fundo Garantidor de Crédito (FGC). O chamado **fundo**, em verdade, é uma associação civil, sem fins lucrativos, com a finalidade de administrar mecanismos de proteção a titulares de créditos contra instituições financeiras. Atualmente, na forma da Resolução CMN nº 3.400, de 6 de setembro de 2006, garante aos investidores uma cobertura até o valor de R\$60 mil nas seguintes operações: *i*) depósitos a vista ou sacáveis mediante aviso prévio; *ii*) depósitos em contas correntes de depósito para investimento; *iii*) depósitos de poupança; *iv*) depósitos a prazo, com ou sem emissão de certificado; *v*) depósitos mantidos em contas não movimentáveis por cheques destinadas ao registro e controle do fluxo de recursos referentes à prestação de serviços de pagamento de salários, vencimentos, aposentadorias, pensões e similares; *vi*) letras de câmbio; *vii*) letras imobiliárias; *viii*) letras hipotecárias; e *iv*) letras de crédito imobiliário.

O CMN autorizou a constituição do FGC por meio da Resolução CMN nº 2.197, de 31 de agosto de 1995. Os estatutos e o regulamento da nova entidade

foram aprovados pela Resolução CMN nº 2.211, de 16 de novembro de 1995. Esses dois atos normativos foram objeto de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Partido dos Trabalhadores, sob o fundamento de violação do art. 167, VIII e IX, e do então vigente inciso VI, parte final, do art. 192, todos da Constituição da República.²⁴ Com esses fundamentos, pediu a concessão de medida cautelar.

O debate, portanto, cinge-se a dois aspectos: *i*) a impossibilidade de criação do FGC por ato infralegal; e *ii*) a vedação à utilização de recursos públicos para constituir os cabedais do FGC. Com efeito, mediante a criação do FGC, por resolução do CMN, foram transferidos ao fundo recursos do Fundo de Garantia de Depósitos e Letras Imobiliárias (FGDLI) e da Reserva para a Promoção da Estabilidade da Moeda e do Uso do Cheque (Recheque). As duas alegações lançadas na inicial são expressamente reconhecidas como procedentes pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida cautelar. Os ministros asseguram que os recursos utilizados para a formação inicial do patrimônio do FGC são públicos e, ademais, atestam que a matéria dependeria da previsão em lei complementar, exigida pelo revogado inciso VI do art. 192 da Constituição. Em determinado trecho, o voto expressamente consigna que “além da necessidade de regulamentação por lei complementar, o constituinte vedou expressamente a possibilidade de utilização de recursos públicos.”²⁵ Os ministros consideram que os atos normativos impugnados constituem verdadeiro sucedâneo não autorizado da lei complementar então exigida pelo inciso VI do art. 192 da Constituição.

Todavia, não obstante o reconhecimento expresso das ofensas diretas ao texto da Constituição, a medida cautelar, por unanimidade de votos, é apenas

24 Eis o teor dos dispositivos constitucionais:

“Art. 167. São vedados:

[...]

VIII – a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º;

[...]

IX – a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.

[...]

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

[...]

VI – a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União;”

25 Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, ADI (MC) 1.398-0/DF, rel. ministro Francisco Rezek, j. em 13 mar. 1996, DJ de 18 out. 1996, p. 100. Trecho do voto do relator.

parcialmente deferida, tão-só para afastar a utilização de recursos considerados públicos, isto é, a utilização dos recursos do FGDLI e da Recheque na constituição dos fundos. O fato que sensibilizou a compreensão dos ministros para não deferir a cautelar pretendida em maior extensão foi a proteção dos pequenos investidores. Os votos proferidos pelos ministros Maurício Corrêa e Marco Aurélio revelam forte preocupação social na defesa dos interesses da coletividade, em especial dos pequenos poupadores:

[...] o ilustre relator encontrou o caminho mais adequado ao deferir o possível, neste exame preambular, mantendo-se as duas estruturas de ambas as resoluções, ora em exame nesta fase de controle abstrato.

E o faz bem, tendo-se em vista que as medidas preconizadas nas normas questionadas, objeto desses atos do Banco Central do Brasil, visam exatamente a proteção do pequeno poupador. Já, pois, superposta à questão, conveniência social de alta relevância, que pelo seu próprio conteúdo, indica seja preservado o princípio a que visaram as respectivas Resoluções.²⁶

Senhor Presidente, não fosse a repercussão geral do deferimento de uma liminar em maior extensão, considerados principalmente os pequenos investidores, os pequenos correntistas, não teria a menor dúvida em atuar no campo pedagógico, sinalizando ao autor do ato atacado que ele também deve obediência à Lei Maior, à Constituição Federal. Sensibilizame, contudo, o que foi dito relativamente à necessidade de manter-se, com eficácia, parte do diploma atacado visando a proteger justamente esses pequenos investidores.²⁷

A eficácia das normas de justiça social incidentes no sistema financeiro nesse precedente jurisprudencial revela-se às escâncaras. As normas impugnadas são declaradas pelo Supremo Tribunal Federal de incontornável inconstitucionalidade formal; entretanto, são mantidas – ao menos na apreciação da cautelar – por seu forte apelo social: o manifesto propósito de proteger o pequeno investidor. Em razão da omissão do legislador complementar, que não havia editado a lei complementar que protegeria os pequenos poupadores e investidores, adota-se uma “ética de consequência, levando em conta a ‘repercussão’ de

26 Trecho do voto do ministro Maurício Corrêa, p. 103.

27 Trecho do voto do ministro Marco Aurélio, p. 104-105.

uma liminar mais ampla” (ROCHA, 2002, p. 122).²⁸ Revela-se, pois, de forma clara, a eficácia da norma de justiça social, que impõe ao intérprete o dever de procurar a compreensão mais ajustada às finalidades sociais indicadas no texto constitucional. Nesse aresto, uma norma é declarada formalmente inconstitucional porque avança em tema da competência do legislador complementar; contudo, é preservada em seus aspectos fundamentais, em razão da ponderação entre inconstitucionalidade formal e valores constitucionais sociais consagrados pela própria Constituição da República. Nessas condições, não há como negar a eficácia das normas constitucionais de justiça social incidentes no sistema financeiro, a determinar qual é a melhor interpretação jurisdicional para a solução do caso.²⁹

4 As normas de justiça social e o microcrédito

Além de funcionarem como critério de orientação teleológico da interpretação jurisdicional, as normas de justiça social possuem uma segunda dimensão de eficácia, que se revela como o dever do Estado de atender às finalidades propostas por essas normas constitucionais. Estabelece-se, pois, um dever do Estado de agir em sintonia com as finalidades indicadas na regulação de todo o sistema financeiro. Semelhante dever revela-se de forma mais visível na regulação do microcrédito.

Dessa forma, com o objetivo de demonstrar a eficácia das normas de justiça social incidentes no sistema financeiro, na seqüência, vamos apontar algumas alterações normativas legais e infralegais recentes que procuram garantir concretude a essas normas. Nessa perspectiva, vamos indicar a eficácia dessas normas constitucionais pela edição das normas reguladoras do microcrédito. Alertamos que não se trata de um estudo detido desse sistema normativo; limitamo-nos a declinar a legislação, pois um estudo de maior fôlego seria incompatível com os modestos propósitos deste trabalho.

²⁸ Estudo sobre o caso FGC também pode ser encontrado em Sidnei Turczyn (2005, p. 226-231).

²⁹ Apenas para registro: após a concessão parcial da medida cautelar, o min. Nelson Jobim decidiu, na linha da jurisprudência da corte, que a ação direta de inconstitucionalidade estava prejudicada em razão da revogação do parâmetro de controle constitucionalidade, o inciso VI do art. 192 da Constituição, pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003. Decisão proferida em 3/12/2003 e publicada no DJ de 10/12/2003. Nessa ocasião, os dispositivos que autorizavam as transferências de recursos do FGDLI e da Recheque já haviam sido revogados pelo CMN.

É inegável a força do microcrédito como instrumento de inclusão no sistema financeiro e, especialmente, de desenvolvimento social. O reconhecimento dessa capacidade do microcrédito de funcionar como mecanismo de desenvolvimento com inclusão social foi recentemente estampado pela Organização das Nações Unidas, ao lançar o movimento Ano Internacional do Microcrédito 2005.³⁰ Já em 2006, o reconhecimento internacional foi ainda mais eloqüente, com a entrega do prêmio Nobel da Paz a Muhammad Yunus, conhecido como o “banqueiro dos pobres”. Segundo o comitê do Nobel, “Uma paz duradoura não pode ser alcançada ao menos que grandes parcelas da população possam sair da pobreza”.³¹

O depoimento de Yunus é realmente impactante. Evidencia a necessidade de se vencer o preconceito de se imaginar que pobre é pobre porque quer ou porque é incapaz de gerar qualquer renda. Daí que é preciso confiar, acreditar na força dessas pessoas; é preciso, enfim, dar-lhes **crédito**. Essa atitude é uma inquestionável promoção da dignidade da pessoa. O caso do Banco Grameen, criado por Yunus, tem a força ainda de destacar que a concessão de microcrédito não se confunde com caridade, mas constitui negócio rentável, que, em dezembro de 1997, já havia ultrapassado a marca de US\$2,4 bilhões em empréstimos realizados (YUNUS; JOLIS, 1997, p. 334). Realmente, iniciativas como as de Yunus, do Bank Rakyat (Indonésia), do Banco Sol (Bolívia), entre outros, que se identificam pelo emprego de uma metodologia caracterizada pelos empréstimos de pequenos valores, sem garantias, com taxas de juros de mercado, de curtíssimos prazos, com o emprego de agentes de crédito para ir ao cliente, demonstram que a população de baixa renda, normalmente excluída do sistema financeiro, “pode, de fato, representar um nicho de mercado rentável para serviços bancários, com benefícios para a sociedade”.³² Ou seja, mostra que é possível conciliar eficiência econômica e social.

30 O lançamento aconteceu em 18 de novembro de 2004, na Bolsa de Nova Iorque, com a finalidade de promover o acesso das pessoas de baixa renda aos serviços financeiros, objetivando despertar o interesse do público para o tema, bem como promover parcerias entre governos, sociedade civil, organizações internacionais, setor acadêmico e clientes de microcrédito. Cf. Marden Marques Soares e Abelardo Duarte de Melo Sobrinho (2007, p. 18) e Decreto de 25 de abril de 2005, que institui o Comitê Nacional de Coordenação do Ano Internacional do Microcrédito.

31 Cf. NOBEL (2006, p. A16) e nota anterior.

32 Marden Marques Soares e Abelardo Duarte de Melo Sobrinho (2007, p. 14) estimam uma demanda de aproximadamente R\$12 bilhões em microcrédito no Brasil e explicam que o valor pode parecer alto, mas representa menos de 1% (um por cento) do Produto Interno Bruto do país. No lado da oferta, estimam (obra citada, p. 54-55) que pouco mais de R\$1 bilhão foram oferecidos em 2006.

Todavia, se é possível lucrar com essa atividade, é legítimo perguntar: por que as instituições financeiras não o fazem naturalmente, sem a intervenção de fomento do Estado? Marden Marques Soares e Abelardo Duarte de Melo Sobrinho explicam que a dificuldade de acesso das pessoas de baixa renda ao crédito se explica pela falta de instrumentos eficientes de garantia e pelos custos de transação. Não há, portanto, mecanismo legal que permita às pessoas de baixa renda oferecer seus ativos como garantia. Já os custos de transação, no caso de países que, como o Brasil, têm grande número de pessoas pobres e, ao mesmo tempo, um sistema financeiro desenvolvido e sofisticado, explicam-se pela facilidade de os banqueiros obterem grandes lucros com baixos custos:

Com um simples telefonema, ou com um comando no computador, [os banqueiros] podem negociar ativos e derivativos em ambientes de negociação de praticamente todo o mundo capitalista, ao passo que, para trabalharem com microfinanças, teriam de investir mais de três anos em preparação de equipes e de produtos, com chances de sucesso indefinidas. Isso explica, em grande parte, porque é tão lento o desenvolvimento do mercado de microfinanças nesses países. (SOARES; MELO SOBRINHO, 2007, p. 18).³³

Portanto, as regras de livre mercado não asseguram o atendimento das finalidades estampadas nas normas de justiça social vigentes no sistema financeiro. É necessária intervenção estatal. A inércia do Estado, portanto, implicará omissão inconstitucional. Daí as recentes intervenções legais e infralegais do Estado para fomentar e, enfim, tentar atingir os objetivos constitucionalmente definidos.

Embora o microcrédito exista no país desde 1973, com a criação da União Nordestina de Assistência a Pequenas Organizações (Programa Uno), o setor ganhou impulso em 1999, com a edição da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, que abriu à sociedade civil, após estudos desenvolvidos entre os anos de 1995 a 1999, a possibilidade de se criarem organizações de interesse público com a finalidade de experimentarem sistemas alternativos de crédito (art. 3º, IX).

³³ Essa hipótese também é confirmada por Fernando J. Cardim de Carvalho (2005, p. 12): “Bancos são estimulados a concentrar aplicações na aquisição de títulos públicos, ao invés de apoiar o setor privado. Pelo lado do passivo, o estímulo é para a captação de recursos apenas junto aos grupos de renda média e alta, capazes de adquirir os serviços mais diversificados e sofisticados que interessam às instituições bancárias.”

Assim, as organizações não governamentais passaram a atuar com a qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), gozando dos benefícios previstos na lei.

Na seqüência, foi editada a Medida Provisória nº 1.894-24, de 23 de novembro de 1999, que autorizou a criação de sociedades de crédito ao microempreendedor, posteriormente convertida na Lei nº 10.194, de 14 de fevereiro de 2001. O art. 1º, I, dessa lei, na redação que lhe foi conferida pela Lei nº 11.524, de 24 de setembro de 2007, estabelece que as sociedades de crédito ao microempreendedor e à empresa de pequeno porte terão por objeto social a concessão de financiamentos a pessoas físicas, a microempresas e a empresas de pequeno porte, com a finalidade de viabilizar empreendimentos de natureza profissional, comercial ou industrial, equiparando-se às instituições financeiras para os efeitos da legislação em vigor, podendo exercer outras atividades definidas pelo CMN.

Essas inovações legislativas demandaram a construção de um arcabouço regulamentar pelas autoridades administrativas estampado, primeiro, na Resolução CMN nº 2.627, de 5 de outubro de 1999, posteriormente revogado pela Resolução CMN nº 2.874, de 26 de julho de 2001, que, por sua vez, foi revogada pela vigente Resolução CMN nº 3.567, de 29 de maio de 2008, que dispõe sobre a constituição e o funcionamento de sociedades de crédito ao microempreendedor e à empresa de pequeno porte. Essa última alteração foi fruto dos impactos decorrentes da edição da Lei nº 11.524, de 24 de setembro de 2007, que autorizou utilização de recursos das exigibilidades de aplicação em crédito rural, oriundos da poupança rural e dos depósitos a vista, para a instituição de linha de crédito destinada à concessão de financiamentos para a liquidação de dívidas contraídas por produtores rurais ou suas cooperativas com fornecedores de insumos agropecuários.

Além dessas criações normativas relativas à concessão de crédito ao microempreendedor, foi editada legislação específica sobre o direcionamento de parte dos depósitos a vista em instituições financeiras. Referimo-nos à Lei nº 10.735, de 11 de setembro de 2003. Por essa medida, o legislador ordinário determinou aos bancos comerciais, aos bancos múltiplos com carteira comercial e à Caixa Econômica Federal que mantenham aplicados, em operações de crédito destinadas à população de baixa renda e a microempreendedores, parcela dos recursos oriundos dos depósitos a vista por eles captados. Caso a instituição

não destine os valores à concessão de crédito à população de baixa renda, eles deverão ser recolhidos ao Banco Central, **sem remuneração**, permanecendo indisponíveis, nos termos da regulamentação a ser editada pela autarquia.

Atualmente, por força do art. 1º da Resolução CMN nº 3.422, de 30 de novembro de 2006, as instituições financeiras referidas devem manter, no mínimo, 2% (dois por cento) dos saldos dos depósitos a vista aplicados em operações de microcrédito destinadas à população de baixa renda e a microempreendedores. O art. 2º da mesma resolução define quais são as pessoas que podem se beneficiar dos créditos concedidos nessas operações: são titulares de contas com movimentação inferior a R\$3 mil mensais ou pequenos empreendedores com renda bruta anual de até R\$60 mil.

A intenção da legislação é incentivar o desenvolvimento de novas tecnologias de microcrédito: ou os valores são aplicados em microcrédito ou ficam retidos no Banco Central, sem remuneração. Não obstante, convém registrar que a taxa de aplicação efetiva dos recursos previstos ainda não conseguiu atingir patamares desejáveis: entre os anos de 2004 e 2006, as aplicações foram pouco superiores a 50% dos recursos disponíveis,³⁴ o que revela que parte das instituições financeiras ainda prefere manter os recursos retidos no Banco Central, sem remuneração, a aplicá-los em operações de microcrédito.

Convém, ainda, destacar que todas essas medidas, com a edição da Lei nº 11.110, de 25 de abril de 2005, agora estão voltadas ao Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado, com o propósito de incentivar a geração de trabalho e renda entre os microempreendedores populares. Assim, foram alterados diversos dispositivos da legislação referida e criado um comitê interministerial para cuidar do tema, na forma do disposto no art. 6º da Lei nº 11.110, de 2005, e nos artigos 4º e 5º do Decreto nº 5.288, de 29 de novembro de 2004. Na definição da própria lei, art. 1º, § 3º, microcrédito

34 A aplicação efetiva em microcrédito do volume de recursos destinado pela Lei nº 10.735, de 2003, nos anos de 2004 a 2006, foram, respectivamente, de 52,82%, 54,82% e 52,59% (SOARES; MELO SOBRINHO 2007, p. 138). Já sobre as regras de microcrédito produtivo orientado (MPO), fala-se num paradoxo do *funding*: “temos demonstrado que há fantástico volume de recursos disponíveis para MPO, no entanto apenas pouco mais que 10% chega ao tomador final” (PEREIRA, 2008, p. 16). A comparação com outros países sul-americanos releva ainda mais drasticamente a necessidade de fomento ao setor: “De acordo com a Corporação Financeira Internacional (IFC, na sigla em inglês), braço financeiro do Banco Mundial para o setor privado, a penetração das microfinanças no Brasil e na Argentina gira em torno a 3%. [...] No Paraguai, Chile e Peru, contudo, os índices variam entre 25% e 35%. Na Bolívia, onde o mercado está saturado e os captadores recorrem a diversas fontes de forma simultânea, o IFC sustenta a que a penetração é superior a 160%”. (WHEATLEY, 2009, p. C3).

produtivo orientado é o crédito concedido para o atendimento das necessidades financeiras de pessoas físicas e jurídicas empreendedoras de atividades produtivas de pequeno porte, utilizando metodologia baseada no relacionamento direto com os empreendedores no local onde é executada a atividade econômica.

Esse mero recorte, com a simples indicação de algumas recentes alterações normativas, é suficiente, assim cremos, para demonstrar a eficácia das disposições constitucionais de justiça social no âmbito do sistema financeiro nacional, a determinar o comportamento da legislação e da Administração.

5 Conclusão

Após o estudo da eficácia das normas constitucionais de justiça social incidentes no sistema financeiro, podemos enunciar algumas sínteses conclusivas relativas ao tema.

Na primeira parte, procuramos destacar que as normas constitucionais efetivamente impõem o exercício de uma função social ao sistema financeiro nacional que, nos termos do art. 192 da Constituição, deve ser estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade. Ainda nessa parte, buscamos, com base na classificação das normas constitucionais proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello (1981), expor uma forma adequada de se compreender a eficácia dessas normas de justiça social.

Assim, podemos assinalar que essas normas se caracterizam pela indicação de diretrizes teleológicas, são **normas constitucionais de orientação finalística**. Esse tipo de normas, portanto, impõe deveres de atuação administrativa e legislativa ajustadas às finalidades constitucionalmente delineadas. Ademais, essas normas impõem, especialmente no exercício da atividade jurisdicional, um dever de compreensão, interpretação e decisão orientadas por essas pautas, sempre que estiverem em jogo interesses constitucionais protegidos por tais regras.

Na seqüência, verificamos, em dois julgados do Supremo Tribunal Federal (ADI 2.591-1/DF e ADI 1.398-0/DF), que essa colenda corte já revela preocupação em ajustar suas decisões à orientação finalística traçada pela Constituição. Dessa forma, a corte vem assegurando a força normativa de tais disposições constitucionais.

Já na última parte, demos destaque, em rápida passagem, a algumas das recentes alterações legais e infralegais editadas para o fomento do microcrédito, com a finalidade de garantir o acesso ao crédito pela população de baixa renda, reduzindo as desigualdades sociais e promovendo a funcionalidade social do sistema financeiro.

Portanto, as normas de justiça social do sistema financeiro não são meras diretrizes acerca do que se imaginou como desejável, nem são exortações próprias de uma exposição de motivos. Antes, são normas incidentes, vigentes e eficazes no sistema financeiro. Tais considerações, contudo, não ignoram que ainda há um longo caminho a ser trilhado para a conquista de um sistema financeiro realmente capaz de promover com eficiência a justiça social. Há, ainda, uma grande oportunidade de expansão, especialmente no tocante ao microcrédito.³⁵ Todavia, não se deve, em hipótese alguma, cometer o erro de classificar as normas de justiça social, em razão de um suposto parco reflexo na realidade material, como meras diretrizes programáticas, despidas de eficácia e direta aplicabilidade. Enfim, não se deve permitir que o discurso sobre a crise financeira de 2008 autorize retrocessos nas conquistas sociais já alcançadas.

Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ASSIS, José Carlos de. Requiescat in pacem. **Valor Econômico**, São Paulo, 8 jan. 2009, p. A9.

BATISTA JÚNIOR, Paulo Nogueira. O sistema financeiro deve ser enquadrado. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 15 jan. 2009, p. B2.

BRASIL. **Lei nº 4.595**, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4595compilado.htm. Acesso em: 30 jun. 2008.

35 Cf. Pereira (2008, p. 6) e indicação contida na nota anterior.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. Conselho Monetário Nacional. **Resolução CMN nº 2.197**, 31 de agosto de 1995. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?LEGISLACAO>. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. Conselho Monetário Nacional. **Resolução CMN nº 2.211**, 16 de novembro de 1995. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?LEGISLACAO>. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, **ADI (MC) 1.398-0/DF**, rel. min. Francisco Rezek. j. em 13 mar. 1996, DJ de 18 out. 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. **Lei nº 9.790**, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9790.htm. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. Conselho Monetário Nacional. **Resolução CMN nº 2.627**, de 2 de agosto de 1999. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?LEGISLACAO>. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. **Lei nº 10.194**, de 14 de fevereiro de 2001. Dispõe sobre a instituição de sociedades de crédito ao microempreendedor, altera dispositivos das Leis nºs 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 8.029, de 12 de abril de 1990, e 8.934, de 18 de novembro de 1994, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10194.htm. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. Conselho Monetário Nacional. **Resolução CMN nº 2.874**, de 26 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?LEGISLACAO>. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. **Lei nº 10.735**, de 11 de setembro de 2003. Dispõe sobre o direcionamento de depósitos a vista captados pelas instituições financeiras para operações de crédito destinadas à população de baixa renda e a microempreendedores, autoriza o Poder Executivo a instituir o Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social – PIPS, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.735.htm. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. **Decreto nº 5.288**, de 29 de novembro de 2004. Regulamenta a Medida Provisória nº 226, de 29 de novembro de 2004, que institui o Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado – PNMPO, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5288.htm. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. **Lei nº 11.110**, de 25 de abril de 2005. Institui o Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado – PNMPO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11110.htm. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. **Decreto de 25, de abril de 2005**. Institui, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego, o Comitê Nacional de Coordenação do Ano Internacional do Microcrédito, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Dnn/Dnn10512.htm. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. Conselho Monetário Nacional. **Resolução CMN nº 3.400**, de 6 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?LEGISLACAO>. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. Conselho Monetário Nacional. **Resolução CMN nº 3.422**, de 1º de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?LEGISLACAO>. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, ADI 2.591-1/DF, rel. p/ acórdão min. Eros Grau, j. em 7 jun. 2006, DJ de 29 set. 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, ED na ADI 2.591-1/DF, rel. min. Eros Grau, j. em 14 dez. 2006, DJ de 13 abril 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. **Lei nº 11.524**, de 24 de setembro de 2007. Dispõe sobre a utilização de recursos das exigibilidades de aplicação em crédito rural oriundos da poupança rural e dos depósitos a vista. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11524.htm. Acesso em: 30 jun. 2008.

_____. Conselho Monetário Nacional. **Resolução CMN nº 3.567**, de 29 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?LEGISLACAO>. Acesso em: 30 jun. 2008.

CALDEIRA, Jorge. **Mauá: empresário do império**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CARVALHO, Fernando J. Cardim. **Investimento, poupança e financiamento. Financiando o crescimento com inclusão social**. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/moeda/pdfs/investimento_poupanca_e_financiamento.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2005.

CARVALHO, Fernando J. Cardim de *et al.* **Economia monetária e financeira: teoria e política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

EFICÁCIA. In: DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 25 ed. Atualizado por Nagib Slaib Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 509.

FERRÃO, Brisa Lopes de Mello; RIBEIRO, Ivan César. Os juízes brasileiros favorecem a parte mais fraca?. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Annual Papers*. Berkeley, 2006, paper 26, p. 1-11.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A relação meio/fim na teoria geral do direito administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano XV, n. 61, p. 27-33, jan./mar., 1982.

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.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 137-170, out./dez., 2001,.

MARQUES, Claudia Lima *et al.* (coords.). **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos: ADIn 2.591**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano XIV, n. 57-58, p. 233-256, jan./jun., 1981. Republicado na **Revista de Direito Social**, São Paulo, ano 2, n. 7, p. 137-162, jul./set., 2002,.

NOBEL da Paz vai para “banqueiro dos pobres”. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 14 out. 2006, p. A-16.

PEREIRA, Almir da Costa. **Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado (PNMPO): descrição, resultados e perspectivas**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?MICROFIN>>. Acesso em: 27 jul. 2008.

ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da. O controle de constitucionalidade da capacidade normativa de conjuntura do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central: o caso do Fundo Garantidor de Créditos (FGC). **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, ano XXXIX, n. 120, p. 111-127, out./dez., 2000.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito: uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007.

SADDI, Jairo. Notas sobre a crise financeira de 2008. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 33-47, out./dez., 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOARES, Marden Marques; MELO SOBRINHO, Abelardo Duarte de. **Microfinanças: o papel do Banco Central do Brasil e a importância do cooperativismo de crédito.** Brasília: Banco Central do Brasil, 2007.

TAVARES, André Ramos. Crises econômicas e segurança pública. In: CARDOSO, José Eduardo Martins *et. al.* **Curso de Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2006, vol. II, p. 801-814.

TURCZYN, Sidnei. **O sistema financeiro nacional e a regulação bancária.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VASCONCELOS, Rafael Bezerra Ximenes de. Justiça distributiva: um valioso referencial para a disciplina jurídica da regulação financeira. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, Brasília, ano 1, n. 1, p. 23-51, dez., 2007. Disponível em: <<http://www.apbc.org.br/>>. Acesso em: 27 jul. 2008.

VILLA-VERDE FILHO, Erasto. A função social do sistema financeiro nacional na Constituição de 1988. **Cadernos EBAPE**, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 117, p. 1-95, jun. 2001.

WALD, Arnaldo. A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao custo do dinheiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 229-236, jul./set., 2007.

WHEATLEY, Jonatham. Microcrédito passa ao largo da crise na AL. **Valor Econômico**, São Pulo, 27 fev. 2009, p. C3.

YUNUS, Muhammad; JOLIS, Alan. **O banqueiro dos pobres: a revolução do microcrédito que ajudou os pobres de dezenas de países.** Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Ática, 2005.

Breve Reflexão sobre o Conceito de Direito Adquirido

Leandro Sarai*

1 O conceito vigente. 2 Reflexão: 2.1 Elementos da doutrina; 2.2 Elementos da lei. 3 Casuística: 3.1 Plano Collor; 3.2 Criação de contribuição previdenciária para servidores aposentados com base na Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003; 3.3 Isenção tributária incondicionada de Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana; 3.4 Alíquota de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza inferior ao mínimo previsto na Emenda Constitucional nº 37, de 12 de junho de 2002; 3.5 Lei que proíbe operação de compra e venda e contrato já formado; 3.6 Extinção de benefício vitalício de complementação de aposentadoria; 3.7 Alteração dos requisitos para obtenção de aposentadoria; 3.8 Proibição criada por convenção condominial de manter animais domésticos no condomínio; 3.9 Promessa de benefício continuado sem prazo de extinção; 3.10 Extinção de benefício de entrega mensal de cesta básica. 4 Questões pendentes. 5 Conclusão.

Resumo

Analisa o conceito de direito adquirido, quer nos seus elementos legais, quer nos seus elementos doutrinários. Após a apresentação do conceito corrente, é realizada análise para efeito de distinguir o direito adquirido de outros direitos, ou seja, de constatar o que de fato atribui a qualidade de “adquirido” a um direito. Analisado o conceito, é realizado teste casuístico, de modo a aferir se ele é adequado à solução de alguns problemas práticos rotineiros, permitindo assim uma conclusão sobre o resultado obtido.

* Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Procurador do Banco Central do Brasil em Curitiba. Ex-procurador do município de Barueri/SP

Palavras-chave: Direito adquirido. Conceito. Lei. Doutrina. Casuística.

Abstract

This work aims to analyze the concept of right acquired either in their legal elements, both in its entirety in terms of principles. The need to reflect on this subject took place from the current concept not often easy application for legal solution of practical cases. Take, for example, the “Plano Collor” or the creation of social security contribution for retired civil servants. Thus, after the current concept is carried out an analysis to distinguish the right acquired from other rights, i.e. to see which assigns the quality of “acquired” a right. Examined the concept, it is made a test in cases, so whether it is appropriate to solve practical problems, thus enabling a routine conclusion on the outcome.

Keywords: Right acquired. Concept. Law. Doctrine. Cases

1 O conceito vigente

O que é direito adquirido? A Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 6º, § 2º, dispõe:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitadas o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

[...]

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (grifo nosso).

A redação legal teria sido influenciada por Gabba, que já era citado nas referências bibliográficas de Clóvis Beviláqua (1940, p. 99). A doutrina continua buscando em Gabba subsídio para conceituar direito adquirido. A propósito, Roque Antonio Carrazza (2005, p. 840):

[...] que vem a ser direito adquirido?

A resposta a esta intrincada questão é-nos dada, com propriedade, pelo grande Gabba. Ouçamo-lo: “É adquirido cada direito que: a) é conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude de a lei do tempo no qual o fato se consumou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova em torno do mesmo; e que b) nos termos da lei sob cujo império ocorre o fato do qual se origina, passou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu”. (*Teoria della Retroattività delle Leggi*, Turim, Utet, 3ª ed., 1891, p.191)

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz (2001, p. 185) e Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p. 259).

Como se vê, extrai-se dessa exposição que uma “lei nova” seria elemento do conceito de direito adquirido. Também entende dessa forma Rubens Limongi França, citado por Diniz (2001, p. 185): “a conseqüência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; conseqüência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência da lei nova sobre o mesmo objeto.” (grifo nosso).

Enfim, José Afonso da Silva (2006, p. 133) admite que o conceito ainda não é preciso e vem corroborar a adoção de Gabba na doutrina:

A doutrina ainda não fixou com precisão o conceito de “direito adquirido”. É ainda a opinião de Gabba que orienta sua noção, destacando como seus elementos caracterizadores: (a) ter sido produzido por um fato idôneo para sua produção; (b) ter-se incorporado definitivamente ao patrimônio do titular.

Ainda segundo a redação da parte final do § 2º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, também seriam adquiridos aqueles direitos cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

Antes de ingressar na análise dos elementos do conceito de direito adquirido, deve-se ter em mente que os conceitos devem descrever o direito. Não é o direito que tem que se amoldar aos conceitos. Não é o objeto que tem que se adequar à ciência que o estuda (GORDILLO, 1977, p.13, *apud* SUNDFELD, 1996, p. 125).

Assim, pode-se sintetizar os seguintes elementos citados na doutrina:

- a) produção por fato idôneo;
- b) incorporação definitiva ao patrimônio de seu titular;
- c) surgimento de lei nova.

Na LICC, por sua vez, encontra-se o seguinte:

- a) ser exercitável ou ter seu exercício dependente de termo ou condição pré-estabelecida inalterável ao arbítrio de outrem.

Necessário, então, analisar esses elementos para se verificarem seu alcance e sua relação com o conceito.

2 Reflexão

2.1 Elementos da doutrina

Os elementos que a doutrina menciona sem que estejam na expressão da lei devem ser tratados com cautela, para se verificar sua perfeita adequação ao ordenamento.

Sobre o primeiro elemento mencionado pela doutrina, ou seja, ser produzido por fato idôneo, salvo melhor juízo, diz respeito a qualquer direito, e não apenas ao direito adquirido.

Antes de ser produzido, direito não há. Se o fato produtor não é idôneo, direito também não nasce.

“idôneo”, segundo o dicionário, é ‘adequado, próprio, que convém perfeitamente’ (HOUAISS, 2001, p.1.567).

Então, não se nega a necessidade de haver um fato idôneo a produzir o direito adquirido, pois todo direito pressupõe um fato gerador. Contudo, não se pode perder de vista que apenas esse fato idôneo não é suficiente para a caracterização do direito.

Como segundo elemento, cita-se a incorporação definitiva do direito ao patrimônio do sujeito.

Aqui, cabe ressaltar que há direitos cuja aquisição não se dá de forma instantânea, o que enseja aquilo que se chama de expectativa de direito. Nas palavras de Orlando Gomes (1988, p. 130),

Mas, a aquisição de um direito nem sempre se dá em consequência de fato jurídico que a provoque instantaneamente. Há direitos que só se adquirem por **formação progressiva**, isto é, através da seqüência de elementos constitutivos, de sorte que sua aquisição faz-se gradativamente. Antes do concurso desses elementos, separados entre si por uma relação de tempo, o direito está em formação, podendo o processo constitutivo concluir-se, ou não. Forma-se quando o último elemento advém.

Se já ocorreram fatos idôneos a sua aquisição, que entretanto depende de outros que ainda não aconteceram, configura-se uma **situação jurídica preliminar**, um **estado de pendência**, que justifica, no interessado, a legítima **expectativa** de vir a adquirir o direito em formação. A essa situação denomina-se **expectativa de direito**, em razão do estado psicológico de quem nela se encontra. (grifos do autor)

Seja de forma instantânea, seja após superada uma expectativa, há um momento em que o direito ingressa no patrimônio.

Segundo Clóvis Beviláqua (1940, p. 101), “acham-se no patrimônio os direitos que podem ser exercidos, como, ainda, os dependentes de prazo ou de condição preestabelecida, não alterável ao arbítrio de outrem.”

O que não ficou claro é quando essa incorporação é definitiva. Esse esclarecimento será buscado no próximo tópico.

Antes, será feita a análise do último elemento mencionado pela doutrina, ou seja, o surgimento de lei nova.

Esse elemento, com a devida vênia, não pode integrar o conceito de direito adquirido.

Aliás, a própria redação do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal parece demonstrar isso: “Art. 5º...[...] XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Ora, se a lei não pode prejudicar direito adquirido, significa que o direito adquirido já existe antes da lei, de modo que esta não é componente de seu conceito.

Com efeito, o que ocorre é que os problemas correntes envolvendo direitos adquiridos decorrem do advento de leis novas, mas isso não quer dizer que a lei nova em si seja elemento do direito adquirido.

Aliás, pode ocorrer uma situação em que a questão da permanência do direito seja posta mesmo sem o advento de uma lei nova. Imagine-se o exemplo

de uma convenção de condomínio que permita aos condôminos ter animais domésticos. Passado um tempo, há uma assembléia em que se decide por proibir a presença de animais. Nessa hipótese, mesmo sem ter havido uma lei nova, surgiria controvérsia em torno da existência ou não de direito adquirido.

Outro elemento que convém mencionar é o enquadramento do direito adquirido como direito subjetivo, ou, nas palavras de José Afonso da Silva (2006, p. 133-134), seria a transmutação do direito subjetivo, que, quando não exercitado, permanece apesar do advento de lei nova:

Para compreendermos um pouco melhor o que seja o **direito adquirido**, cumpre relembrar o que se disse acima sobre o direito subjetivo: é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente. Se tal direito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada (direito consumado, direito satisfeito, extinguiu-se a relação jurídica que o fundamentava). Por exemplo, quem tinha o direito de se casar de acordo com as regras de uma lei, e casou-se, seu direito foi exercido, consumou-se. A lei nova não tem o poder de desfazer a situação jurídica consumada. A lei nova não pode descasar o casado porque tenha estabelecido regras diferentes para o casamento.

Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em **direito adquirido**, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se ao seu patrimônio, para ser exercido quando lhe convier. [...] Vale dizer – repetindo: o direito subjetivo vira direito adquirido quando lei nova vem alterar as bases normativas sob as quais foi constituído. (grifos do autor)

Então, o fato de poder ser exercido é essencial para a qualificação do direito como direito adquirido. Mas aqui já se ingressa nos elementos que a lei menciona.

2.2 Elementos da lei

Segundo o § 2º do art. 6º da LICC, direito adquirido é o direito **exercitável**. Esse exercício, ainda segundo referido dispositivo legal, pode ser imediato ou

dependem de termo prefixo ou condição preestabelecida inalterável a arbítrio de outrem.

Inicialmente, convém analisar o que é exercer o direito. Para tanto, convém distinguir entre direitos reais e pessoais, de modo a tornar a análise mais específica.

Sobre essa diferenciação, eis a doutrina de Orlando Gomes (1988, p. 122):

Predomina a distinção baseada no **modo de exercício do direito**. O direito real se exerce numa coisa, sem intervenção de outra pessoa. O direito pessoal, por intermédio de outra pessoa, a quem incumbe satisfazer determinada prestação, positiva ou negativa; seu objeto é essa **prestação**, isto é, obrigação de alguém dar, fazer ou não fazer alguma coisa, como esclarece Henri de Page, observado que, mesmo nas obrigações de dar, o direito de crédito não recai na coisa, mas visa à sua obtenção. Um é *jus in re*, o outro *jus ad rem*. (grifos do original).

Tomando-se como exemplo o direito real de propriedade, seu exercício consiste no uso de quaisquer das faculdades inerentes ao domínio, ou seja, uso, gozo, alienação do bem e seqüela, segundo o disposto no art. 1.228 do Código Civil: “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

Já no caso dos direitos pessoais, diz-se que se possui direito em relação a uma pessoa, que, em contrapartida, deve uma prestação. Note-se aqui que a exigência do cumprimento da prestação, ou seja, o exercício da pretensão se enquadra como exercício do direito em si. Vale lembrar que pretensão “é o poder do titular do direito subjetivo de exigir uma ação ou uma omissão de quem deve praticá-la ou de quem deve abster-se” (GOMES, 1988, p. 113). Além disso, ainda que não se tenha recebido o objeto da prestação, conforme o caso, pode-se, por exemplo, ceder o crédito. Infere-se, pois, que o crédito já integra o patrimônio, uma vez que, *nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet* [ninguém pode transferir mais direito do que tem] (tradução livre).

Nessa linha, fica evidenciado que o direito a uma prestação é apenas uma faceta do direito pessoal. A exigência da prestação está para o direito pessoal da mesma forma que o direito de seqüela está para o direito real.

Galvão Telles (*apud* NERY JUNIOR; NERY, 2006, p. 259) menciona ainda o conceito de direito potestativo, categoria que se coloca ao lado dos direitos a uma prestação:

Diz-se direito potestativo a faculdade que o sujeito tem de produzir efeitos jurídicos mediante declaração de vontade sua, em certos casos integrada por decisão judicial (v.g., **divórcio litigioso**). A essa faculdade corresponde, da parte daquele contra quem ela se exerce, um estado de sujeição, consistente em ficar submetido aos efeitos jurídicos produzidos, sem concorrer para eles e sem a eles poder opor-se. (grifos do original)

Exercer o direito, diante do que foi dado, é concretizá-lo, é fazer uso das faculdades a ele inerentes.

Contudo, seja no direito pessoal ou no real, seja no direito a uma prestação ou no direito potestativo, é preciso questionar se o simples fato de um direito ser exercitável lhe confere a natureza de “direito adquirido”.

Tome-se, como exemplo, a possibilidade que existe de se adquirir determinado gênero alimentício. Não havendo lei que proíba essa aquisição, existe um direito exercitável, pois a Constituição, em seu art. 5º, II, dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Se um sujeito ingressa em um estabelecimento para adquirir uma mercadoria, o fornecedor não pode se negar a fornecê-la, ainda que o contrato de compra e venda seja um negócio jurídico bilateral, ou seja, exija vontade de ambas as partes para sua formação. É o que decorre do disposto no art. 7º, VI, da Lei nº 8.137, de 1990:

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

[...]

VI – sonegar insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda

comprá-los nas condições publicamente ofertadas, ou retê-los para o fim de especulação;

Todavia, nota-se que é possível uma lei vir a proibir a comercialização desse produto, por exemplo, com fundamento em que seria prejudicial à saúde. Logo, o fato de um direito ser exercitável, embora necessário, não é suficiente para torná-lo adquirido.

Chega-se à conclusão de que a característica do conceito de direito adquirido que o diferencia dos demais direitos subjetivos, incorporados ao patrimônio do sujeito, exercitáveis, de imediato ou cujo começo do exercício dependa de termo prefixado ou condição preestabelecida inalterável ao arbítrio de outrem, **é o fato mesmo de ser inalterável.**

Aqui, cabe uma crítica ao conceito legal, pois o § 2º do art. 6º da LICC diz que o “termo prefixo, ou condição preestabelecida” seja inalterável ao arbítrio de outrem. Mas não diz que o próprio direito seja inalterável. O que torna, pois, esse direito inalterável? O que o protege de eventuais prejuízos advindos de um ato jurídico posterior, ainda que emanado do Estado? **Assim, o que se tem por fundamental é perquirir o que torna o direito imutável. Da mesma forma, o que torna inalterável o termo ou a condição que subordina o exercício de um direito.** O fundamento do direito adquirido é dar sentido às legítimas expectativas surgidas das manifestações de vontade, bem como assegurar equilíbrio das relações jurídicas. Qualquer manifestação de vontade prometendo algo a outrem gera direito adquirido? Não. Pode gerar direito, mas não lhe dá necessariamente o atributo de “adquirido”. O direito adquirido é aquele cujo exercício não pode ser obstado pela vontade de outrem, inclusive pela vontade da lei. Se tal direito pode ser extinto pela vontade alheia, não se trata de direito adquirido.

Então, numa tentativa de responder a questão acima, pode-se dizer que não se poderá extinguir o direito ou alterar o termo ou condição que subordina o início de seu exercício **quando houver expectativa legítima de sua permanência.**

O que é “legítimo” varia no tempo e no espaço, só se aferindo através de um juízo de valor, que pode ser obtido com base na boa-fé objetiva que rege os negócios jurídicos (REALE, 2006), nos termos do art. 113 do Código Civil: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

A boa-fé ainda é mencionada nos art. 187 do Código Civil, “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela **boa-fé** ou pelos bons costumes.”, e 422, “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e **boa-fé**.” (grifos nossos).

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 35):

“Todavia, a boa-fé que constitui inovação do Código de 2002 e acarretou profunda alteração no direito obrigacional clássico é a **objetiva**, que se constitui em uma norma jurídica fundada em um princípio geral do direito, segundo o qual todos devem comportar-se de boa-fé nas suas relações recíprocas. Classifica-se, assim, como regra de conduta. Incluída no direito positivo de grande parte dos países ocidentais, deixa de ser princípio geral de direito para transformar-se em **cláusula geral** de boa-fé objetiva. É, portanto, fonte de direito e de obrigações. (grifos do autor)

Segundo a boa-fé objetiva, vigora o princípio de que a lei não pode retroagir, mas tem eficácia imediata em relação a fatos futuros e pendentes. Nessa linha, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p. 28) trazem ensinamento esclarecedor, cuja transcrição, conquanto longa, é obrigatória:

“Não se pode confundir, portanto, a eficácia imediata que toda lei nova tem, atingindo os negócios jurídicos em curso a partir de sua entrada em vigor, com retroatividade da lei, proibida pelo sistema conforme disposto na CF 5º, XXXVI, e LICC 6º, *caput*. [...] Quando entra em vigor nova lei revogando a anterior, o sistema retira do mundo jurídico a lei antiga e não mais permite que produza efeitos, salvo as exceções que expressamente constem da Constituição ou do novo sistema legal revogador. Para os contratos já executados, isto é, cujo objeto já se esgotou no tempo e no espaço, a nova lei não tem o quê atingir, pois o contrato já se encontra pronto, acabado e executado. Nesse caso, muda a regra do negócio pela nova lei, não existe a possibilidade de, por exemplo, repetir-se aquilo que, segundo aquela, teria sido pago indevidamente no sistema da lei revogada (que permitia referido pagamento). [...] É nisso que reside a proteção constitucional (CF 5º, XXXVI) e legal (LICC 6º, *caput*) do ato jurídico perfeito: impossibilidade de a lei nova atingir o que foi praticado no regime

da lei revogada. Só isso e nada mais. Com outras palavras, podemos dizer que o sistema constitucional brasileiro não adotou a **imunidade absoluta** do negócio celebrado pela lei revogada. (grifos do autor)

Diante disso, fica claro no exemplo sobre o advento de lei que proíbe a comercialização de um determinado produto que não era legítimo esperar a permanência desse direito, pois a própria Constituição permite que uma lei crie uma proibição, mormente quando vise a proteger a saúde e a vida. O direito adquirido, destarte, decorre do *pacta sunt servanda*, da mesma forma que o ato jurídico perfeito, e busca equilibrar as relações sociais.

Partindo, assim, das premissas estabelecidas até aqui, é de rigor seu confronto com alguns casos práticos para verificar sua adequação.

3 Casuística

3.1 Plano Collor

Em 1990, foi lançado um plano econômico que, em suma, bloqueou parte das aplicações em poupança e alterou o índice de correção monetária aplicado na sua remuneração. Foi o chamado Plano Collor.

O Supremo Tribunal Federal (STF), no RE 206.048, por meio de seu Pleno, assim se pronunciou:

EMENTA: Constitucional. Direito Econômico. Caderneta de poupança. Correção Monetária. Incidência de Plano Econômico (Plano Collor). Cisão da caderneta de poupança (MP 168/90). Parte do depósito foi mantido na conta de poupança junto à instituição financeira, disponível e atualizável pelo IPC. Outra parte – excedente de NCz\$ 50.000,00 – constituiu-se em uma conta individualizada junto ao Bacen, com liberação a iniciar-se em 15 de agosto de 1991 e atualizável pelo BTN Fiscal. A MP 168/90 observou os princípios da isonomia e do direito adquirido. Recurso não conhecido.

Do voto vencedor do ministro Nelson Jobim, colhem-se as seguintes passagens:

Observo que não houve modificação intercorrente de índice.

O BTN Fiscal passou a ser o índice de atualização somente quando o excedente a NCz\$50.000,00 se encontrava, no Bacen, creditado na conta BANCO CENTRAL – RESERVAS COMPULSÓRIAS EM ESPÉCIE (CIRCULAR 1.602, 18/3/1990, art. 3º).

Isso somente ocorreu após a atualização pelo IPC, ao fim do trintídio.

[...]

Não houve aplicação de “[...] lei nova, modificadora do índice de correção e dos juros da caderneta de poupança, no período em curso, aos depósitos existentes”, hipótese de jurisprudência referida no VOTO DO RELATOR (Voto, fls. 14).

[...]

A MP 168/90 e sua LEI DE CONVERSÃO asseguram a correção monetária, ao término do período de trinta dias, de acordo com as regras vigentes no início do trintídio.

[...]

No PLANO COLLOR, até a data do primeiro aniversário pós-PLANO, obedeceu-se a atualização das contas pelas regras vigentes no momento do início do trintídio.

O direito adquirido foi respeitado quando do crédito do primeiro rendimento pós-PLANO.

[...]

Não se trata de aplicação de regra nova à depósito cujo ciclo de trinta dias tenha se iniciado antes de sua vigência.

A jurisprudência se consolidou no verbete 725 da súmula do Supremo:

Súmula 725

É constitucional o § 2º do art. 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.

De fato, partindo-se da premissa de que a caracterização de direito adquirido necessita de o elemento “ser exercitável”, conclui-se que não haveria direito adquirido antes de haver o aniversário da caderneta de poupança, pois antes disso o depositário não tem direito ao crédito da remuneração.

3.2 Criação de contribuição previdenciária para servidores aposentados com base na Emenda Constitucional nº 41, de 19 de novembro de 2003

A Emenda Constitucional nº 41, de 2003, criou o dever de os servidores aposentados contribuírem com seu regime de previdência. O STF entendeu que não havia direito adquirido à imunidade tributária sobre os proventos de aposentadoria:

EMENTAS: 1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, *caput*). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, da CF, e art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. 2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade,

equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, *caput*, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, e 201, *caput*, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, *caput*, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. [...] STF, Pleno, ADI 3105 / DF, Relator Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão Min. CEZAR PELUSO, j. 18/8/2004, m.v., DJ 18-02-2005 p. 4.

Tendo em mente o conceito de direito adquirido elaborado, pode-se ver que o STF concluiu não ter havido sua violação, pois não foi prejudicado o direito de aposentadoria em si.

Adotou-se o entendimento de que o que houve foi o exercício do direito da União de instituir tributo, o que seria compatível com o direito adquirido à aposentadoria.

3.3 Isenção tributária incondicionada de Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana

Suponha-se que um lei entre em vigor estabelecendo uma isenção incondicionada de Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de janeiro de 2006. Se, em junho de 2006, houver revogação, como fica a situação no que diz respeito ao direito adquirido? Antes de qualquer coisa, convém mencionar que a doutrina costuma afirmar que nesse caso não há direito adquirido (CARRAZZA, 2005, p. 836).

Devem-se separar, em primeiro lugar, os fatos geradores ocorridos durante o vigor do benefício e aqueles ocorridos após os efeitos da revogação. Com relação aos fatos geradores futuros, o benefício ainda não pode ser exercitado, de modo que não se enquadraria no conceito de direito adquirido. No que diz respeito aos fatos geradores já ocorridos, os contribuintes não podem ser atingidos. Se for exigido o IPTU de 2006, poderá ser pleiteado administrativamente ou judicialmente a declaração de inexistência do débito.

Questiona-se, contudo, por que motivo nesse caso pode haver a supressão do benefício no que diz respeito aos fatos geradores futuros. Analisando-se o caso sob o prisma da legítima expectativa de acordo com os ditames da boa-fé objetiva, verifica-se que nesse caso não se pode pretender sua manutenção eterna.

Sabe-se que o benefício só dura enquanto permanece a base legal que o garante, pois essa mesma lei não foi feita para valer para sempre, bem como não especificou o termo final do benefício. A única garantia é o princípio da anterioridade, de modo que, revogado o benefício, somente os fatos geradores do exercício seguinte à revogação é que gerarão obrigações tributárias exigíveis, conforme art. 104, III, do Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 104. Entram em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorra a sua publicação os dispositivos de lei, referentes a impostos sobre o patrimônio ou a renda:

[...]

III – que extinguem ou reduzem isenções, salvo se a lei dispuser de maneira mais favorável ao contribuinte, e observado o disposto no artigo 178.

Até o fato de o CTN prever expressamente acerca da revogação da isenção demonstra a possibilidade de sua extinção, o que afasta a expectativa da permanência eterna do benefício.

3.4 Alíquota de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza inferior ao mínimo previsto na Emenda Constitucional nº 37, de 12 de junho de 2002

No município de Barueri (SP), foi editada uma lei em 1997 que assegurou inalterabilidade da alíquota do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) para certas atividades, por um período de dez anos. A alíquota desse município era relativamente baixa se comparada com a de outros municípios da região. A Emenda Constitucional nº 37, de 2002, determinou que a alíquota mínima desse imposto seria de 2%, alíquota essa maior do que as estabelecidas no município de Barueri. Em parecer colegiado da procuradoria do município, entendeu-se que havia direito adquirido à inalterabilidade de alíquota aos

contribuintes já estabelecidos na cidade e regularmente inscritos na data da publicação da emenda.

Embora tenha sido duramente criticado tal parecer, sob alegação de não haver direito adquirido na área tributária, o município adotou o posicionamento da procuradoria. Mas por que nesse caso há direito adquirido? Houve expectativa legítima dos empresários do Município de que teriam uma situação mantida por dez anos. Em razão disso, foram feitos investimentos. Não parece legítima a mudança das regras do jogo antes do termo determinado.

Com efeito, só não seria legítima essa expectativa se a lei fosse inconstitucional, mas não se vislumbrou nenhum vício que a maculasse.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 37, de 2002, a lei municipal que garantia a inalterabilidade de alíquotas não foi recepcionada, porém foram resguardados os direitos adquiridos dos contribuintes já instalados regularmente no Município.

Como se vê, se analisada a questão sem o enfoque da legítima expectativa, não se poderia discernir acerca da existência do direito adquirido.

3.5 Lei que proíbe operação de compra e venda e contrato já formado

Em um contrato de compra e venda, em que o comprador já efetuou o pagamento do preço, mas, antes de receber a mercadoria, surge uma lei proibindo esse negócio, pode-se dizer que há direito adquirido a recebê-la? Haverá direito adquirido do comprador, além de o negócio ser ato jurídico perfeito. A propósito, Maria Helena Diniz (2001, p. 187) traz exemplo semelhante, tratando dos requisitos do negócio:

Exemplificativamente, se “A” vier a comprar um apartamento de conformidade com as condições e formalidades impostas pela lei “X”, a edição da norma “Y”, modificando aqueles requisitos, não terá eficácia sobre o direito adquirido anteriormente.

Nesse caso, novamente, o comprador, além de ter direito exercitável, possui legítima expectativa quanto ao recebimento da contraprestação. E essa expectativa era legítima, pois não havia nenhum óbice no momento da contratação e houve um equilíbrio na relação jurídica, na medida em que efetuou a prestação que lhe cabia sem receber a contraprestação.

3.6 Extinção de benefício vitalício de complementação de aposentadoria

Suponha-se que um determinado município estatua benefício de complemento de aposentadoria, por ser pago até a morte do servidor inativo. Se um servidor estiver recebendo o benefício, será atingido por uma lei posterior que revogue a complementação? Nesse caso, dir-se-á que existe direito adquirido, de modo que o referido servidor continuará a receber o benefício até sua morte.

Mas em relação às parcelas ainda não recebidas de complementação, elas podem ser consideradas como direito exercitável? Não é exercitável, pois depende do advento de cada termo mensal, a partir do qual passa a ser exigível a prestação mensal. Além disso, há um termo que extingue o direito, que é a morte do beneficiário. Nesse caso, cada parcela se enquadra na parte final do § 2º do art. 6º da LICC, ou seja, o termo é inalterável ao arbítrio do município.

A morte é termo do tipo incerto, ou seja, o evento é futuro e inexorável, porém não se pode precisar o momento em que ocorrerá (RODRIGUES, 1995, p. 256).

Esses termos são inalteráveis, uma vez que, no momento em o servidor começa a receber o benefício, surge expectativa legítima de recebê-lo em prestações mensais até sua morte, ou seja, o direito como um todo, devidamente delimitado.

Contudo, sem utilizar o critério da **legítima expectativa sob o enfoque da boa-fé objetiva** não se poderia dizer se os termos ou o direito eram ou não inalteráveis.

3.7 Alteração dos requisitos para obtenção de aposentadoria

Suponha-se que um indivíduo esteja próximo de sua aposentadoria, quando, em razão de lei nova, são alteradas as regras para obtenção do benefício. Como o indivíduo não havia completado os requisitos para se aposentar, não estaria configurado direito exercitável. Com isso, afasta-se a caracterização do direito adquirido. É o entendimento da jurisprudência do STF, no sentido de que “não há direito adquirido a regime jurídico”.

O seguinte julgado do STF também demonstra a sedimentação desse entendimento:

EMENTA: INSS. APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO. DIREITO ADQUIRIDO. ART. 3º DA EC 20/98. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO POSTERIOR A 16/12/1998. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO CALCULADO EM CONFORMIDADE COM NORMAS VIGENTES ANTES DO ADVENTO DA REFERIDA EMENDA. INADMISSIBILIDADE. RE IMPROVIDO. I – Embora tenha o recorrente direito adquirido à aposentadoria, nos termos do art. 3º da EC 20/98, não pode computar tempo de serviço posterior a ela, valendo-se das regras vigentes antes de sua edição. II – Inexiste direito adquirido a determinado regime jurídico, razão pela qual não é lícito ao segurado conjugar as vantagens do novo sistema com aquelas aplicáveis ao anterior. III – A superposição de vantagens caracteriza sistema híbrido, incompatível com a sistemática de cálculo dos benefícios previdenciários. IV - Recurso extraordinário improvido.

O problema que fica pendente é a alteração das regras do jogo durante a formação do direito, problema esse que será comentado ao final.

3.8 Proibição criada por convenção condominial de manter animais domésticos no condomínio

Esse caso, já citado anteriormente, demonstra que pode haver controvérsia sobre a existência de direito adquirido mesmo sem o advento de uma lei nova.

Sobre esse caso, os condôminos que já possuíam animais quando do advento da proibição não poderão ser prejudicados, pois exerceram o direito de adquirir seus animais. Cuida-se, aliás, de direito consumado. Obrigar tais pessoas a destituírem-se de seus bichos seria violar seu direito de propriedade, protegido constitucionalmente:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à **propriedade**, nos termos seguintes:

[...]

XXII – é garantido o direito de **propriedade**; (grifos nossos).

Convém notar que, no momento em que adquirem seus animais, há uma expectativa legítima de poderem desfrutar deles, assim como desfrutaram de seus outros bens. No ordenamento jurídico, somente há hipóteses excepcionais de perda da propriedade, como a desapropriação, o confisco e o perecimento.

Somente se cogitará da prevalência da convenção para determinado condômino se este houver a ela aderido, ou se o valor defendido por ela for hierarquicamente superior ao direito de propriedade.

3.9 Promessa de benefício continuado sem prazo de extinção

Suponha-se que um indivíduo se comprometa, simplesmente e unilateralmente, a entregar prestações pecuniárias mensais a outrem, sem especificar um termo final ou condição resolutive, e sem haver contraprestação da outra parte. Parece razoável que a obrigação perdurará até que o promitente revogue sua declaração. Feita a revogação, só se poderá falar em direito adquirido (e consumado) às parcelas percebidas e nunca àquelas vincendas.

Por ser ato de liberalidade, deve ser interpretado restritivamente e em benefício do devedor, nos termos do art. 114 do Código Civil: “Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.” Além disso, há um limite em seu próprio patrimônio, além do qual não se pode legitimamente, esperar nada.

A propósito, o art. 548 do CC proíbe a doação de todos os bens: “Art. 548. É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte ou renda suficiente para a subsistência do doador.”

Diferente seria a situação se o beneficiário houvesse cumprido alguma contraprestação, em razão da qual teria direito às prestações. Nesse caso, o indivíduo em débito teria de cumprir as prestações correspondentes, caso contrário, deveria indenizar a outra parte pelos danos causados pela frustração da expectativa existente, para que a relação ficasse equilibrada. Aqui, incide o *pacta sunt servanda* e o princípio da boa-fé objetiva.

3.10 Extinção de benefício de entrega mensal de cesta básica

Suponha-se que um município possua uma lei que o autorize a entregar cesta básica à população carente residente na cidade todo mês entre os dias 10 e 12. No dia 12, comparece uma pessoa e fica sabendo que houve revogação da lei no dia 11. No dia 10, o direito já era exercitável. Poderia ser extinto? Parece que não haverá polêmica em relação aos que retiraram sua cesta até a revogação da lei. Porém, como fica aquele que não a retirou até a revogação? Pode-se dizer que o ente público continuaria a entregar o benefício enquanto fosse possível e enquanto conviesse, mesmo porque não estipulou até quando vigeria a lei. É certo ainda que a lei só produz efeito enquanto vige. Pelo conceito vigente, sendo o direito exercitável, a solução é a afirmar a existência de direito adquirido.

4 Questões pendentes

Conquanto tenha havido soluções jurídicas para os casos citados, não se deve afastar o fato de que isso não significa necessariamente pacificação social. A título de ilustração, no caso das pessoas que estão prestes a se aposentar, pode-se simplesmente dizer que não há direito adquirido a regime jurídico?

De modo mais claro, a solução jurídica vigente diz, por exemplo, que aqueles que já houvessem cumprido os requisitos necessários à aposentadoria quando da publicação da nova norma que aumentou as exigências poderiam se aposentar

segundo as regras até então vigentes. Mas aqueles para os quais faltasse apenas um dia para o cumprimento dos requisitos não poderiam e deveriam se submeter às novas regras.

Será que o **discrímen** tempo ou que a regra da eficácia imediata da lei aos direitos em formação resolve a questão de forma tranqüila? Haverá paz numa sociedade em que duas pessoas recebem o mesmo benefício, embora tenham cumprido requisitos diferentes? E se o benefício daquele que cumpriu menos requisitos ainda for melhor?

Daí o cabimento das regras de transição, que, todavia, devem cuidar adequadamente da situação de cada indivíduo para que haja justiça. Justiça, conforme abordado em outro artigo (SARAI, 2007), é algo matemático, embora, em princípio, o homem ainda não tenha demonstrado de forma clara que é competente para transformar as relações sociais em fórmulas matemáticas, em funções, e, com base nisso, encontrar o correto ponto de equilíbrio.

Nada obstante, a teoria do caos demonstra que já se está próximo disso. (TRUMP, 2005).

Outro questionamento que surge quando se pensa sobre a edição de leis é a seguinte: Pode um ente público editar uma lei que o obrigue, por exemplo, a entregar mensalmente e eternamente determinado benefício pecuniário a uma pessoa jurídica? É possível criar uma obrigação perpétua? Como ficam as gerações futuras e os legisladores futuros? Não é demais lembrar que a lei é manifestação de vontade do ente que a edita. Essa questão também terá relação com as cláusulas péticas previstas na Constituição.

Já no caso do condomínio que proíbe animais em suas dependências, fica o questionamento que virá daqueles que ainda não possuíam animais quando surgiu a proibição e que queiram adquirir um. Haverá um sentimento de ofensa à isonomia.

Tais problemas sociais exigem maior reflexão acerca da adequação das atuais soluções jurídicas e das normas vigentes.

A meditação sobre esses assuntos, contudo, fica para um outro artigo.

5 Conclusão

Para o presente, apenas é necessário acrescentar os elementos que foram constatados como integrantes do conceito de direito adquirido, mas que não constam da redação do § 2º do art. 6º da LICC.

Nessa esteira, conclui-se que o direito adquirido é o direito subjetivo exercitável, de imediato ou cujo início do exercício esteja subordinado a termo ou condição, sendo que tanto o **direito em si** quanto o termo ou condição de que depende seu exercício **não podem ser alterados** ao arbítrio de outrem, em razão da **legítima expectativa de sua permanência, segundo a boa-fé objetiva**.

Referências

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Ed. histórica. Rio de Janeiro, 1940.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em :<<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 3 dez. 2008.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil. Disponível em :<<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 8 jan. 2009.

_____. **Emenda Constitucional nº 37**, de 12 de junho de 2002. Altera os arts. 100 e 156 da Constituição Federal e acrescenta os arts. 84, 85, 86, 87 e 88 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 2 jul. 2009.

_____. **Lei nº 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Denominada Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em :<<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 8 jan. 2009.

_____. **Lei nº 8.137**, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em :<<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 8 jan. 2009.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em :<<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno, **RE 206.048-8/RS**, Relator Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Min. Nelson Jobim, j. 15/8/2001, m.v., DJ 19/10/2001, p. 49.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno, **ADI 3105/DF**, Relator Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão Min. CEZAR PELUSO, j. 18/8/2004, m.v., DJ 18/2/2005, p. 4.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno, **RE 575089/RS**, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 10/9/2008, v.u., DJe-202 24/10/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno, **Súmula nº 725**. DJ de 9/12/2003, p. 1; DJ de 10/12/2003, p. 1; DJ de 11/12/2003, p. 1.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. v. III. Contratos e atos unilaterais**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GORDILLO, Augustín. **Princípios gerais de direito público**. Trad. de Marco Aurélio Greco. São Paulo: RT, 1977.

IDÔNEO. In: HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=509>>. Acesso em: 30 out. 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. v. 1. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SARAI, Leandro. Esboço sobre uma teoria de justiça. In: **Revista Jus Vigilantibus**. 21. fev. 2007. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/2328>. Acesso em 31 jul. 2009.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

TRUMP, Matthew A. **What is chaos?** August, 14 1998. Disponível em: <http://order.ph.utexas.edu/chaos/index.html>. Acesso em: ago. 2005.

Notas sobre a Ilegalidade e a Inconstitucionalidade da Imposição do Ônus de Esgotamento de Diligências para o Deferimento da Penhora via Bacen Jud

Marlos Lopes Godinho Erling*

1. Introdução. 2. Formas de penhora de dinheiro. 3. Fundamentos legais e constitucionais legitimadores da utilização do Bacen Jud. 4. O agravo de instrumento como recurso cabível em decisões de indeferimento de penhora de dinheiro via Bacen Jud. 5. Conclusão.

Resumo

Enfatiza a ilegalidade e a inconstitucionalidade da imposição ao exequente, por órgãos jurisdicionais, do ônus de demonstração do esgotamento de diligências, de ordem extrajudicial, como requisito para o a utilização do sistema Bacen Jud, o qual é o meio mais efetivo de penhora de dinheiro mantido em contas e aplicações financeiras. Demonstra que o advento da Lei nº 11.382, de 2006, apenas reforça a juridicidade da penhora de dinheiro, pois a possibilidade de penhora on-line não é questão de direito intertemporal, como está sendo afirmado em vários precedentes colhidos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mas de garantir o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva adequada, efetiva e tempestiva, nos termos da Constituição da República, sem que haja violação ao direito fundamental de sigilo bancário ou violação ao art. 620 do Código de Processo Civil. Por fim,

* Economista e advogado. Procurador do Banco Central do Brasil no estado do Rio de Janeiro. Especializando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ).

afirma o cabimento do recurso de agravo de instrumento como meio idôneo para impugnar decisões de primeira instância que impõe esse ônus ao exeqüente.

Palavras-Chave: Bacen Jud. Direito fundamental à tutela jurisdicional executiva adequada, efetiva e tempestiva. Lei nº 11.382/2006.

Abstract

The article aims to emphasize the illegality and the unconstitutionality of the judicial imposition related to the exhaustion of all resources available by the beneficiary of the judicial decision as a requirement for the use of the internet system called Bacen Jud, which is the most effective manner developed to implement constrictions at money deposited in bank accounts and financial applications. The edition of the 11.382/2006 Act just reinforce the validity of constrictions at money deposited in bank accounts and financial applications, because the use of this constriction manner is not a question concerning time conflict between law acts, as it has being stated by precedents of the Brazilian Superior Court of Justice, but of ensure the fundamental right to an adequate, effective and timely executive judicial protection, according to the Brazilian Constitution, without violation to the fundamental right to bank secrecy or violation to the article number 620 of the Brazilian Civil Procedure Code. Finally, it is stated the use of the appeal called agravo de instrumento as the proper legal instrument to impugn judicial decisions which contains such imposition.

Keywords: Bacen Jud. Fundamental right to an adequate, effective and timely executive judicial protection. 11.382/2006 Act.

1 Introdução

O presente artigo tem como propósito sustentar a ilegalidade e a inconstitucionalidade de decisões judiciais que exigem do exeqüente a realização e o “esgotamento” de diligências com a finalidade de encontrar bens do executado

para o deferimento da penhora de dinheiro via Bacen Jud, independentemente do advento da Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, sem fundamento legal e constitucional, firmou jurisprudência no sentido de que só poderia haver o deferimento da penhora *online* caso fossem esgotados todos os meios para localizar bens passíveis de penhora do executado, seja pela tese equivocada de que o uso do sistema Bacen Jud configura quebra de sigilo bancário, admitida a quebra apenas excepcionalmente,¹ seja porque a execução deve ser conduzida de forma menos onerosa para o executado, nos termos do art. 620 do Código de Processo Civil.²

No ano de 2008, em virtude do processamento e do julgamento de Recursos Especiais interpostos com fundamento na violação do art. 655-A do CPC, o qual positivou e reforçou a juridicidade da penhora de dinheiro pelo sistema Bacen Jud, ante o advento da Lei nº 11.382, de 2006, o Superior Tribunal passou a tratar o tema como mera questão de direito intertemporal, ao frisar que somente os requerimentos de penhora de dinheiro via Bacen Jud realizados após a entrada em vigor da Lei nº 11.382, de 2006, não exigiriam a comprovação do esgotamento de diligências de busca de bens passíveis de penhora do executado.

As ementas dos precedentes citados a seguir são bastante elucidativas sobre o que anteriormente ressaltado:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PENHORA. ARTS. 655 E 655-A DO CPC. ART. 185-A DO CTN. SISTEMA BACEN-JUD. REQUERIMENTO FORMULADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.382/2006. PENHORA ENTENDIDA COMO MEDIDA EXCEPCIONAL. NÃO COMPROVAÇÃO DO EXAURIMENTO DE DILIGÊNCIAS PARA BUSCA DE BENS DE EXECUTADO. SÚMULA N. 7/STJ. NOVA JURISPRUDÊNCIA DO STJ APLICÁVEL AOS PEDIDOS FEITOS APÓS A VIGÊNCIA DA ALUDIDA LEI. AGRAVO REGIMENTAL NÃO-PROVIDO.

- 1 STJ, AgRg Resp 755743/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julg. 18/8/2005, DJ 7/11/2005; STJ, Resp 780365/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. 20/6/2006, DJ 30/6/2006; STJ, Resp 802897/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, julg. 21/3/2006, DJ 30/3/2006; STJ, AgRg no REesp 664522/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 15/12/2005, DJ 13/2/2006; STJ, Resp 904385/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, julg. 13/3/2007, DJ 22/3/2007.
- 2 STJ, Resp 141103/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, julg. 28/3/2000, DJ 2/5/2000; STJ, AgRg Ag 952491/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, julg. 18/3/2008, DJe 23/4/2008.

1. A jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte é firme no sentido de admitir a possibilidade de quebra do sigilo bancário (expedição de ofício ao Banco Central para obter informações acerca da existência de ativos financeiros do devedor), desde que esgotados todos os meios para localizar bens passíveis de penhora.

2. Sobre o tema, esta Corte estabeleceu dois entendimentos, segundo a data em que foi requerida a penhora, se antes ou após a vigência da Lei nº 11.382/2006.

3. A primeira, aplicável aos pedidos formulados antes da vigência da aludida lei, no sentido de que a penhora pelo sistema Bacen Jud é medida excepcional, cabível apenas quando o exequente comprova que exauriu as vias extrajudiciais de busca dos bens do executado. Na maioria desses julgados, o STJ assevera que discutir a comprovação desse exaurimento esbarra no óbice da Súmula nº 7/STJ.

4. Por sua vez, a segunda solução, aplicável aos requerimentos realizados após a entrada em vigor da mencionada lei é no sentido de que essa penhora não exige mais a comprovação de esgotamento de vias extrajudiciais de busca de bens a serem penhorados. O fundamento desse entendimento é justamente o fato de a Lei nº 11.382/2006 equiparar os ativos financeiros a dinheiro em espécie.

5. No caso em apreço, o Tribunal *a quo* indeferiu o pedido de penhora justamente porque a considerou como medida extrema, não tendo sido comprovada a realização de diligências hábeis a encontrar bens a serem penhorados.

6. Como o pedido foi realizado antes da vigência da Lei nº 11.283/2006, aplica-se o primeiro entendimento. Saliento, ainda, que analisar o exaurimento ou não dessas diligências esbarra no óbice da Súmula nº 7/STJ.

7. Agravo regimental não provido³.

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÕES AOS ARTS. 458 E 535 DO CPC NÃO CONFIGURADAS. EXECUÇÃO FISCAL. CONVÊNIO BACEN-JUD. PENHORA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. LEI Nº 11.382/06.

[...]

2. Esta Corte admite a expedição de ofício ao Bacen para obterem-se informações sobre a existência de ativos financeiros do devedor, desde que o exequente comprove ter exaurido todos os meios de levantamento de dados na via extrajudicial.

3 STJ, AgRg no Ag 1007114/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julg. 18/11/2008, DJe 26/11/2008.

3. No caso concreto, a decisão indeferitória da medida executiva requerida ocorreu antes do advento da Lei nº 11.382/2006, a qual alterou o Código de Processo Civil para: a) incluir os depósitos e aplicações em instituições financeiras como bens preferenciais na ordem de penhora, equiparando-os a dinheiro em espécie (art. 655, I) e; b) permitir a realização da constrição por meio eletrônico (art. 655-A). Desse modo, o recurso especial deve ser analisado à luz do regime normativo da época. Precedentes de ambas as Turmas da Primeira Seção.

4. Recurso especial não provido.⁴

Com o devido respeito à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual deve ser considerada deveras formalista e conservadora, a exigência de esgotamento de diligências pelo exequente para encontrar bens passíveis de penhora do executado não é questão de direito intertemporal, mas de efetivação constitucional do postulado normativo da tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva (art. 5º, XXXV, da Constituição da República), independentemente da edição da Lei nº 11.382, de 2006.

2 Formas de penhora de dinheiro

Desde o Código de Processo Civil de 1973 (Código Buzaid), em seu art. 655, I, o dinheiro é o primeiro bem da ordem de penhora, em razão da liquidez que lhe é inerente. À época, por evidente, diante da inexistência dos meios tecnológicos atuais, a operacionalização e a efetivação da penhora de dinheiro ficou esquecida pelas partes e, até mesmo, pelos órgãos jurisdicionais.

Não havia, portanto, meios idôneos e eficazes de penhora de dinheiro e sua efetivação cingia-se à hipótese raríssima de o oficial de justiça encontrar, em diligência de efetivação de penhora, uma mala de dinheiro ou situação semelhante.

Muito embora também não houvesse qualquer óbice para que fosse requerida ao juízo e deferida a expedição de ofício pelo órgão jurisdicional, dirigido a determinada instituição financeira depositária, para se efetivar a penhora de dinheiro mantido em conta-corrente ou aplicação financeira titularizada pelo

4 STJ, REsp 1074404/BA, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, julg. 16/10/2008, DJe 6/11/2008.

executado, a dificuldade em saber em qual instituição financeira, a agência, o número da conta e os valores depositados em nome do executado era recorrente.

Também não havia impedimento para que fosse expedido ofício ao Banco Central do Brasil, de modo a repassar às instituições financeiras depositárias integrantes do sistema financeiro nacional a ordem judicial de penhora de dinheiro em conta corrente ou aplicação financeira, mas tais requerimentos eram incomuns e nem sempre eficazes.

No entanto, com o decorrer do tempo, em virtude da denominada “crise da execução” e com o advento da Constituição vigente, de onde se extrai o dever jurídico do Estado de prestação da tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, um sistema de efetivação de penhora de dinheiro mantido em depósitos em instituições financeiras se mostrava uma necessidade inadiável, até porque, em regra, ninguém mais guarda dinheiro embaixo do colchão.

Com a concepção e a criação do sistema Bacen Jud, o procedimento de efetivação de penhora de dinheiro ficou mais rápido, eficaz e acessível, porquanto bastará o órgão jurisdicional, via meio eletrônico, ordenar a penhora, a qual será circularizada no sistema bancário, sem que se saiba o saldo do executado em depósitos e aplicações, eis que a ordem ocorre de modo a tão-só penhorar a quantia executada determinada, que corresponderá ou não à quantia mantida em depósito em conta corrente ou aplicação financeira do executado. O sistema Bacen Jud viabiliza, portanto, de forma eletrônica, o que se pretendia com a expedição de ofício ao Banco Central do Brasil para repassar ao sistema bancário a ordem de penhora de dinheiro.

Logo, evidencia-se que há fundamento legal para a penhora de dinheiro antes do advento da Lei nº 11.382, de 2006, e não há nessa ordem de penhora a quebra de sigilo bancário.

3 Fundamentos legais e constitucionais legitimadores da utilização do Bacen Jud

De início, cumpre frisar que o requerimento de penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, mediante requisição à autoridade supervisora do sistema bancário, com a determinação de indisponibilidade (penhora *on-*

line, via sistema Bacen Jud), até o valor indicado na execução, tem fundamento, conforme já frisado, no art. 655, I, e, com o advento da Lei nº 11.382, de 2006, reforçou-se a juridicidade do requerimento com a introdução, no CPC, do art. 655-A e parágrafos, também aplicável aos títulos executivos judiciais, nos termos do art. 475-R.⁵

Nesse sentido, é bom lembrar que a penhora de dinheiro tem preferência legal sobre a penhora de outros bens e pode ser efetuada onde eles se encontrem,⁶ cabendo ao executado, se tiver o interesse de se submeter à execução de forma menos onerosa, indicar bens líquidos para tanto (art. 620 do CPC), pois a execução se dá no interesse do credor⁷ com vistas a expropriar bens do devedor,⁸ que tem o direito à adequada, efetiva e tempestiva prestação da tutela jurisdicional⁹ e à duração razoável do processo.^{10 11}

A propósito, segundo o novo regime jurídico da execução, o excesso de penhora ou eventual constrição sobre bens impenhoráveis deve ser alegado e comprovado pelo executado (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 277), nos termos do § 2º do art. 655-A do CPC.¹²

5 “Art. 475-R. Aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005).

[...]

“Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006)”;

[...]

“Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006)”.

6 “Art. 659. A penhora deverá incidir em tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º Efetuar-se-á a penhora onde quer que se encontrem os bens, ainda que sob a posse, detenção ou guarda de terceiros. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006)”.

7 “Art. 612. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados”.

8 “Art. 646. A execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (art. 591)”.

9 “Art.5º.

[...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

10 “Art.5º.

[...] LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

11 “Art. 8º.

[...] 1. toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente [...]”.

12 “Art. 655-A.

[...] § 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do caput do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006)”.

Notadamente, todo o complexo normativo pertinente ao regime jurídico de execução não exige, em nenhum momento, a comprovação de esgotamento de todos os meios de que dispõe o exequente para localizar o patrimônio do executado como requisito para o deferimento da penhora *on-line*.

Vale citar, nesse sentido, os ensinamentos doutrinários desenvolvidos por Daniel Mitidiero:

Já encontrada na praxe judiciária brasileira à vista de convênio outrora firmado entre o Banco Central, o Superior Tribunal de Justiça, o Conselho de Justiça Federal e o Tribunal Superior do Trabalho, a penhora pela via eletrônica encontra agora expressa solução legal. Haja vista que na gradação de bens e valores a penhorar ocupa lugar de destaque o ‘dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira’ (art. 655, I, CPC), natural que o órgão jurisdicional possa se valer, a requerimento do exequente, dessa técnica eletrônica para lograr êxito na segurança do juízo. Mais: tendo em conta a prioridade de constrição pecuniária, legitima-se a procura e penhora de valores *on-line* logo de cofre, sem qualquer nota de excepcionalidade. [...] No mesmo momento em que oficiar à autoridade supervisora do sistema financeiro a fim de perquirir a respeito da existência ou não de ativos em nome do executado, poderá o órgão jurisdicional desde logo determinar a indisponibilidade de eventuais valores tanto quanto bastem para satisfação do direito do exequente. Trata-se de ato executivo, cujo fito evidente é vincular, à expropriação, a quantia afetada. [...] Tem o executado de levantar a impenhorabilidade da quantia bloqueada em embargos à execução ou em adição aos embargos (art. 655-A, §2º, CPC). Cuida-se de ônus do executado, admitindo ampla dilação probatória.” (MITIDIERO, *in*: OLIVEIRA, 2007, p. 70-71).

As ponderações de Cássio Scarpinella Bueno são igualmente pertinentes, *in verbis*:

O *caput* do art. 655-A exige que haja “requerimento do exequente” para a efetivação da chamada “penhora *on-line*”. [...] A regra é inequivocamente inspirada em razões de interesse público, de maior eficiência da prestação jurisdicional, não havendo razão para relegá-la à disponibilidade das partes e, menos ainda, para um “segundo plano”, como se a penhora *on-line* tivesse como pressuposto, por qualquer razão, o malogro de outras

tentativas de penhora sobre outros bens do executado (BUENO, 2008, p. 244-245).

Ou seja, qualquer decisão que atribua ao exequente o ônus processual de esgotar diligências para encontrar bens passíveis de penhora do executado é ilegal e inconstitucional, eis que se condiciona e se restringe a forma mais eficaz de penhora¹³, quando certo que sequer se sabe quais são os aludidos meios bem como o limite do dito esgotamento, em prejuízo ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da Constituição da República), da prestação de tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, da duração razoável do processo e da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição da República).¹⁴

Não custa frisar que, no Estado Democrático de Direito, a jurisdição deve ser compreendida como a função estatal de prestação adequada, efetiva e tempestiva da tutela jurisdicional de direitos das pessoas, cujo instrumento é o processo, dotado de aptidão para conferir tutela jurídica de forma efetiva e célere até o encerramento da atividade jurisdicional¹⁵ – o que inclui, a toda evidência, a fase executiva –, a qual se dá com a entrega do direito material. Trata-se, à evidência, da concepção do processo como instrumento de resultados efetivos e úteis em razão da pretensão deduzida em juízo.¹⁶

13 “A penhora de dinheiro é a melhor forma de viabilizar a realização do direito de crédito, já que dispensa todo o procedimento destinado a permitir a justa e adequada transformação do bem penhorado – como o imóvel – em dinheiro, eliminando a demora e o custo de atos como a avaliação e a alienação do bem a terceiro. Além disso, tal espécie de penhora dá ao exequente a oportunidade de penhorar a quantia necessária ao seu pagamento, o que é difícil em se tratando de bens imóveis ou móveis, os quais possuem valores ‘relativos’ e, por isto mesmo, são objetos de venda em leilão público, ocasião em que a arrematação pode ocorrer por preço inferior ao de mercado” (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 274)

14 “Afim, o processo judicial de solução de conflitos ou de administração de interesses privados se insere no universo mais amplo das relações entre o Estado e o cidadão, que no Estado de Direito Contemporâneo deve subordinar-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, consoante o disposto no artigo 37 da Constituição [sic] que, não sem razão, se refere a tais princípios como inerentes ‘a qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios’ (GRECO, 2005, 225).

15 “Frise-se que o direito de ação – visto como contrapartida da proibição da autotutela e da reserva do poder de dirimir os conflitos ao Estado – foi concebido, já há bastante tempo, como direito a uma sentença de mérito. Acontece que a sentença que reconhece a existência de um direito, mas não é suficiente para satisfazê-lo, não é capaz de expressar uma prestação jurisdicional efetiva, uma vez que não tutela o direito e, [sic] por isso mesmo, não representa uma resposta que permita ao juiz se desincumbir do seu dever perante a sociedade e os direitos. Diante disso, não há dúvida de que a tutela jurisdicional só se aperfeiçoa, nesses casos, com a atividade executiva. Portanto, a jurisdição não pode significar mais apenas *iuris dictio* ou ‘dizer o direito’, como desejavam os juristas que enxergam na atividade de execução uma mera função administrativa ou uma ‘função menor’. Na verdade, mais do que o direito à sentença, o direito de ação, hoje, tem como corolário o direito ao meio executivo adequado” (MARINONI, 2006, p. 112).

16 “As ondas renovatórias caracterizadoras das novas tendências do direito processual só se mostram concretas e úteis na medida em que os ideais de ampliação da tutela jurisdicional se traduzam em técnicas capazes de melhorar os resultados apresentados aos consumidores do serviço, que são os membros da população” (DINAMARCO, 2008, 267).

No mais, após a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004,¹⁷ é evidente que as formas mais eficazes e céleres de prestação da tutela jurisdicional adequada, dentre as quais a penhora *on-line*, devem ser asseguradas pelos órgãos jurisdicionais aos jurisdicionados, mormente porque o executado tem o dever jurídico de pagar.¹⁸

4 O agravo de instrumento como recurso cabível em decisões de indeferimento de penhora de dinheiro via Bacen Jud

Na hipótese de indeferimento do requerimento de penhora de dinheiro via Bacen Jud, deve-se frisar que o agravo retido não é cabível, eis que não se terá a possibilidade de reiteração após, pois não haverá ulterior sentença sujeita a recurso de Apelação. O agravo de instrumento é o recurso cabível, portanto.

Há de se frisar que o agravo de instrumento não é cabível somente quando há urgência, mas também quando o agravo retido for incompatível ou inadequado, embora não se olvide que o indeferimento do Bacen Jud, de forma tempestiva, possa frustrar a execução e causar lesão de difícil reparação.

A propósito, o entendimento sobre não ser o agravo retido o recurso idôneo à impugnação de decisões proferidas em sede de execução é unânime entre os melhores processualistas do Brasil e conta com precedente favorável no Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do ilustre processualista e ministro Teori Albino Zavascki, no que foi acompanhado pelos demais membros da 1ª Turma, inclusive o também processualista e ministro Luiz Fux.

Pois bem, confira-se a ementa do precedente acima referido, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA CONVERSÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AGRAVO RETIDO. CABIMENTO. PRECEDENTES. RECURSO

17 “A Emenda Constitucional 45/2004, ao introduzir o direito fundamental à razoável duração do processo a todos, no âmbito judicial e administrativo, e assegurar os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Art.5º, inc. LXXVIII, CF) veio a ressaltar a necessidade de construção de outras técnicas processuais capazes de reformular conceitos e institutos clássicos do direito processual.” (CAMBI, *apud* DIDIER JR., 2008, p. 163).

18 “Contudo – como já foi salientado anteriormente –, agora o exequente tem o direito de indicar bens à penhora (art. 475-J, §3º, do CPC), não existindo mais a previsão de que o executado deve ser citado para pagar ou nomear bens à penhora. O real significado desta mudança está em evidenciar que o executado tem apenas e tão-somente o dever de pagar” (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 277).

INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA. INUTILIDADE DO APELO, CASO NÃO DEFERIDO O SEU PROCESSAMENTO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

Sem embargo, transcreve-se trecho do voto do acórdão a respeito do que ora é sustentado:

A despeito da discussão relativa à presença ou não dos pressupostos ensejadores do imediato processamento do agravo de instrumento, deve ser reconhecida a pretensão da recorrente de ver processado o seu recurso, sob pena de sua absoluta inutilidade. Isso porque, não havendo sentença final de mérito em sede de execução, não haverá oportunidade de interposição de apelação e, por consequência, ficará inviável a reiteração do agravo retido.

No âmbito doutrinário, são trazidas as lições de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, Gleydson Kleber de Oliveira e Athos Gusmão Carneiro, no sentido da incompatibilidade do agravo retido para a impugnação de decisões em execução, transcritas a seguir:

[...] cumpre advertir que há casos em que, a despeito da existência de urgência, somente caberá agravo de instrumento em razão da incompatibilidade do regime do agravo retido com a situação concreta. Seguem alguns exemplos. Só cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias proferidas em processo de execução, pois o agravo retido, conforme apontado, não cabe, por incompatível, nesse tipo de processo [...] Em todas essas situações, incabível o agravo retido por inadequação; impõe-se, assim, como recurso cabível, o agravo de instrumento. (DIDIER JR.; CUNHA, 2008, p. 149-150).

O agravo, em sua modalidade por instrumento, portanto, somente será admitido contra decisões que puderem causar à parte lesão grave e de difícil reparação, ou, de forma geral, quando o agravo, em sua forma retida, for manifestamente inadequado para impugnar o ato judicial [...] Realmente, a exceção – em que será cabível o agravo de instrumento – fica por conta do exame do interesse recursal. Quando o agravo em sua forma retida for incompatível com a necessidade de impugnação do ato judicial,

faltará interesse recursal em seu uso, de modo que a única via que se divisa será a via por instrumento. [...] Idêntica a solução a ser dada para casos em que há alteração em um dos pólos da demanda, ou em qualquer outro caso em que a demora na análise do agravo retido inviabilize a fruição de qualquer utilidade em sua decisão. Por fim, também não caberá o agravo retido em casos em que não há sentença prevista, ou não é usual a interposição de apelação contra a sentença finalmente dada, como ocorre com a fase de “cumprimento de sentença”, ou com o processo de execução. (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 534-536).

A respeito, bem observou Gleydson Kleber de Oliveira que não poderia ser imposto o regime do agravo retido às decisões proferidas após a sentença nas ações executivas *lato sensu*, pois nestas o conhecimento e a “execução” (*rectius*, o “cumprimento de sentença”) são efetuados no mesmo processo, não havendo uma posterior sentença relativa à execução.

[...] Anotemos, outrossim, naqueles casos em que o agravo *não pode ser retido* porque o andamento processual **não prevê a superveniência de uma sentença de julgamento da lide, sentença que dê azo à apelação do sucumbente e, pois, à reiteração do agravo nas razões ou na resposta da apelação** (art. 523, §1º). Neste passo enquadram-se as decisões tomadas no decurso de **processo de execução** (em que não há julgamento da lide) [...]. (CARNEIRO, *in* FURTADO FABRÍCIO, 2007, p. 119 e 126).

5 Conclusão

No Estado Democrático de Direito, em que a Constituição da República prevê o direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva do direito das pessoas (art. 5º, inciso XXXV), todos os meios eficientes a tal desiderato devem ser assegurados e prestigiados.

Desde o Código de Processo Civil de 1973 (Código Buzaid), o art. 655, I, prevê o dinheiro como o primeiro bem da ordem de penhora, devido à liquidez que lhe é inerente, sendo a penhora *on-line* o meio mais eficaz na hipótese de inadimplemento do executado, diante de sua responsabilidade patrimonial pelo pagamento do valor executado.

Com o advento da Lei nº 11.382, de 2006, reforçou-se a juridicidade do requerimento de penhora de dinheiro via Bacen Jud, de modo que qualquer

decisão que atribua ao exequente o ônus processual de esgotar diligências para encontrar bens passíveis de penhora do executado é ilegal e inconstitucional, sob pena de violação a diversas regras do Código de Processo Civil e princípios da Constituição da República.

Logo, independentemente do advento da Lei nº 11.382, de 2006, por ter o executado o dever jurídico de pagar e não ter adimplido a obrigação representada pelo título executivo judicial ou extrajudicial, a penhora *on-line* deve ser deferida ao exequente, pois a execução se dá com vistas à satisfação do crédito. A questão não deve ser vista sob o aspecto do direito intertemporal, tendo por base a entrada em vigor da Lei nº 11.382, de 2006 (ponto de vista formal), segundo vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça, mas com ênfase na natureza substancial do direito constitucional à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 1º out. 2008.

BRASIL. **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 1º out. 2008.

BRASIL. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm> Acesso em: 1º out. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 141103/SP**, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, julg. 28/3/2000, DJ 2/5/2000; STJ, AgRg Ag 952491/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, julg. 18/3/2008, DJe 23/4/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg Resp 755743/SP**, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julg. 18/8/2005, DJ 7/11/2005. 2005a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Resp 664522/RS**, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 15/12/2005, DJ 13/2/2006. 2005b.

_____. (2006a). Superior Tribunal de Justiça. **Resp 802897/RS**, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, julg. 21/3/2006, DJ 30/3/2006;

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 780365/SC**, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. 20/6/2006, DJ 30/6/2006. 2006a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 904385/MT**, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, julg. 13/3/2007, DJ 22/3/2007. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg Ag 952491/RJ**, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, julg. 18/3/2008, DJe 23/4/2008.

_____. **RMS 23843/RJ**, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. 20/05/2008, DJe 2/6/2008. 2008b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1074404/BA**, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, julg. 16/10/2008, DJe 6/11/2008. 2008c.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 1007114/SP**, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julg. 18/11/2008, DJe 26/11/2008. 2008d.

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Volume 3. Tutela Jurisdicional Executiva. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie. (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil.** 6. ed. Salvador: Juspodvim, 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Do Recurso de Agravo e suas alterações pela Lei nº 11.187/05. In: FURTADO FABRÍCIO, Adroaldo (Coord.). **Meios de Impugnação ao Julgado Civil: Estudos em Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira.** Forense: Rio de Janeiro, 2007.

DIDIER JR., Fredie. (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil.** 6. ed. Salvador: Juspodvim, 2008.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil.** Volume 3. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Salvador: Juspodvim, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. In: _____, **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

MARINONI, Luis Guilherme. **Curso de Processo Civil**. Volume 1. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**. Volume 2. Manual do Processo de Conhecimento. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Curso de Processo Civil**. Volume 3. Execução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MITIDIERO, Daniel. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **A Nova Execução de Títulos Extrajudiciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 40-73, 126-129, 237-243, 251-252.

A Relação entre o Direito da Concorrência e a Atividade Bancária no Âmbito da União Européia

Guilherme Centenaro Hellwig*

1 Introdução. 2 Atividade bancária no contexto da União Européia. 3 Concorrência no setor bancário. 3.1 Sujeição dos bancos às regras de concorrência comunitárias. 3.2 Atuação da Comissão Européia e da Rede Européia de Concorrência. 3.3 Ações da Comissão Européia para o fortalecimento da concorrência na área bancária. 4 Conclusão.

Resumo

Investiga o papel que a promoção da concorrência vem desempenhando na consolidação do mercado bancário único europeu. Ao analisar a especificidade da situação dos bancos em razão da forte regulamentação estatal a que estão sujeitos nas economias contemporâneas, aborda os reflexos, na aplicação da legislação concorrencial, da relação entre o exercício da atividade bancária e a condução governamental da política monetária. A forma como as autoridades européias vêm enfrentando essa questão é examinada, investigando-se como o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias e a Comissão Européia contribuíram decisivamente para uma efetiva implementação das regras concorrenciais no setor bancário.

Palavras-chave: Legislação concorrencial. Atividade bancária. Mercado único. Direito comunitário. União Européia.

* Procurador do Banco Central do Brasil, mestrando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Abstract

This article analyzes the role played by fostering competition policy in consolidating a single banking market in European Union. Considering the specificity of banks, due to the strict regulation to which they are submitted in modern economies, the article examines how the enforcement of competition law affects the relation between banking activity and the governmental management of monetary policy. The actions taken by European authorities on that matter demonstrate how the Court of Justice of the European Communities and the European Commission worked decisively to an effective implementation of competition rules on the banking sector.

Keywords: Competition rules. Banking activity. Single market. Community law. European Union.

1 Introdução

Um longo caminho vem sendo trilhado para o estabelecimento de um ambiente comunitário europeu no qual os agentes econômicos possam se movimentar livremente, em um mercado interno único.¹ Na área bancária, os esforços das autoridades europeias para uma maior integração caracterizam-se por uma atuação em frentes diversas, objetivando um contínuo aperfeiçoamento institucional e a permanente remoção de obstáculos e barreiras. O presente trabalho busca investigar o papel que a defesa e a promoção da concorrência ocupam nesse cenário, examinando sua importância na consolidação do mercado bancário único europeu.

Aborda-se, inicialmente, o processo de afirmação histórica desse mercado único, analisando-se a evolução legislativa que, por intermédio da edição de sucessivas diretivas, culminou com o estabelecimento de princípios fundamentais como o da **harmonização mínima, do reconhecimento mútuo das autorizações e da supervisão pelo Estado-membro de origem**. São igualmente referidos

¹ Sobre o conceito e as características de um mercado interno, Jaeger Junior (2006, p. 125).

instrumentos relevantes para o progressivo incremento da integração bancária, como o Plano de Ação para Serviços Financeiros e o Livro Branco sobre a Política para os Serviços Financeiros.

A seguir, investiga-se a especificidade da situação dos bancos, em razão da forte regulamentação estatal a que estão sujeitos nas economias contemporâneas, e os reflexos, na aplicação da legislação concorrencial, da relação entre o exercício da atividade bancária e a condução governamental das políticas monetária e econômica. O grande desafio enfrentado pela regulação bancária tem sido, nesse sentido, reduzir ao mínimo a probabilidade de uma crise sem, em contrapartida, inibir o processo concorrencial.

A forma como as autoridades européias enfrentaram essa questão é objeto de análise deste trabalho, que examina como o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias e a Comissão Européia contribuíram para uma efetiva implementação das regras concorrenciais comunitárias no setor bancário. Menciona-se, assim, o tratamento dado pelo tribunal de justiça a caso paradigmático que firmou, de maneira precursora, o entendimento de que os bancos, apesar de desempenharem funções de elevada especificidade, imprescindíveis às economias modernas, encontram-se sujeitos à legislação comunitária concorrencial.

A Comissão Européia também desempenhou, na mesma linha, papel de extrema relevância na aplicação das regras de concorrência no âmbito europeu. Aborda-se, por tal razão, o regime normativo que respaldou essa atuação, bem como sua recente reforma, que conferiu maiores poderes investigativos à comissão e consolidou uma Rede Européia de Concorrência, na qual a autoridade européia e as autoridades nacionais em matéria de concorrência operam de forma coordenada, mediante mútua cooperação.

São, por fim, citados exemplos recentes da ação da Comissão Européia na promoção da concorrência no setor bancário, conferindo-se especial destaque às conclusões alcançadas em inquérito setorial que investigou o mercado de banca a retalho (*retail banking*), que atende pequenos e médios consumidores individuais e, ainda, a medidas adotadas pela comissão no enfrentamento da crise financeira que atingiu, nos últimos meses, a economia mundial.

2 Atividade bancária no contexto da União Européia

A construção de um mercado único para bancos e conglomerados financeiros é proclamada como um dos objetivos fundamentais da política da Comissão Européia na área dos serviços financeiros (EUROPEAN INTEGRATION, 2008). Em um mercado único, permite-se que bancos e outras instituições financeiras autorizados a oferecer seus serviços em um Estado-membro possam também oferecê-los em toda a União Européia, a partir de regras comuns de concorrência e de um ambiente regulatório sólido e integrado.² O mercado único agiria, assim, como um catalisador, estimulando o crescimento econômico em todos os setores da economia, aumentando a produtividade e garantindo preços menores, além de uma melhor qualidade de produtos financeiros para consumidores e empresas.³

A Diretiva 77/780/CEE marcou o início dos esforços regulatórios voltados à construção e à afirmação do mercado bancário único.⁴ Chamada, por tal razão, de *Primeira Diretiva de Coordenação Bancária*, essa norma, promulgada em 12 de dezembro de 1977 pelo Conselho das Comunidades Européias, inaugurou o processo de coordenação e harmonização das disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas ao acesso à atividade bancária⁵ e a seu exercício, procurando eliminar as “*diferenças mais perturbadoras*” existentes entre as legislações dos Estados-membros. Tendo como um de seus objetivos declarados a criação de condições de “*igualdade de concorrência*”, a Diretiva 77/780/CEE adotou a estratégia de, em uma primeira fase, indicar apenas certas condições mínimas que todos os Estados-membros deveriam observar, reduzindo assim a margem de apreciação discricionária de que dispunham as autoridades de fiscalização em cada país para a concessão de autorização ao funcionamento de bancos e instituições financeiras.

Passados doze anos da edição da *Primeira Diretiva de Coordenação Bancária*, o Conselho das Comunidades Européias adotou, em 15 de dezembro de 1989, a

2 Sobre a política comunitária para a afirmação do mercado único, ver Druesne (2002).

3 Conclusão de ministros da Economia e Finanças e presidentes do Banco Central Europeu e dos bancos centrais dos Estados-membros reunidos em Bruxelas, em maio de 2002, em encontro informal do Conselho Ecofin (Press: 117 Nr: 8294/02). Disponível em: <http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ecofin/70440.pdf> Acesso em: 14 jul. 2008.

4 Sobre o processo de afirmação do mercado bancário único, ATHAYDE et al. (1999, p. 97).

5 Ao abordar a atividade bancária, a Diretiva 77/780/CEE emprega, no seu art. 1º, a expressão “estabelecimento de crédito” para se referir à “empresa cuja atividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis e em conceder créditos por sua própria conta”.

Diretiva 89/646/CEE, denominada *Segunda Diretiva de Coordenação Bancária*. Essa norma foi concebida para se constituir no instrumento essencial da realização do mercado único bancário,⁶ sob o duplo aspecto da liberdade de estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços. A filosofia empregada pela diretiva consistiu na realização de uma **harmonização mínima**, essencial, necessária e suficiente para se obter um **reconhecimento mútuo** das autorizações e dos sistemas de supervisão prudencial, de modo a permitir a concessão de uma autorização única válida em toda a comunidade, bem como a aplicação do princípio da **supervisão pelo Estado-membro de origem**. A diretiva enfatizava, igualmente, que o funcionamento harmonioso do mercado único bancário necessitaria, para além de normas jurídicas, de uma cooperação estreita e regular entre as autoridades competentes dos Estados-membros.⁷

As várias diretivas posteriormente adotadas no âmbito da União Européia voltadas à consolidação do mercado único bancário⁸ viriam ainda a ser, “*por uma questão de lógica e clareza*” (PARLAMENTO EUROPEU, 2000), periodicamente codificadas em textos normativos únicos. Inicialmente, esse papel foi exercido pela Diretiva 2000/12/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, datada de 20 de março de 2000; mais recentemente, pela Diretiva 2006/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2006. Nessas normas de consolidação, é sempre salientada, de forma expressa, a necessidade de equivalência das obrigações em matéria de supervisão aplicáveis no conjunto da União Européia, já que, em um mercado único, os bancos europeus devem encontrar-se em “*concorrência direta entre si*”.⁹

Insere-se, da mesma forma, no conjunto de esforços adotados pela União Européia para o desenvolvimento de um mercado único de serviços financeiros a publicação, pela Comissão Européia, em maio de 1999, do *Plano de Ação para Serviços Financeiros* (FSAP, na sigla em inglês),¹⁰ o qual foi ratificado pelo Conselho reunido em Lisboa em março de 2000.

6 Na Diretiva 89/646/CEE passou-se a adotar, em substituição ao termo “estabelecimento de crédito” adotado na Primeira Diretiva, a expressão “instituição de crédito” (art. 1º).

7 Vale observar que, já na Primeira Diretiva de Coordenação Bancária, foi criado o Comitê Consultivo Bancário, primeiro passo nos esforços tendentes a uma maior integração entre as autoridades nacionais de supervisão.

8 Em especial as Diretivas 89/647/CEE (relativa a uma rácio de solvabilidade das instituições de crédito), 92/30/CEE (relativa à supervisão das instituições de crédito numa base consolidada) e 92/121/CEE (relativa à supervisão e ao controle dos grandes riscos das instituições de crédito).

9 Cf. item 56 das considerações preliminares formuladas na Diretiva 2000/12/CE.

10 Em inglês: Financial Services Action Plan.

O FSAP consistiu em uma série de medidas, a serem implementadas até 2005, visando à remoção de barreiras e à construção de um marco legal e de um ambiente regulatório propícios à integração dos mercados financeiros no âmbito da União Européia. A partir do objetivo global de promover um mercado único para serviços financeiros, o FSAP trabalhou com três objetivos específicos (EUROPEAN COMMISSION, 2008).

O primeiro desses objetivos era o estabelecimento de um mercado integrado para grandes investidores e corporações (*wholesale market*), no qual: *i*) grandes empresas pudessem ser capazes de se financiar em termos competitivos em escala européia; *ii*) investidores e intermediários tivessem acesso a todos os mercados a partir de um único ponto de entrada; *iii*) provedores de serviços de investimento pudessem atuar para além fronteiras nacionais, sem encontrar barreiras desnecessárias; *iv*) investidores institucionais encontrassem uma estrutura prudencial sólida e integrada; e *v*) operadores do mercado financeiro atuassem em um ambiente de segurança jurídica, no qual fossem eliminados riscos desnecessários.

Além disso, o FSAP buscava o desenvolvimento de um mercado aberto e seguro para consumidores individuais (*retail market*), no qual: *i*) fossem asseguradas as informações e salvaguardas apropriadas; *ii*) barreiras transnacionais injustificadas fossem removidas; *iii*) o comércio eletrônico em escala européia fosse promovido e regulado; e *iv*) pagamentos transfronteiriços de pequena e média expressão econômica realizados por consumidores individuais não fossem excessivamente taxados ou onerados.

O FSAP objetivava, por fim, também, a elaboração e a aplicação de regras prudenciais e estruturas de supervisão eficientes em todos os ramos da atividade financeira.

Expirado, em 2005, o prazo para a bem-sucedida implementação do FSAP, a Comissão Européia concebeu uma nova estratégia para os cinco anos seguintes, descrita no *Livro Branco sobre a Política para os Serviços Financeiros (2005-2010)* (LIVRO..., 2005): Nele, a comissão procura explorar os melhores caminhos para avançar ainda mais na obtenção de maiores benefícios em decorrência da integração financeira, tanto para a indústria quanto para os consumidores individuais. São estabelecidas cinco prioridades.

A prioridade **número um** estabelecida no *Livro Branco* é a consolidação dinâmica do progresso obtido, bem como a consistente implementação das regras já existentes. A prioridade **número dois**, o avanço em direção a melhores princípios regulatórios na formulação das políticas setoriais. A prioridade **número três**, o aprimoramento da convergência na área da supervisão financeira. A prioridade **número quatro**, o aumento da concorrência entre os prestadores de serviços financeiros, em especial aqueles que atuam diretamente com consumidores individuais. A prioridade **número cinco**, finalmente, é a expansão da influência externa européia nos mercados de capitais globalizados.

A União Européia trabalha, assim, com a noção permanente, respaldada por estudos realizados sobre o tema, de que quanto maior for a integração entre os mercados financeiros, mais eficiente será a alocação de recursos e o desempenho econômico no longo prazo (TRACKING, 2008). A consolidação definitiva de um mercado único na área dos serviços financeiros (com destaque para o mercado bancário) é tida como fundamental para o crescimento dos empregos no bloco e para o aumento da competitividade das empresas que atuam no setor, caracterizando-se como um aspecto crucial da chamada “*Estratégia de Lisboa*”, o programa de reforma econômica global da Comissão Européia.¹¹ O incremento da concorrência desempenha, como se viu, papel de destaque nesse processo.

3 Concorrência no setor bancário

A promoção da concorrência no setor bancário apresenta particularidades relacionadas com a forte regulamentação estatal a que os bancos encontram-se sujeitos nas economias contemporâneas. O setor, com efeito, é regulado a partir da premissa de que os regimes de *free banking*, nos quais não há regulação específica para o exercício da atividade, aumentariam os riscos de uma crise bancária. Por tal razão, os intermediários financeiros atuam sob regime de autorização e supervisão dos bancos centrais nacionais ou de outros entes governamentais

11 O Conselho reuniu-se, em caráter especial, nos dias 23 e 24 de março de 2000, na cidade de Lisboa, formulando um novo objetivo estratégico, voltado ao fortalecimento do emprego, da reforma da economia e da coesão social, como parte de uma economia baseada no conhecimento. As conclusões resultantes desse encontro formam a “*Estratégia de Lisboa*” e encontram-se disponíveis em: <http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/en/ec/00100-r1.en0.htm>. Acesso em: 2 jul. 2008.

com atribuições fiscalizatórias. Nesse contexto, o grande desafio enfrentado pela regulação bancária tem consistido em reduzir-se ao mínimo a probabilidade de uma crise sem, em contrapartida, inibir o processo concorrencial.

Nem sempre é tranqüila, vale observar, essa relação entre, de um lado, a preocupação do Estado de reduzir riscos por intermédio de técnicas regulatórias e, de outro, a necessidade de promoção da concorrência. Regulação bancária e concorrência se interligam, mas preservam suas identidades bem definidas (TURCZYN, 2008, p. 382). A primeira traz consigo uma nítida idéia de **proteção**, seja de depositantes individuais, em condições normais de operação do mercado bancário, seja do próprio sistema como um todo, em momentos de grande e generalizada incerteza.¹² Vale-se, portanto, de mecanismos que não raro limitam ou inibem as opções concorrenciais, como a imposição de restrições sobre as condições de acesso ao mercado, a vedação da prática de determinadas operações e a imposição de margens para a realização de outras.¹³ Razões de ordem pública justificam o controle da entrada e a permanência de empresas no setor bancário.¹⁴

Ocorre que a concorrência – em cujo favor milita, em sentido contrário, uma maior liberdade possível de ação (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 19) –, caracteriza-se, igualmente, como elemento fundamental para que sejam asseguradas as boas propriedades do sistema financeiro. Mercados integrados, nos quais é garantido um nível adequado de concorrência, tendem a permitir a maximização da eficiência econômica, ensejando, assim, a melhor alocação de recursos.¹⁵ A conciliação entre regulação eficaz e promoção da concorrência revela-se, pois, imprescindível.

Apesar do aparente conflito, essa conciliação é alcançada quando se considera que os objetivos de ambas (regulação e concorrência) podem ser perfeitamente coadunados. Um mercado competitivo e transparente caracteriza-se, afinal, como um ótimo instrumento disciplinador da atividade bancária. Embora não se deva sacrificar a preocupação legítima com a proteção de riscos ínsitos

12 Sobre a distinção entre regulação prudencial e regulação sistêmica, ver Cortez in Capilongo et al. (2002, p. 332).

13 Por essa razão, Calixto Salomão Filho in Capilongo et al.(2002, p. 141) refere-se ao setor bancário como um “setor de acesso e permanência controlada”.

14 Sobre as externalidades relativas à atividade bancária, ver Carvalho et al. (2001, p. 319).

15 Sobre o tema, ver Northcott (2004).

ao setor, buscando-se, a qualquer custo, a criação de um ambiente altamente concorrencial, o fato é que, dentro de certo nível de segurança (e o papel da regulação prudencial é justamente impor esse nível mínimo), a concorrência no mercado bancário não apenas pode como deve ser fortemente incentivada, como elemento-chave para o próprio bom funcionamento desse mercado (CORTEZ *in* CAPILONGO *et al.* 2002, p. 332).

No âmbito da União Européia, o incremento da concorrência no setor financeiro sempre foi considerado um fator fundamental para a consolidação do mercado único.¹⁶ Até que se alcançasse, no entanto, o estágio atual de efetiva e inquestionável atuação das autoridades europeias de concorrência sobre a indústria bancária, dúvidas sobre o alcance dessa atuação e mesmo uma resistência inicial acerca da aplicação das regras de concorrência sobre a atividade bancária tiveram de ser superadas. Tanto o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias quanto a Comissão Européia desempenharam papel de destaque nesse processo.

3.1 Sujeição dos bancos às regras de concorrência comunitárias

O Tratado da Comunidade Européia dedica, em seu Título VI, uma seção específica às regras de concorrência. Prevê, na redação atual de seu art. 81 (art. 85 na redação original do tratado), a regra geral de que são

incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. (UNIÃO EUROPÉIA, 2002).¹⁷

¹⁶ Nesse sentido, Getting... (2008). Também sobre o tema, Cunha (2003).

¹⁷ Essa regra, prevista no art. 81 (1), descreve ainda uma série de condutas exemplificativas de práticas anticoncorrenciais. No art. 81 (3), no entanto, são estabelecidas exceções que permitem o eventual afastamento da regra geral em favor de fatores como a melhoria da produção e da distribuição dos produtos e a promoção do progresso técnico ou econômico.

No atual art. 82 (art. 86 na redação original), o tratado afirma ser

incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste. (UNIÃO EUROPÉIA, 2002).¹⁸

Em razão, no entanto, de os bancos desempenharem atividades fortemente relacionadas com a condução da política econômica e monetária pelos Estados-membros, surgiram inicialmente dúvidas sobre a aplicação do direito comunitário da concorrência ao setor bancário. Essas dúvidas foram providencialmente sanadas pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em 1981, na paradigmática decisão do **Caso Züchner** (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS, 1981), que firmou precedente de fundamental importância sobre a matéria.

O tribunal de justiça foi provocado, na oportunidade, por uma corte nacional alemã, a interpretar os atuais art. 81 e 82 do Tratado da Comunidade Européia (à época, art. 85 e 86), relativos às regras de concorrência aplicáveis às empresas, de modo a determinar o alcance e a abrangência dessas normas relativamente a uma taxa de serviços imposta por um banco alemão (*Bayerische Vereinsbank AG*) a um cliente seu (*Gerhard Züchner*), em razão de uma transferência de dinheiro realizada de um Estado-membro para outro. Discordando da cobrança da taxa (fixada em um percentual sobre a transação), o cliente processou o banco perante a corte nacional alemã, alegando, em síntese, que a conduta em questão seria incompatível com os art. 85 e 86 do Tratado da Comunidade Européia (atuais art. 81 e 82), por se caracterizar como prática concertada uniformemente seguida por todos ou, no mínimo, pela grande maioria dos bancos em atividade na Alemanha e nos outros Estados-membros.

A defesa oferecida pelo banco processado centrou-se no argumento de que as regras de concorrência previstas no Tratado da Comunidade Européia não se aplicariam, em toda sua extensão, à atividade bancária. Segundo o banco processado, em razão da **natureza especial** dos serviços que prestam e do papel

¹⁸ As letras de a a d do art. 82 descrevem exemplos de práticas abusivas.

vital que desempenham nas transferências de capital, os bancos deveriam ser considerados, nos termos do art. 90.2 do tratado (atual art. 86.2), como “*empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral*”, não ficando, assim, por conta da “*missão particular que lhes foi confiada*”, sujeitos às regras comunitárias de concorrência (UNIÃO EUROPÉIA, 2002).¹⁹

O banco processado fundamentou, também, seu argumento de não-sujeição às regras concorrenciais no disposto no então vigente (e hoje revogado) art. 104 do tratado, que autorizava cada Estado-membro, no período anterior à criação e adoção do euro, a

pôr em prática a política econômica indispensável para garantir o equilíbrio da sua balança global de pagamentos e para manter a confiança na sua moeda, cuidando ao mesmo tempo de assegurar um elevado grau de emprego e a estabilidade do nível dos preços. (UNIÃO EUROPÉIA, 2002).

O Tribunal de Justiça das Comunidades Européias rechaçou, contudo, a argumentação do banco processado. Concluiu que, embora a transferência de fundos de clientes bancários de um Estado-membro para outro seja, com efeito, uma operação bancária típica (incluindo-se, portanto, nas tarefas especiais desempenhadas pelo setor bancário e guardando conexão com os movimentos internacionais de capital), tal não é suficiente para caracterizar os bancos como empresas prestadoras de “*serviço de interesse econômico geral*” na acepção do art. 90.2 do tratado (atual art. 86.2), a menos que, ao realizar tais transferências, os bancos estejam desempenhando um serviço de interesse econômico geral para o qual tenham sido especificamente “*habilitados por medida adotada pelas autoridades públicas*” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS, 1981).

O tribunal considerou, no mesmo sentido, que o disposto no então vigente art. 104 do tratado igualmente não tinha o condão de excluir os bancos

19 De acordo com o art. 86 (2) do Tratado da Comunidade Européia (anterior art. 90 [2]), “as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada.” Ainda segundo esse artigo, “o desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade” (UNIÃO EUROPÉIA, 2002).

das regras concorrenciais comunitárias. Isso porque o artigo em questão (hoje revogado por conta da adoção do euro) aparecia no Capítulo II do Título II do tratado, relativo à “*balança de pagamentos*”, limitando-se assim a estipular que deveria haver coordenação entre os Estados-membros na formulação de suas respectivas políticas econômicas, devendo ser providenciada colaboração entre as autoridades administrativas nacionais e os bancos centrais dos Estados-membros, a fim de que os objetivos do Tratado da Comunidade Européia pudessem ser alcançados.

Ao afirmar, assim, a inequívoca sujeição dos bancos às regras de concorrência previstas nos art. 81 e 82 (atuais art. 85 e 86) do tratado, o Tribunal das Comunidades Européias abriu caminho para uma efetiva aplicação das normas concorrenciais comunitárias à atividade bancária.²⁰

3.2 Atuação da Comissão Européia e da Rede Européia de Concorrência

O desenvolvimento de um regime capaz de garantir que a concorrência não seja distorcida no mercado comum, bem como de assegurar a aplicação uniforme das regras sobre a matéria previstas no Tratado da Comunidade Européia é, desde muito, uma meta da União Européia. Nesse sentido, o Regulamento nº 17 do Conselho, de 6 de fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos art. 81 e 82 do tratado (art. 85 e 86 na redação original), permitiu, já a partir da década de 1960, a evolução de uma política comunitária que contribuiu para a disseminação de uma cultura de concorrência no bloco europeu.

O regime centralizado instituído por esse regulamento, no entanto, dificultava a aplicação das regras comunitárias de concorrência pelos tribunais nacionais e pelas autoridades responsáveis em matéria de concorrência nos Estados-membros. O sistema de notificação a ele subjacente, além disso, impedia que a Comissão Européia se concentrasse na repressão das infrações mais graves.

20 O próprio tribunal, vale ressaltar, voltaria a ratificar sua conclusão acerca da sujeição dos bancos às regras comunitárias concorrenciais em decisões posteriores, de que é exemplo a decisão proferida no Caso *Von Eydke* (Processo 267/86, de 21 de setembro de 1988. Pascal Von Eydke contra *Sociedade Anônima Aspa*). (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS, 1988).

Levando-se em conta, assim, a necessidade de, por um lado, garantir-se uma fiscalização eficaz e, por outro, simplificar-se ao máximo o controle administrativo, as normas comunitárias sobre concorrência foram modernizadas em uma reforma que culminou com a adoção, nos primeiros anos do século XXI, de novos regulamentos relativos à execução das regras de concorrência estabelecidas nos art. 81 e 82 do Tratado da Comunidade Européia²¹ e ao controle da concentração de empresas,²² ambos aplicáveis a partir de 1º de maio de 2004. O Regulamento nº 17 foi substituído por um novo regime de “*exceção diretamente aplicável*”,²³ no qual às autoridades nacionais em matéria de concorrência e aos tribunais dos Estados-membros passou a ser atribuída competência para a aplicação direta não apenas do disposto nas regras gerais dos art. 81 e 82 do tratado,²⁴ mas também das exceções previstas no art. 81 (3).²⁵

Esse novo regime, que eliminava o sistema anterior de notificações e aumentava os poderes investigatórios da Comissão, foi instituído pelo Regulamento nº 01/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002. Em seu art. 11, o Regulamento nº 01/2003 abordou a necessidade de estreita cooperação entre a Comissão Européia e as autoridades dos Estados-membros responsáveis em matéria de concorrência.²⁶ A partir desse objetivo expresso, uma **Rede Européia de Concorrência** foi estabelecida como fórum para discussão e cooperação, tendo como objetivo assegurar uma eficiente divisão do trabalho e uma efetiva e consistente aplicação das regras comunitárias de concorrência.

21 Regulamento (CE) n. 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002. (CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA, 2002).

22 Regulamento (CE) n. 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004 (CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA, 2004).

23 Esta proposição é explicitada no item 4 das considerações preliminares do Conselho da União Européia formuladas no Regulamento nº 01/2003, de 16 de dezembro de 2002. (CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA, 2002).

24 A qual já era garantida, cumpre observar, pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias.

25 De acordo com o art. 81 (3), “as disposições do nº 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos; b) nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.” (UNIÃO EUROPÉIA, 2002).

26 Dispõe o Regulamento nº 01/2003, no seu art. 11 (1), que “a Comissão e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência aplicam as regras comunitárias de concorrência em estreita cooperação”. O artigo 11 (3), por seu turno, prevê que, “sempre que agirem em aplicação dos artigos 81 ou 82 do Tratado, as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência devem comunicá-lo por escrito à Comissão antes ou imediatamente depois de terem dado início à primeira medida de investigação formal”. O artigo 11 (6) prescreve, ainda, que “o início por parte da Comissão da tramitação conducente à aprovação de uma decisão nos termos do capítulo III priva as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência da competência para aplicarem os artigos 81 e 82 do Tratado. Se a autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência já estiver a instruir um processo, a Comissão só dará início a um processo após ter consultado essa autoridade nacional responsável em matéria de concorrência.” (CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA, 2002).

Por intermédio da Rede Europeia de Concorrência, a comissão e as autoridades de concorrência dos Estados-membros fortaleceram a cooperação entre si: *i*) informando-se a respeito de novos casos e decisões; *ii*) coordenando investigações, quando necessário; *iii*) prestando auxílio investigatório mútuo; *iv*) trocando provas e informações; e *v*) debatendo matérias de interesse comum.²⁷

O Regulamento nº 139/2004 aprimorou, por seu turno, a capacidade de a Comissão Europeia intervir para evitar concentrações de dimensão comunitária que pudessem prejudicar de modo significativo a concorrência no âmbito do mercado comum.

3.3 Ações da Comissão Europeia para o fortalecimento da concorrência na área bancária

Embora a Comissão Europeia reconhecesse, desde cedo, a aplicação das regras concorrenciais ao setor bancário,²⁸ sua primeira decisão relativa ao setor data apenas de 1984.²⁹ Apesar desse início tímido, o amadurecimento da idéia de que a concorrência opera um papel fundamental na consolidação do mercado único bancário resultou na afirmação de um trabalho consistente da comissão na feitura da legislação comunitária concorrencial.³⁰

Várias ações recentes da Comissão Europeia tiveram, nessa linha, como objetivo específico a implementação das regras comunitárias sobre a concorrência no setor bancário. Em decisão de 17/10/2007, a Comissão concluiu que o *Groupement des Cartes Bancaires* (CB) infringiu o disposto no art. 81 do tratado, constatando a adoção de práticas em matéria de preços que impediam a emissão de cartões na França a preços competitivos, em benefício dos grandes bancos franceses (COMISSÃO EUROPEIA, 2007). Em 19/12/2007, a comissão adotou decisão proibindo as comissões interbancárias multilaterais da *MasterCard* aplicáveis

27 Os fundamentos básicos do funcionamento da Rede Europeia de Concorrência (European Competition Network – ECN) são descritos em Comissão Europeia, *Commission Notice...* e *Joint Statement...*

28 Nesse sentido, *Second Report on Competition Policy 1973* (itens 51 a 53).

29 A evolução da posição da Comissão Europeia sobre o tema é descrita pelo Advogado-Geral Ruiz-Jarabo nas conclusões apresentadas nos processos apensos C-215/96 e C-216/96. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, *Processos Apensos...*

30 Sobre o tema, Usher (2000, p. 255).

aos pagamentos transfronteiriços realizados por consumidores por intermédio de cartões de crédito e débito Mastercard e Maestro.³¹ A comissão iniciou, igualmente, procedimentos formais de investigação relativos a auxílios fiscais benéficos a bancos holandeses e húngaros,³² tendo ainda apreciado e autorizado várias concentrações no setor bancário.³³ No domínio dos auxílios estatais, a comissão autorizou, em 18/7/2007, casos remanescentes de recapitalização no setor dos bancos regionais alemães (*WestLB e Nord/LB*).³⁴

Em janeiro de 2007, a comissão publicou o relatório final sobre o seu *Inquérito Setorial nos Mercados Europeus de Banca a Retalho (Retail Markets)*,³⁵ um estudo abrangendo cartões de pagamento, sistemas de pagamento, contas correntes e serviços conexos. Os resultados confirmaram que os mercados continuam a pautar-se por uma fragmentação em função das fronteiras nacionais, o que limita o leque de escolha dos consumidores e acaba por impor custos mais elevados no que se refere às contas correntes, aos empréstimos e aos pagamentos. As acentuadas divergências em matéria de preços, margens de lucro e modelos de venda entre os Estados-membros (e o elevando grau de homogeneidade verificado, em contrapartida, no interior de cada país) foram considerados elementos indicativos da existência de obstáculos à concorrência que subsistem em termos regulamentares e comportamentais.³⁶

Ainda em reforço à atuação da comissão na área dos serviços financeiros, em outubro de 2007 o Conselho Ecofin adotou conclusões em que eram propostas diversas ações destinadas a reforçar os mecanismos de estabilidade financeira e que exortavam a Comissão Européia e os Estados-membros a cooperarem a fim de clarificar as condições em que uma crise bancária poderia ser considerada como uma “perturbação grave da economia”, nos termos do Tratado da Comunidade Européia e das regras em matéria de auxílios estatais.³⁷

31 IP/07/1959, de 19/12/2007, e MEMO/07/590, de 19/12/2007.

32 IP/07/1859, de 5/12/2007, e IP/07/154, de 7/2/2007.

33 Processo COMP/M. 4843, Activos RBS/ABN AMRO, Decisão da Comissão de 19/9/2007; Processo COMP/M. 4845, Activos Santander/ABN AMRO, Decisão da Comissão de 19/9/2007 e Processo COMP/M. 4844, Activos Fortis/ABN AMRO, Decisão da Comissão de 3/10/2007.

34 JO C 4 de 9/01/2008.

35 IP/07/114, de 31/1/2007, e MEMO/07/40, de 31/1/2007.

36 O tema é abordado no Relatório da Comissão sobre a Política de Concorrência 2007. IP/08/1062

37 Press: 217 Nr: 13571/07. Disponível em: <http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ecofin/96375.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2008.

Na crise financeira que atingiu recentemente a economia mundial, a Comissão Européia trabalhou para tornar possível que as autoridades dos Estados-membros pudessem reagir de forma rápida e em consonância com as regras concorrenciais comunitárias. Chama a atenção, nesse sentido, a comunicação da comissão adotada em 17/12/2008, estabelecendo um guia sobre como as respostas das autoridades nacionais à crise financeira poderiam ser compatibilizadas com as regras comunitárias que regulam a prestação de auxílios estatais, evitando-se, assim, excessivas distorções concorrenciais (COMISSÃO EUROPÉIA, 2008).

4 Conclusão

É hoje incontestável a importância do papel desempenhado pela defesa e pela promoção da concorrência no desenvolvimento e na consolidação de um mercado bancário único no âmbito da União Européia. A análise do processo de evolução histórica desse mercado revela que o incentivo à concorrência sempre esteve presente, como objetivo a ser alcançado, nas normas e nos instrumentos empregados pelas autoridades européias para impulsionar a integração bancária.

Vale notar que a reconhecida especificidade das atividades desempenhadas pelos bancos chegou a levantar, inicialmente, dúvidas acerca da efetiva aplicação da legislação comunitária concorrencial ao setor. A conciliação entre uma regulação estatal eficaz e a promoção da concorrência, no entanto, apesar do aparente conflito entre ambas, prevaleceu na abordagem européia do tema. Consagrou-se a idéia de que um mercado competitivo e transparente caracteriza-se, na realidade, como um ótimo instrumento disciplinador da atividade bancária. Dentro de certo nível de segurança, portanto, a ser estabelecido por uma regulação prudencial adequada, a concorrência no mercado bancário deve ser fortemente incentivada, como elemento-chave para o próprio bom funcionamento desse mercado.

O Tribunal de Justiça das Comunidades Européias exerceu papel fundamental nessa tarefa de incremento da concorrência no âmbito europeu, ao afirmar, ainda no início da década de 1980, a inequívoca sujeição dos bancos às regras concorrenciais comunitárias. A partir desse precedente, a Comissão Européia – amparada por um regime normativo concebido para fortalecer uma cultura de concorrência no bloco –

avançou progressivamente em uma consistente atuação voltada à implementação das regras concorrenciais previstas no Tratado da Comunidade Européia.

Ainda restam, cumpre observar, significativos obstáculos a serem superados. Nesse sentido, recente inquérito setorial conduzido pela comissão apurou que o setor de banca a retalho (*retail banking*), que atende pequenos e médios consumidores individuais, permanece em larga medida fragmentado em função das fronteiras nacionais, limitando, como conseqüência, o leque de escolha dos consumidores e impondo custos mais elevados relativamente a contas correntes, empréstimos e pagamentos. Várias ações da comissão, contudo, atestam efetiva e crescente vigilância exercida pela autoridade européia no mercado bancário, orientada para a vedação de práticas lesivas à concorrência e respaldada pela recente modernização da legislação comunitária sobre a matéria.

O aperfeiçoamento, enfim, do mercado único na área bancária é, como se viu, tido como fundamental para o crescimento dos empregos na União Européia e para o aumento da competitividade das empresas que atuam no bloco, caracterizando-se como aspecto crucial da chamada “*Estratégia de Lisboa*”, programa de reforma econômica global da comissão. A defesa e a promoção da concorrência no setor, como o presente trabalho procurou demonstrar, desempenham papel fundamental nesse processo.

Referências

- ATHAYDE, Augusto de; ATHAYDE, Augusto Albuquerque de; ATHAYDE, Duarte de. **Curso de Direito Bancário**. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes; MATTOS, Paulo Todescan Lessa; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul Cabral (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CARVALHO, Fernando J. et al. **Economia monetária e financeira: teoria e política**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.
- COMISSÃO EUROPÉIA. **Plano de Ação para Serviços Financeiros, 1999**. 1999. Disponível em: http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/actionplan/index/action_pt.pdf Acesso em 16 jul. 2008. 1999.

_____. **European Financial Integration Report 2007**. 2007a.

Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1921&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr>> Acesso em: 15 maio 2008.

_____. **Sector Inquiry into retail banking**. Disponível em:

<http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/financial_services/inquiries/retail.html> Acesso em: 29 maio 2008.

_____. **Speech by Neelie Kroes, European Commissioner**

for Competition Policy. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/07/50&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>> Acesso em: 20 maio 2008.

_____. **Commission Notice on Cooperation within the Network of Competition Authorities**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn_joint_statement-en.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2008.

_____. **Joint Statement of the Council and the Commission on the Functioning of the Network of Competition Authorities**. Disponível em:

<http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn_joint_statement-en.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2008.

_____. **IP/07/1522**, de 17 de outubro de 2007. 2007b. Disponível em:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1522>
Acesso em 16 jul. 2008.

_____. **IP/08/1495**, de 13 de outubro de 2008. 2008. Disponível em:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1495>
Acesso em 28 jan. 2009.

CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. **Diretiva 77/780/CEE**.

Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31977L0780:PT:HTML>>. Acesso em: 16 jul. 2008.

_____. **Diretiva 89/646/CEE**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0646:PT:HTML>>.

Acesso em: 16 jul. 2008.

_____. **Diretiva 89/647/CEE**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0647:PT:HTML>>. Acesso em: 16 jul. 2008.

_____. **Diretiva 92/30/CEE**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992L0030:PT:HTML>>. Acesso em: 16 jul. 2008.

_____. **Diretiva 92/121/CEE**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992L0121:PT:HTML>>. Acesso em: 16 jul. 2008.

_____. **Regulamento (CEE) nº 17, de 21 de fevereiro de 1962**. 1962. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/other/l26042_pt.htm>. Acesso em: 16 jul. 2008.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA. **Diretiva 2000/12/CE**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0012:PT:HTML>>. Acesso em: 16 jul. 2008.

_____. **Diretiva 2006/48/CE**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:177:0001:01:PT:HTML>>. Acesso em: 16 jul. 2008.

_____. **Regulamento (CE) nº 1/2003**, de 16 de dezembro de 2002. 2002. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:PT:PDF>>. Acesso em: 16 jul. 2008.

_____. **Regulamento (CE) nº 139/2004**, de 20 de janeiro de 2004. 2004. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:024:0001:0022:PT:PDF> Acesso em: 16 jul. 2008.

CORTEZ, Tiago Machado. O conceito de risco sistêmico e suas implicações para a defesa da concorrência no mercado bancário. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; MATTOS, Paulo Todescan Lessa; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul Cabral (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 311-333.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. **Direito de defesa da concorrência: Mercosul e União Européia**. Barueri: Manole, 2003.

DRUESNE, Gérard. **Droit de l'Union européenne et politiques communautaires**. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

EUROPEAN COMMISSION, Financial Services: Implementing the Framework for Financial Markets: Action Plan (May 1999). Disponível em: <http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/actionplan/index/action_en.pdf> Acesso em: 23 jun. 2008.

EUROPEAN INTEGRATION Financial Report 2007 (Commission Staff Working Document). Disponível em: http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/cross-sector/fin-integration/efir_report_2007_en.pdf. Acesso em: 16 jul. 2008.

GETTING more from financial services markets: greater competition for a better deal for consumers. (Discurso de Neelie Kroes, Comissária da Comissão Europeia). Disponível em: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/07/87&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>. Acesso em: 20 maio 2008.

JAEGER JUNIOR, Augusto. **Liberdade de concorrência na União Europeia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006.

LIVRO Branco sobre a Política para os Serviços Financeiros (2005-2010). Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0629en01.pdf. Acesso em: 3 jul. 2008.

NORTHCOTT, Carol Ann. Competition in banking: a review of the literature. In: Bank of Canada, **Working Paper 2004-24**. Disponível em: <<http://www.bankofcanada.ca/en/res/wp/2004/wp04-24.pdf>> Acesso em: 13 jan. 2009.

PARLAMENTO EUROPEU. Diretiva 12/2000/CE. 2000. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/LegCE/CE-Directiva%202000-12.htm> Acesso em: 16 jul. 2008.

TRACKING EU Financial Integration (Commission Staff Working Paper). Disponível em: <http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/cross-sector/fin-integration/sec-2003-628_en.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; MATTOS, Paulo Todescan Lessa; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul Cabral (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 129-148.

SUNDFELD, Carlos Ari. Concorrência e regulação no sistema financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; MATTOS, Paulo Todescan Lessa; VEIGA DA ROCHA, Jean Paul Cabral (coord.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 29-48.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. **Caso 172/80. Gerhard Züchner v. Bayerische Vereinsbank [1981] ECR 2021**. 1981. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61980J0172:EN:HTML> Acesso em: 16 jul. 2008.

_____. **Caso 267/86. Pascal Von Eycke v. ASPA [1988]**. 1981. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61986J0267:PT:HTML> Acesso em: 16 jul. 2008.

_____. **Processos apensos C-215/96 e C-216/96**. Parecer do Advogado-Geral Ruiz-Jarabo de 15 de Janeiro de 1999. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996J0215:PT:HTML>. Acesso em: 16 jul. 2008.

TURCZYN, Sidnei. **O sistema financeiro nacional e a regulação bancária**. São Paulo: RT, 2005.

UNIÃO EUROPÉIA. **Versão Compilada do Tratado que Institui a Comunidade Européia, 2002**. 2002. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12002E/pdf/12002E_PT.pdf Acesso em: 16 jul. 2008

USHER, John Anthony. **The law of money and financial services in the European Community**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

Aspectos Jurídicos dos Mecanismos de Compartilhamento Monetário: *currency board*, união monetária e adoção de moeda estrangeira

Jefferson Siqueira de Brito Alves*

1 Introdução. 2 Moeda, Estado e Direito.
3 Regimes cambiais e mecanismos de compartilhamento monetário.
4 Inserção do Brasil no âmbito do tema. 5 Conclusão.

Resumo

Aborda os aspectos jurídicos dos mecanismos que possibilitam a utilização de uma mesma moeda por mais de um Estado: o *currency board*, as uniões monetárias e a adoção de moeda estrangeira. A análise parte do fenômeno monetário e de sua relação com o Estado e o direito positivo, passa pelo papel da moeda na ordem internacional, abordando em detalhe os mecanismos de compartilhamento monetário, e chega à utilidade do tema para o direito brasileiro.

Palavras-chave: Moeda. Regimes cambiais. *Currency board*. União monetária. Dolarização. Áreas monetárias ótimas.

* Procurador do Banco Central e membro da *International Law Association*. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (2005).

Abstract

The object of the present study is the legal aspect of the mechanisms that enable a single currency to be used by more than one state: currency board, monetary union and outright use of foreign currency. The analysis develops from the monetary phenomenon and its relationship with the state and the positive law, through the role of money in the international order, approaching in detail the monetary sharing agreements, to the usefulness of the subject matter to the Brazilian law.

Keywords: *Currency. Exchange rate regimes. Currency board. Monetary union. Dollarization. Optimum currency areas.*

1 Introdução

O objeto do presente estudo são as instituições erigidas pelo direito positivo para possibilitar a utilização de uma moeda por mais de um Estado, o que se dá pelo estabelecimento de *currency boards*, também chamados de caixas de conversibilidade, pela formação de uniões monetárias ou pela adoção de moeda estrangeira. A abordagem será restrita, porém, aos aspectos jurídicos diretamente relacionados à concretização dos objetivos que se busca atingir por meio desses mecanismos, quais sejam, a obtenção de credibilidade para a política econômica¹ e a redução de custos de transação no fluxo de capitais regional.

O objeto de estudo será apresentado em seus contextos teórico e prático, possibilitando apreender a discussão que atualmente o cerca e sua relevância para a ciência jurídica. Para isso, a exposição será pautada pelo seguinte roteiro. A seção 2 trará considerações introdutórias atinentes ao fenômeno monetário e sua relação com o Estado e o direito positivo. Nela, terão destaque o papel da moeda na concretização do bem-estar social e os meios jurídicos de que o poder público dispõe para assegurar a confiança da sociedade no instrumento monetário. Tal introdução aportará subsídios teóricos para a compreensão da seção 3, na qual a moeda será analisada em sua projeção internacional. Nessa

1 Fala-se aqui em política econômica, e não em política monetária, porque, como se verá no decorrer do trabalho, tais mecanismos implicam a abdicação, em diferentes graus, do exercício autônomo da política monetária.

parte, o foco estará na questão dos custos associados à convivência de unidades monetárias e de regimes cambiais diversos no sistema financeiro internacional, apresentando-se os arranjos institucionais desenvolvidos para lidar com eles. Na seção 4, será a vez de demonstrar a relevância do tema para a cultura jurídica brasileira, o que se fará explicitando-se sua relação com o oferecimento de soluções para problemas atinentes à integração econômica no âmbito do Mercosul. Por fim, segue-se breve conclusão.

2 Moeda, Estado e Direito

O fenômeno monetário não recebe, por parte da ciência jurídica, a mesma atenção que lhe devota a Economia. A consequência é que quase todo o conhecimento sobre a moeda disponível no âmbito das ciências sociais se reporta ao corte metodológico deste último ramo científico. Verifica-se, pois, o predomínio de uma análise essencialmente descritiva, instrumentalizada pela construção de modelos matemáticos e dirigida à elucidação do papel do instrumento monetário na alocação social de bens escassos. Uma análise de cunho zetético, portanto, e não dogmático.²

Ocorre que a moeda é um instituto jurídico (DE CHIARA, 1987, p. 57), objeto de normas que constituem a expressão do poder estatal na esfera econômica. Isso não significa que ela seja criação do direito positivo. Ao contrário, o fenômeno monetário surge espontaneamente a partir da ação dos indivíduos, ao estabelecerem relações econômicas baseadas na troca. Apenas num momento lógico posterior, e mesmo histórico, é que o poder soberano chama para si a competência de normatizá-lo. Tal fato, entretanto, não torna irrelevante o papel do direito na conformação da ordem monetária, cabendo-lhe precisamente estabelecer as condições para que a moeda desempenhe de maneira ótima suas funções na economia de mercado, como forma de manter a integridade do

2 A distinção, cunhada por Viehweg, é explicitada por Ferraz Junior (2003, p. 41) da seguinte forma: “Questões zetéticas têm uma função diretiva explícita e são infinitas. [Nelas], o problema tematizado é configurado como um ser (que é algo?). [Nas questões dogmáticas], o problema tematizado é configurado como um dever-ser (como deve-ser algo?). Por isso, o enfoque zetético visa saber o que é uma coisa. Já o enfoque dogmático preocupa-se em possibilitar uma decisão e orientar a ação.” (grifo do autor)

padrão de integração baseado na troca (CORTEZ, 2004, p. 63 e 132).³ Nesse domínio, o Estado define os elementos constitutivos da moeda, quais sejam, a **unidade monetária**⁴ e os **instrumentos de pagamento**⁵ que a representam, estabelece os instrumentos de política monetária e prescreve condutas a serem observadas pelos particulares ao se engajarem em transações monetárias.

A assunção de poder monetário pela autoridade política e a conseqüente elevação da moeda ao *status* de categoria jurídica justificam-se a partir do exame dos caracteres essenciais do Estado. Essa análise revela que um dos elementos constitutivos do Estado, ao lado do território, do povo e da autoridade soberana, é a finalidade de perseguir o **bem comum** (DALLARI, 2001, p. 102-107), consubstanciado nos valores da ordem, da segurança, da justiça, do bem-estar e do desenvolvimento (VIDIGAL, 1973, p. 138). Tal finalidade é o elemento axiológico da organização estatal e constitui o fundamento pelo qual os indivíduos escolhem tal forma associativa para conviver. Assim, sendo a busca pelo bem comum essencial ao Estado, ela constitui também o valor básico que informa o ordenamento jurídico, uma vez que este é o instrumental coercitivo de que o ente político dispõe para cumprir seu desígnio.

No bojo da complexidade social, a tarefa do direito é identificar os fatos a serem disciplinados e valorá-los, à luz da resultante dos vetores de interesses e da finalidade a ser atingida – o bem comum –, para, então, divisar a espécie de tutela a ser instituída. No campo econômico, a abordagem marginalista identifica o bem comum na satisfação do maior número possível de necessidades individuais a partir dos fatores de produção – recursos naturais, trabalho e equipamentos – disponíveis.⁶ Conceituado assim, em função da satisfação das necessidades

3 A função primordial da moeda numa economia de mercado é servir como **meio geral de troca**, o que só é possível se ela for capaz de desempenhar simultaneamente as funções de **reserva de valor**, **padrão geral de valor de troca** e **meio geral de pagamento**. Diferentemente, em ambientes institucionais baseados na **reciprocidade** ou na **redistribuição**, e não na **troca**, a moeda não atua como meio geral de troca e cumpre apenas uma ou algumas das demais funções (CORTEZ, 2004, p. 10-22 e 34-38).

4 Ao definir a unidade monetária, o Estado pode determinar o seu **curso forçado**, obrigando os agentes econômicos a fixar seus preços naquele padrão e a observar seu valor nominal. Por conta disso, ficam vedadas a expressão do valor das obrigações pecuniárias em moeda estrangeira, ouro ou qualquer outro bem, ainda que o efetivo pagamento seja feito em moeda corrente, e também sua correção com base em índices de inflação. No Brasil, o curso forçado da moeda estatal não é imposto de forma rigorosa. Faculta-se a estipulação em moeda estrangeira ou ouro nas hipóteses permitidas por lei especial (Código Civil, art. 318) e a pactuação de cláusulas de escala móvel em periodicidade igual ou superior a um ano, ou, em casos especiais, sem restrição temporal (Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, art. 28).

5 Aos instrumentos de pagamento definidos pelo Estado, associa-se a regra do **curso legal**, impondo-se sua aceitação para a liberação de vínculos obrigacionais de qualquer natureza.

6 Tal concepção de bem comum tem por pressuposto não só a maximização do volume total dos rendimentos advindos do processo produtivo (renda social), mas também a sua distribuição equitativa, como forma de assegurar, a um só tempo,

humanas, o bem comum é sinônimo de **bem-estar**, e o processo social mediante o qual se busca aumentá-lo chama-se **desenvolvimento**.⁷

O papel do Estado na promoção do bem-estar social tem variado desde a Revolução Industrial, transitando entre os extremos do afastamento absoluto, preconizado pelo pensamento clássico, e da exclusividade total, aventado pelas doutrinas socialistas. Do choque entre ambas as teses, nasceu a concepção dualista atualmente dominante, que, ao mesmo tempo em que confere importância à iniciativa privada, identifica no Estado as funções de corrigir as falhas do mercado (**intervenção**), orientar a economia com vistas ao bem-estar e ao desenvolvimento (**direção**) e atuar como agente econômico (**participação**) (VIDIGAL, 1979, p. 88-100). Nessa solução de síntese, o limite da atuação estatal é dado pelo princípio do **máximo benefício social**, significando que ela só se justifica na medida em que o benefício social que for capaz de gerar suplante seu custo, em termos marginais (VIDIGAL, 1973, p. 149).

O bem-estar social implica, pois, obter o máximo de utilidade a partir dos recursos sociais escassos. Para atingir tal objetivo, o direito positivo erige instituições que se aglutinam no conceito de **comércio jurídico**, entendido como a organização da satisfação de todas as necessidades humanas assegurada por meio da remuneração dos fatores de produção.⁸ Tal conceito expressa um conteúdo finalístico, qual seja, a satisfação das necessidades humanas, em sintonia com o objetivo precípua do próprio ordenamento jurídico e do Estado como um todo. Em torno dessa finalidade, estrutura-se um arcabouço institucional visando a lhe dar concretude, centrado no mecanismo de mercado, dentro do qual a moeda ocupa posição de destaque, atuando como fator catalisador das trocas e, conseqüentemente, gerador de bem-estar.

O efeito catalisador de trocas decorre da eficácia comunicativa da moeda, derivada do reconhecimento geral de seu valor de troca, que dispensa que se

o incentivo oriundo da propriedade privada tanto dos meios de produção quanto do produto social e a dignidade da pessoa humana.

7 A realização do bem-estar exige a maximização dos gastos de consumo, de forma a dar satisfação imediata às necessidades humanas. Já o desenvolvimento requer a elevação da poupança, com o intuito de incrementar o produto social e possibilitar maiores níveis futuros de consumo. Como a escolha entre consumo e poupança é mutuamente excludente, também o é a opção entre os extremos de bem-estar atual e de desenvolvimento (VIDIGAL, 1973, p. 211-12, 1977, p. 57 e 128-29). Deve-se notar, a propósito, que o conceito de desenvolvimento é tomado aqui em seu aspecto puramente econômico, não se podendo olvidar, contudo, que se trata de fenômeno social mais amplo, abarcando também os campos institucional, cultural e político (NUSDEO, 2002, p. 19).

8 A definição original, atribuída a Jhering, veicula a palavra “salário” em lugar da expressão “remuneração dos fatores de produção” (DE CHIARA, 1987, p. 21).

tomem em consideração os atributos pessoais da contraparte como meio de aferir a credibilidade do instrumento por ela dado em pagamento. Tal eficácia propicia a superação da necessidade de equivalência **qualitativa** entre os produtos na relação de intercâmbio e estabelece uma referência de valor de troca entre os diferentes bens da economia, tornando **quantitativamente** comparáveis produtos **qualitativamente** distintos. Em última análise, viabiliza-se a especialização do trabalho, mediante a eliminação da necessidade de manter estoque variado de mercadorias para consumo próprio ou para aumentar a probabilidade de encontrar um parceiro interessado em dispor do bem pretendido e em adquirir o ofertado (CORTEZ, 2004, p. 22-34; DE CHIARA, 1987, p. 47 e 57). Dessa forma, o ato de intercâmbio simplifica-se consideravelmente, passando os agentes econômicos a se relacionar com todo o mercado.

No que tange ao bem-estar social, a moeda promove sua indução ao incrementar a velocidade das trocas no mercado, conduzindo à multiplicação dos atos de consumo, por meio dos quais as necessidades individuais são atendidas. Assim, admitindo-se que o bem-estar deriva da atribuição à comunidade da mais extensa soma de satisfações, conforme anteriormente exposto, verifica-se que a instrumentação monetária, ao fomentar o consumo, atua na consecução daquele valor.

Fica claro, assim, que a moeda é um instituto destinado a instrumentalizar o comércio jurídico, que é, por sua vez, a projeção do direito positivo sobre a economia com vistas à realização do bem comum. Por essa razão, informado pela teoria econômica, o Estado normatiza todos os aspectos atinentes ao instrumento monetário, visando a preservar o exercício de suas funções básicas e, assim, garantir a manutenção da confiança da sociedade na moeda.

Entre os aspectos disciplinados pelo direito positivo, são de especial interesse para o presente trabalho os instrumentos de política monetária, que consistem em autorizações legais para que o Estado exerça o poder econômico que o monopólio da emissão de moeda lhe confere, com vistas a influenciar as decisões alocativas dos demais agentes econômicos.⁹ Com isso, o poder público domina as condições de liquidez da economia,¹⁰ direcionando a renda social para o

9 Os instrumentos clássicos de política monetária são o depósito compulsório, o redesconto e as operações em mercado aberto.

10 A condição geral de liquidez da economia depende da **situação de liquidez** dos agentes econômicos, isto é, da quantidade de moeda por eles detida que esteja livre para ser levada a mercado, e de sua **preferência pela liquidez**, derivada da maior utilidade marginal que esses agentes possam vislumbrar na retenção da moeda. A alteração dessas

consumo, o investimento ou a poupança, de maneira a influir no comportamento dos níveis de preços e de atividade econômica (CORTEZ, 2004, p. 158).

Os efeitos da política monetária sobre o valor da moeda verificam-se no médio e no longo prazo, em virtude do tempo envolvido na cadeia de eventos conhecida como **mecanismo de transmissão** da política monetária. De maneira oposta, sua influência sobre o nível de atividade econômica restringe-se ao curto prazo, como consequência do comportamento adaptativo dos agentes econômicos à expectativa de inflação futura (CORTEZ, 2004, p. 162-65). É por causa dessa limitação em influenciar de maneira duradoura as variáveis reais da economia que a literatura especializada cunhou o princípio da **neutralidade da política monetária** no longo prazo (SCHELLER, 2006, p. 77).

Do ponto de vista prático, a principal consequência da constatação da neutralidade da política monetária no longo prazo foi a renúncia generalizada à sua utilização para modular a atividade econômica, passando-se a definir como seu objetivo primordial a manutenção do poder de compra da moeda. Tal mudança apoiou-se também na percepção de que a estabilidade de preços é fundamental para a coesão da ordem monetária e, como tal, constitui condição para a elevação sustentável dos níveis de emprego e de atividade econômica.¹¹ Assim, na atualidade, a discricionariedade da autoridade política no manuseio dos instrumentos de política monetária tende a restringir-se à maneira de acioná-los, uma vez que, quanto aos fins a serem atingidos, sua atuação é usualmente vinculada.¹²

variáveis modifica o nível de procura efetiva observado nos mercados, com reflexos sobre o comportamento geral dos preços (VIDIGAL, 1977, p. 178).

- 11 O papel institucional da moeda na economia de mercado depende de que haja demanda por ela. Para isso, é necessário que os agentes econômicos nela identifiquem uma utilidade, a qual, em última análise, é a sua capacidade de atuar como mecanismo redutor de incertezas no intercâmbio comercial. Entretanto, para que o instrumento monetário possua tal utilidade, ele deve ser capaz de manter seu **poder de compra** ao longo do tempo, atuando como reserva de valor. Quando seu custo de carregamento, representado pela perda de seu poder de compra, é demasiado, o desempenho de sua função de meio geral de troca torna-se inviável, podendo dar lugar a fenômenos como a **substituição monetária** ou o retorno ao escambo. O mesmo se passa com sua função de padrão geral de valor de troca, uma vez que a estabilidade de preços é essencial para o processo social de aprendizado que permite associar o **valor real** da unidade monetária, isto é, o seu poder de compra, ao seu valor nominal (CORTEZ, 2004, p. 34, 41 e 56-59).
- 12 No Brasil, o Decreto nº 3.088, de 21 de junho de 1969, instituiu a sistemática de metas para a inflação como diretriz para a fixação do regime de política monetária. Na Europa, o Artigo 105(1) do Tratado da Comunidade Européia estabelece como objetivo primário do Sistema Europeu de Bancos Centrais a manutenção da estabilidade de preços. É importante notar que o regime de metas de inflação não reduz o objetivo de toda a política econômica à manutenção do poder de compra da moeda. Tais metas, de caráter instrumental, são fixadas apenas para a execução da política monetária. Para o conjunto da atuação econômica estatal, a meta implícita é atingir o pleno emprego, sem distorções inflacionárias (VIDIGAL, 1973, p. 203). Nesse sentido, o *Federal Reserve Act*, seção 2a, define como objetivos do *Board of Governors do Federal Reserve System* e do *Federal Open Market Committee*, ao lado da estabilidade de preços, o nível máximo de emprego e taxas de juros de longo prazo moderadas.

Vista a interação entre moeda, Estado e direito no âmbito doméstico, é necessário analisar as modificações que esse relacionamento sofre quando estudado no contexto internacional, a demandar o desenvolvimento de novas espécies de tutela jurídica.

3 Regimes cambiais e mecanismos de compartilhamento monetário

Como toda norma jurídica, a que institui a unidade monetária e determina o curso legal de seu instrumento de pagamento vige nos limites do território estatal. Para que a moeda exerça suas funções em outro Estado, é necessária, pois, a permissão do direito estrangeiro, mediante a flexibilização da regra do curso forçado, anteriormente comentada.

Essas considerações ganham importância no contexto dos fluxos internacionais de capitais, que impõem a necessidade de aquisição de moeda estrangeira, no caso de transferência de renda para o exterior, ou de sua conversão em moeda nacional, na situação oposta. Esses negócios jurídicos configuram meros contratos de compra e venda, cujo objeto, a moeda estrangeira, transforma-se em mercadoria ao lhe serem negados efeitos pela ordem jurídica interna. Trata-se, não obstante, de mercadoria especial, haja vista só poder ser trocada por moeda nacional, e não por outros bens, em observância à regra do curso forçado.

Os negócios jurídicos com moeda estrangeira evidenciam um novo prisma do conceito de poder de compra. Na dimensão interna da economia, ele expressa a quantidade de bens que podem ser adquiridos pelo instrumento monetário, ao passo que, no plano externo, refere-se à quantidade de moeda estrangeira que pode ser comprada. Aqui tem lugar a noção de **taxa de câmbio nominal**, designando a relação de equivalência entre unidades monetárias diferentes. Conceito vizinho é o de **taxa de câmbio real**, ou **paridade de poder de compra**, que exprime a comparação de quantidade de bens que podem ser adquiridos pelo uso de moedas diversas nos respectivos mercados em que têm curso legal.

A taxa de câmbio é uma das variáveis consideradas pelos bancos centrais na condução da política monetária. Em regimes de câmbio fixo, ela é utilizada para direcionar as expectativas dos agentes econômicos, permitindo a construção de um ambiente de previsibilidade que torne mais fácil alcançar o objetivo final

de manutenção do valor da moeda. Nesses casos, diz-se que ela atua como **âncora** da política monetária, devendo a autoridade trabalhar para manter seu comportamento dentro de limites previamente definidos. Outras variáveis econômicas que podem funcionar como âncoras são os agregados monetários e a taxa de juros básica da economia, essa última especialmente nos regimes de metas de inflação (CORTEZ, 2004, p. 196-210).¹³

Atualmente, as principais economias mundiais adotam regimes cambiais flutuantes, ancorados em taxas-meta de juros, havendo experiências marginais de câmbio rígido. Os eventos históricos que deram origem a essa configuração remontam à segunda metade do século XIX, com a instituição do padrão-ouro. Informado pela crença de que o valor do papel-moeda decorria do ativo que lhe dava lastro, tal sistema consistiu no estabelecimento de normas jurídicas nacionais autorizando a emissão de papel-moeda conversível em ouro a uma taxa invariável. Indiretamente, conduziu à formação de uma grade de paridades fixas entre as moedas de todos os Estados que adotaram a mesma regra, trazendo como benefícios a eliminação de custos advindos de variações cambiais relativas, a simplificação das operações de câmbio e a facilitação da comparação de preços internacionais. Essa organização perdurou até o início da Primeira Guerra Mundial, quando se instalou um quadro caótico de intervenção estatal sobre as taxas de câmbio, que contribuiu para a eclosão da Segunda Grande Guerra. Em 1944, passou a vigorar o sistema idealizado em Bretton Woods, estruturado com base no veto ao unilateralismo, como forma de evitar a desorganização do período entre guerras. Seus principais mecanismos eram a manutenção de paridades fixas em relação ao dólar e a conversibilidade deste em relação ao ouro, vedando-se qualquer alteração sem a aprovação prévia do Fundo Monetário Internacional. Tal ordenamento ruiu na década de 1970, dando lugar ao sistema atual, em que os arranjos baseados em âncoras cambiais cederam espaço aos regimes cambiais flutuantes, regidos pelas forças de mercado.¹⁴

13 Desde a implantação do real, em 1994, o Banco Central do Brasil utilizou diferentes âncoras para a execução de sua política monetária. Os art. 4º e 6º da Lei nº 9.069, de 1995, estabeleceram metas para os agregados monetários, impondo, respectivamente, um limite quantitativo para a emissão no segundo trimestre de 1994 e a necessidade de apresentação de programação monetária para os trimestres seguintes. O art. 3º da mesma lei, por sua vez, definiu metas para o câmbio, vinculando a emissão monetária ao ingresso de reservas em valor equivalente, observada a paridade de um real por dólar. Essa taxa foi alterada quando da implantação do sistema de bandas administradas, o qual perdurou até a desvalorização de 1999, ocasião em que passou a vigorar o atual regime de câmbio flutuante com metas de inflação.

14 O apanhado histórico baseou-se em Lowenfeld (2003, p. 9-15).

Não obstante isso, mesmo depois que as principais economias aderiram ao câmbio flutuante, muitos países em desenvolvimento mantiveram regimes cambiais fixos, mas ajustáveis, em virtude de suas moedas serem pouco negociadas internacionalmente, o que as exporia a excessiva volatilidade caso ficassem sujeitas às forças de mercado. Em anos recentes, porém, uma sucessão de crises internacionais demonstrou que esses arranjos cambiais fixos, mas que permitem ajustes pontuais, também são vulneráveis à retração dos fluxos de capitais, sujeitando-se à perda de credibilidade. A partir de então, passou-se a advogar como única alternativa viável à flutuação do câmbio a adoção de regimes de compartilhamento monetário, cujo principal efeito é excluir a possibilidade de intervenção estatal sobre a paridade cambial. Tais soluções são o *currency board*, a formação de uniões monetárias e o uso de moeda estrangeira (HAWKINS; MASSON, 2003a, p. 4).

A razão pela qual tais sistemas são vistos como as únicas alternativas viáveis à flutuação é o fato de eliminarem a possibilidade de condução da política monetária pelas autoridades nacionais. Tal entendimento justifica-se quando se constata que a principal causa de ataques especulativos é a desconfiança gerada pelo exercício da flexibilidade monetária de forma danosa (HAWKINS; MASSON, 2003b, p. 1).¹⁵ Dessa maneira, a delegação da condução da política monetária a um banco central regional ou estrangeiro – neste caso, quer de forma direta, como na adoção de moeda estrangeira, quer de forma indireta, como no *currency board* – alheio a ingerências políticas pode ser uma maneira oblíqua de se obterem os benefícios que adviriam da condução independente da política monetária no âmbito interno e de induzir-se à execução de reformas econômicas (HAWKINS; MASSON, 2003a, p. 5).

O *currency board* é o sistema normativo no qual a emissão de papel-moeda é condicionada ao ingresso de reservas em moeda estrangeira em valor equivalente, segundo uma taxa fixa, estando a autoridade monetária obrigada a efetuar operações de câmbio àquela paridade. Muito comuns nas administrações

15 Gonçalves (2003, p. 34-48), estudando a racionalidade político-econômica que leva alguns Estados a abrir mão do manejo discricionário de sua política monetária, delegando-o a um ente supranacional, demonstra que o principal benefício vislumbrado é a garantia de bem-estar futuro, que se obtém mediante a extinção do risco de que a política monetária possa vir a ser conduzida por governos futuros com preferências inflacionárias mais brandas. É o que se chama de “amarrar as mãos do sucessor”. Pode-se falar, portanto, num custo de não-adesão a esquemas de compartilhamento monetário, que cresce com a importância que o governante atual atribua ao futuro e com a dispersão das preferências políticas na sociedade.

coloniais europeias, tornaram-se pouco populares após a segunda guerra mundial, ante a reafirmação do nacionalismo por meio do pleno exercício da soberania monetária. Durante a década de 1990, voltaram a despertar interesse, quando se passou a considerar mais importante ter uma âncora monetária estável do que ser capaz de usar a política monetária para fins contracíclicos. Atualmente, seus principais exemplos encontram-se na Bósnia, Bulgária, Estônia, Hong Kong e Lituânia (HAWKINS; MASSON, 2003a, p. 18-21).

A adoção de moeda estrangeira, por sua vez, é a reação natural de uma economia pequena com fortes vínculos comerciais e financeiros em relação a uma economia maior. Pode ocorrer de maneira não oficial, isso é, sem a intervenção estatal, quando a sociedade perde a confiança em sua moeda doméstica e passa a utilizar o instrumento monetário estrangeiro em suas relações econômicas cotidianas, fenômeno conhecido como **substituição monetária**.¹⁶ De maneira oposta, pode ser fruto de uma decisão estatal, formalizada por meio de um **ato unilateral**, quando o poder público atribui curso legal a uma moeda estrangeira independentemente da anuência do ente soberano que a emite,¹⁷ ou de um **tratado**, quando o compartilhamento do padrão monetário decorre da convergência de vontades entre o Estado emissor e o Estado cliente.¹⁸

Já a união monetária, também chamada de área monetária regional, é o arranjo institucional no qual dois ou mais Estados fixam recíproca e irrevogavelmente sua taxa de câmbio e cedem a uma entidade supranacional a porção de sua soberania relacionada à administração monetária. Essa entidade passa, então, a emitir uma moeda comum, com curso legal no mercado interno de todos os Estados participantes, e a gerir os instrumentos de política monetária para toda a região. É estabelecida geralmente como parte de um processo de integração de objetivos mais amplos, em que a intenção de reduzir custos de transação no comércio regional soma-se a preocupações atinentes à obtenção de estabilidade cambial, comuns aos outros dois tipos de arranjos. O exemplo paradigmático é a união econômica e monetária europeia, composta por Alemanha, Áustria,

16 A Argentina viveu uma experiência de dolarização não oficial de sua economia durante o regime da conversibilidade, na década de 1990.

17 El Salvador, em 1999, e Equador, em 2000, substituíram unilateralmente suas moedas nacionais pelo dólar americano.

18 É o caso do uso do franco suíço por Liechtenstein; do rand sul-africano por Lesoto, Namíbia e Suazilândia; do euro por Mônaco, San Marino e Cidade do Vaticano; do dólar americano por Panamá, Micronésia e Ilhas Marshall; e da coroa dinamarquesa pelas Ilhas Féroé (FREIS, 2004, p. 20).

Bélgica, Chipre, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Malta e Portugal, onde circula o euro.¹⁹

A afinidade dos mecanismos de *currency board*, união monetária e adoção de moeda estrangeira não é só econômica, mas também jurídica. Do ponto de vista econômico, como já exposto, sua proximidade decorre da identidade de motivação que leva os Estados a adotar regimes cambiais absolutamente rígidos, isto é, a busca de credibilidade, com vistas à obtenção de estabilidade cambial e de proteção contra ataques especulativos. Do ângulo jurídico, tais regimes têm em comum o fato de se fundarem na restrição ao exercício da soberania monetária, em diferentes graus.

No *currency board*, tal restrição é mínima, visto que prossegue a emissão de moeda nacional. Essa moeda, entretanto, deixa de desempenhar a função de padrão geral de valor de troca, que se transfere à unidade monetária estrangeira adotada como reserva,²⁰ havendo, em consequência, submissão à política monetária do Estado emissor. Já na união monetária, a restrição ao poder monetário é média, uma vez que, apesar de as moedas nacionais deixarem de circular, o instrumento que as substitui é emitido por um órgão cuja existência é legitimada pela vontade de todos os Estados e de cujas decisões todos participam, inclusive no que tange à formulação da política monetária. Diferente é o que ocorre na adoção de moeda estrangeira, em que se abdica totalmente do exercício da soberania monetária. É que, nesse caso, as quatro funções monetárias básicas deixam de ser desempenhadas pela moeda nacional, tendo a economia que se sujeitar inteiramente à política monetária definida no exterior.

A partir da década de 1960, com o trabalho seminal de Mundell (1961), a teoria econômica passou a se dedicar à identificação das condições essenciais para a viabilidade de experiências de compartilhamento monetário, reunidas na teoria das **áreas monetárias ótimas**. A abordagem tradicional do problema baseava-

19 Outros exemplos atuais de união monetária são a União Econômica e Monetária Oeste-Africana (Uemoa), composta por Benin, Burkina Faso, Guiné Bissau, Costa do Marfim, Mali, Níger, Senegal e Togo, onde tem curso o franco da comunidade financeira da África; a Comunidade Econômica e Monetária da África Central (Cemac), de que são membros Camarões, Chade, Gabão, Guiné Equatorial, Congo e República Centro-Africana e onde circula o franco da cooperação financeira na África Central; e a União Monetária do Caribe Oriental (Umco), composta pelos Estados independentes Antígua e Barbuda, Dominica, Granada, São Cristóvão e Névis, Santa Lúcia e São Vicente e Granadinas e pelos territórios britânicos de Montserrat e Anguilla, entre os quais circula o dólar do Caribe Oriental

20 Numa economia em que a emissão monetária obedece às regras do *currency board*, ainda que os preços sejam denominados na unidade de conta nacional, é moeda estrangeira que desempenha a função de padrão geral de valor de troca, uma vez que é dela que deriva o valor da moeda nacional.

se na proposição de critérios que deveriam ser atendidos a fim de minimizar os custos da experiência.²¹ Atualmente, porém, prevalece o entendimento de que tais critérios nada mais são do que indicadores da real condição para um compartilhamento monetário harmônico: a **simetria de choques** entre as economias envolvidas, isto é, o fato de um mesmo choque econômico lhes causar efeitos semelhantes. É que, havendo similaridade de choques, a resposta da política monetária comum será adequada para enfrentar o problema em todos os Estados que utilizem a mesma moeda. Na hipótese de não haver tal simetria, impõe-se a existência de mecanismos alternativos ao câmbio para enfrentar os choques de maneira satisfatória em toda a área monetária (COSTA, 2003, p. 17-18). Isso não significa, entretanto, que Estados sujeitos a choques assimétricos ou que não disponham de mecanismos extracambiais para superá-los não possam adotar regimes de compartilhamento monetário. Isso porque, segundo entendimento corrente, os fatores definidores das áreas monetárias ótimas são **endógenos**, isto é, surgem ou intensificam-se como consequência do próprio regime (COSTA, 2003, p. 43-44; GONÇALVES, 2003, p. 31-32 e 61-62), não obstante seja desejável a existência *a priori* de certo nível de correlação de choques ou de alternativas de ajuste (COSTA, 2003, p. 18).

Pode-se inferir, dessa forma, que o principal desafio do direito positivo diante da decisão soberana de compartilhar a moeda é a instituição de tutelas que garantam o sucesso dessa experiência. Tal empreendimento passa pela reflexão sobre se a região envolvida constitui uma área monetária ótima e, em caso negativo, sobre as soluções necessárias para lidar com a possibilidade de choques assimétricos e para permitir a progressiva convergência econômica, de modo a minimizar, e eventualmente eliminar, o custo de abdicar do pleno exercício do poder monetário.

21 Abstraindo-se divergências pontuais, a literatura tradicional aponta os seguintes requisitos para a configuração de áreas monetárias ótimas: livre mobilidade de fatores de produção (mão-de-obra e capital), flexibilidade de preços e salários, similaridade de estruturas produtivas, abertura da economia, diversificação do comércio exterior, presença de fluxo comercial intra-área intenso, semelhança de tamanho das economias, convergência de taxas de inflação, integração fiscal e similaridade de preferências sociais (BOSCOLI, 2005 p. 15; CHAGAS, 2004, p. 4-9; GONÇALVES, 2003, p. 9-12).

4 Inserção do Brasil no âmbito do tema

A partir das considerações feitas na seção anterior, depreende-se que a relevância para a ciência jurídica do estudo das experiências de compartilhamento monetário reside na contribuição ao desenvolvimento de tutelas para questões como a escolha do regime cambial ótimo em economias em desenvolvimento, a prevenção de crises no sistema financeiro internacional e o aprofundamento dos processos de integração regional. No que diz respeito à cultura jurídica brasileira, especificamente, o exame da história econômica regional recente deixa patente tal relevância.

Desde a implementação do Plano Real, em 1994, e, principalmente, após as crises da segunda metade da década de 1990, muito se tem discutido sobre qual o regime cambial ótimo para o Brasil e para os demais países do Mercosul. Com efeito, no período imediatamente posterior à introdução do real, a ausência de um histórico de credibilidade da atuação do Banco Central do Brasil, no que tange à condução da política monetária, e do governo central, em relação à política fiscal, despertaram dúvidas sobre a sustentabilidade do câmbio rígido então adotado. Tais dúvidas foram crescendo à medida que outras experiências de controle cambial foram sucumbindo – México, em 1994; Coreia do Sul, Hong Kong, Filipinas, Indonésia, Malásia e Tailândia, em 1997; e Rússia, em 1998 –, de tal sorte que diversos autores passaram a sugerir que o Brasil dolarizasse sua economia. Tais sugestões, a propósito, foram em grande parte inspiradas na experiência da Argentina, que, vivendo desde 1991 sob o regime de *currency board*, experimentou a substituição do peso pelo dólar em parcela relevante das transações econômicas. Ao mesmo tempo, havia quem sugerisse a formação de uma união monetária, com a adoção de um mecanismo cambial nos moldes do adotado pelo Sistema Monetário Europeu. Para seus proponentes, tal solução deveria englobar todos os membros do Mercosul, uma vez que o ciclo econômico de seus sócios menores, Paraguai e Uruguai, estava atrelado ao dos maiores, Brasil e Argentina, em virtude de sua dependência comercial.

A partir de 1999, entretanto, com a flutuação do real e o êxito do sistema de metas de inflação, a literatura econômica deixou de sugerir o retorno a âncoras cambiais para a política monetária brasileira. Já no que tange à Argentina, a crise de 2001, que conduziu ao fim da conversibilidade e à conseqüente

liberação do câmbio, não deu lugar à formação de um ambiente de confiança. A princípio, a atividade econômica acelerou-se vigorosamente, impulsionada pelas exportações e pela retomada do consumo interno. Tal movimento, porém, foi acompanhado da imposição de controles de preços e de fluxos de capitais, o que gerou graves distorções, que atualmente se manifestam na forma de restrições ao crescimento econômico e de inflação elevada. Esse panorama tem levado alguns autores a permanecer na defesa da adoção de regimes de compartilhamento monetário para o país platino, especialmente a dolarização, havendo também quem advogue a união monetária com o Brasil ou mesmo a adoção do real em substituição ao peso.

Há muita controvérsia, porém, a respeito da viabilidade do estabelecimento de uma união monetária no Mercosul e de outras modalidades de compartilhamento monetário, entre as quais a adoção do real pelos demais membros do bloco ou sua utilização mediante *currency board*. Isso porque, em seu estágio atual, o projeto de integração econômica do Cone Sul não passa de uma união aduaneira duplamente imperfeita, tanto pela existência de número considerável de barreiras tarifárias e não tarifárias ao comércio regional quanto pela considerável lista de exceções à tarifa externa comum (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 406). Além disso, seus membros apresentam relevantes divergências macroeconômicas (ARESTIS *et al.*, 2003, p. 15-21; CHAGAS, 2004, p. 35-46; FALGETANO, 2006, p. 62-69)· baixo grau de correlação de choques e ausência de instrumentos de ajuste alternativos ao câmbio (mobilidade de mão-de-obra e de capital), indicando que teriam dificuldade em combater flutuações mediante uma política monetária comum (COSTA, 2003, p. 43). Em sua atual configuração, pois, o Mercosul não é uma área monetária ótima (ARESTIS *et al.*, 2003, p. 21; BOSCOLI, 2005, p. 76-78; CHAGAS, 2004, p. 68; FALGETANO, 2006, p. 81).

5 Conclusão

Os mecanismos de compartilhamento monetário estudados no presente trabalho possuem em comum aspectos econômicos e jurídicos que justificam seu tratamento como categoria científica autônoma. Do ponto de vista econômico, *currency board*, união monetária e adoção de moeda estrangeira servem à função de angariar credibilidade à política econômica, mediante a renúncia, em diferentes graus, ao exercício autônomo da

política monetária. Podem também agregar a finalidade de reduzir custos de transação no comércio internacional associados à existência de padrões monetários diferentes. Sob o prisma jurídico, tais modalidades de compartilhamento pressupõem a autolimitação de porção da soberania estatal, correspondente ao poder de emitir moeda e de administrar os instrumentos de política monetária de forma independente. Além disso, a evolução da pesquisa do campo das áreas monetárias ótimas indica a necessidade de construção de soluções jurídicas específicas para cada caso concreto de compartilhamento de moeda, de forma a adaptar o arcabouço regulatório à situação concreta de simetria de choques e de existência de mecanismos de ajuste alternativos ao câmbio.

As crises representam oportunidades para o desenvolvimento da pesquisa econômica e acabam conduzindo ao aperfeiçoamento das instituições jurídicas correlatas. Em relação à matéria aqui discutida, a crise financeira iniciada em 2007 prenuncia mudanças na realidade econômica que demandarão o aprofundamento da pesquisa científica na área. No horizonte que se descortina, pode-se apontar como aspecto de mudança a queda da credibilidade do dólar, implicando a redução de sua capacidade de atuar como reserva de valor e ocasionando, em consequência, alterações nas experiências de compartilhamento monetário que o tem como objeto (THE ECONOMIST, 2009). Nesse contexto, o ouro emerge como ativo de maior credibilidade (FINANCIAL TIMES, 2009a), havendo vozes que se levantam no sentido do retorno ao padrão corrente no fim do século XIX de paridades fixas lastreadas nesse metal (TETT, 2009). Além disso, experiências de *currency board* até então consideradas de sucesso, como as do Leste Europeu, demonstram sua fragilidade diante do excessivo endividamento em moeda estrangeira (FINANCIAL TIMES, 2009b). As uniões monetárias, por sua vez, enfrentam o desafio de coordenar o exercício da política monetária à condução da política fiscal, visando a tornar mais eficiente a busca dos objetivos de estabilidade de preços e incremento da atividade econômica (MUNCHAU, 2004).

No que tange especificamente ao Brasil, o desafio consiste na preservação da credibilidade e da estabilidade monetária conquistadas pelo país em anos recentes, para o que o conhecimento dos regimes de compartilhamento monetário constitui importante instrumento a orientar futuras decisões políticas.

Referências

- ARESTIS, Philip et al. O euro e a UME: lições para o Mercosul. **Economia e sociedade**, Campinas, v. 12, n. 1 (20), p. 1-24, jan./jun. 2003. Disponível em: <<http://www.eco.unicamp.br/docdownload/publicacoes/instituto/revistas/economia-e-sociedade/V12-F1-S20/01-Arestis.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2009.
- BOSCOLI, Paulo. **Uniões monetárias: teoria e prática para o Mercosul**. 2005. 83 f. Dissertação (Mestrado em Economia Política) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=858>. Acesso em: 27 maio 2009.
- CHAGAS, Leonardo Lima. **Moeda Única no Mercosul: aspectos fiscais**. Brasília: Esaf, 2004. 80 p. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/IXPremio/mercosul/1mercosulIXPTN/1premio_mercosul.pdf>. Acesso em: 27 maio 2009.
- CORTEZ, Tiago Machado. **Moeda, Estado e Direito: o papel do Estado na ordem monetária e seu controle**. 2004. 235 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.
- COSTA, Marcelo Araujo da. **Uma investigação sobre a aplicação do conceito de área monetária ótima no âmbito do Mercosul**. 2003. 58 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Faculdade de Economia, Administração e Ciências Contábeis, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.
- DE CHIARA, José Tadeu. **Moeda e ordem jurídica**. 1986. 217 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1987.
- FALGETANO, Thiago Pucci. **Moeda única no Mercosul: possibilidades e barreiras para a unificação monetária**. 2006. 90 f. Dissertação (Mestrado em Economia Política) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3134>. Acesso em: 27 maio 2009.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 370 p.

FINANCIAL TIMES. **As good as gold**. May 8 2009. Disponível em: <<http://www.ft.com>>. Acesso em: 5 jun. 2009.

_____. **The euro in eastern Europe**. Apr. 6 2009. Disponível em: <<http://www.ft.com>>. Acesso em: 5 jun. 2009.

FREIS, James H. Dollarization and Cross-Border Uses of Currency. **Mocomila Conference Report Berlin**, p. 18-21, June 2004. Disponível em: <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/22>>. Acesso em: 27 maio 2009.

GONÇALVES, Carlos Eduardo Soares. **Uniões monetárias**. 2003. 78 f. Tese (Doutorado em Economia) – Faculdade de Economia, Administração e Ciências Contábeis, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

HAWKINS, John; MASSON, Paul. Economic aspects of regional currency areas and the use of foreign currencies. **BIS Papers**, Basel, n. 17, p. 4-41, May 2003. Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/bppdf/bispap17.pdf?noframes=1>>. Acesso em: 27 maio 2009.

_____. Introduction. **BIS Papers**, Basel, n. 17, p. 1-3, May 2003. Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/bppdf/bispap17.pdf?noframes=1>>. Acesso em: 27 maio 2009.

LOWENFELD, Andreas. **International economic Law**. 2nd ed. Oxford: OUP, 2003. 1.016 p.

MUNCHAU, Wolfgang. Co-operation is the best policy. **FT.com**. June 13, 2004. Disponível em: <<http://www.ft.com>>. Acesso em: 5 jun. 2009.

MUNDELL, Robert. Theory of optimum currency areas. **American Economic Review**, Nashville, v. 51, n. 4, p. 657-65, Sept. 1961.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3. ed. São Paulo: RT, 2001. 376 p.

SALOMÃO FILHO, Calixto. O mercosul como modelo de regulação do mercado. In: RODAS, João Grandino (coord.). **Contratos internacionais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 401-26.

SCHELLER, Hanspeter K. **The European Central Bank: history, role and functions**. 2nd ed. Frankfurt am Main: ECB, 2006. 229 p. Disponível em:

<<http://www.ecb.int/pub/pdf/other/ecbhistoryrolefunctions2006en.pdf>>.
Acesso em: 27 maio 2009.

TETT, Gillian. In uncertain times, all that glisters is a gold standard. **Financial Times**, London, Apr. 9, 2009. Disponível em: <<http://www.ft.com>>. Acesso em: 5 jun. 2009.

THE ECONOMIST. **Handle with care**: China suggests an end to the dollar era. Mar. 26, 2009. Disponível em: <<http://www.economist.com>>. Acesso em: 5 jun. 2009.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Fundamentos do Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 1973. 289 p.

_____. **Teoria Geral do Direito Econômico**. São Paulo: RT, 1977. 223 p.

Sistema de Pagamentos em Moeda Local: aspectos jurídicos da nova alternativa para remessas de valores entre o Brasil e a Argentina

Danilo Takasaki Carvalho*

1 Introdução. 2 Estrutura normativa do Sistema de Pagamentos em Moeda Local. 3 Instrumentos e mecanismos usuais de pagamento de operações de comércio exterior: 3.1 O Convênio de Pagamentos e Créditos Recíprocos. 4 O Sistema de Pagamentos em Moeda Local: 4.1 Visão geral; 4.2 Pagamentos admissíveis pelo Sistema de Pagamentos em Moeda Local; 4.3 Pagamentos e recebimentos na moeda local; 4.4 Responsabilidade civil no Sistema de Pagamentos em Moeda Local; 4.5 Confidencialidade das transações no Sistema de Pagamentos em Moeda Local; 4.6 Solução de controvérsias. 5 Conclusão.

Resumo

Apresenta os principais aspectos jurídicos do Sistema de Pagamentos em Moeda Local (SML), operado pelo Banco Central do Brasil (BCB) e o Banco Central da República Argentina (BCRA) desde outubro de 2008. Foram examinados os textos normativos editados pelas diversas instituições envolvidas com a criação do sistema, à luz da literatura jurídica e econômica sobre o assunto e de informações existentes em processos administrativos arquivados no BCB. Como resultado, nota-se que o SML tem um arcabouço jurídico relativamente complexo e que

* Procurador do Banco Central do Brasil. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-graduando em Contratos e Responsabilidade Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP).

determinadas questões ainda suscitam dúvidas, a merecer estudos específicos. Em conclusão, percebe-se que o SML e sistemas de pagamentos internacionais semelhantes oferecem importantes alternativas aos países para a redução na movimentação de suas reservas internacionais, o que torna especialmente úteis os estudos de seus aspectos jurídicos, principalmente em momentos de crise internacional, como a deflagrada em setembro de 2008.

Palavras-chave: Sistema de pagamentos. Comércio exterior. Acordo internacional. Mercosul. Transferências financeiras. Aladi.

Abstract

Presents the main legal aspects of the Local Currency Payment System (Sistema de Pagamentos em Moeda Local – SML), operated by the Central Bank of Brazil and the Central Bank of the Republic of Argentina since October 2008. I analyse the normative texts concerning the creation and the regulation of the SML, in light of the pertaining literature on Law and on Economics, as well as the information existing in documents archived in the Central Bank of Brazil. As a result, I notice that the SML presents a relatively complex normative framework and that there is need for further studies on specific subjects regarding this payment system. I conclude that the SML and similar international payment systems represent important alternatives for the countries to reduce foreign reserves transfers. In consequence, the study of their legal aspects is especially useful, notably in moments of international crisis as the one started in September 2008.

Keywords: *Payment systems. Financial transfers. Foreign trade. International agreements. Mercosul. Aladi.*

1 Introdução

Em 3 de outubro de 2008, com o início da eficácia da Circular do Banco Central do Brasil (BCB) nº 3.406, de 26 de setembro desse ano, e da Resolução

do Conselho Monetário Nacional (CMN) nº 3.608, de 11 de setembro de 2008, passou a funcionar o Sistema de Pagamentos em Moeda Local (SML), mecanismo instituído pelos bancos centrais do Brasil e da Argentina com o intuito de possibilitar a realização de pagamentos entre agentes econômicos de ambos os países, com o uso de suas próprias moedas, isto é, sem a necessidade de recorrerem ao mercado de câmbio para obterem uma terceira moeda; no caso, o dólar dos Estados Unidos da América.

Nas informações disponíveis sobre o SML,¹ a criação do sistema foi motivada fundamentalmente pelo significativo volume de comércio entre os países do Mercado Comum do Sul (Mercosul), mas teve também por objetivo incrementar a integração regional, promovendo a diminuição de obstáculos aos fluxos comerciais entre o Brasil e a Argentina e familiarizando exportadores e importadores com a moeda do outro país e, conseqüentemente, com o valor relativo entre as moedas. Ademais, o sistema buscou reduzir os custos enfrentados por esses agentes econômicos com as transações financeiras usualmente praticadas em sua atividade, em especial com a realização de operações de câmbio para o ingresso e a saída dos recursos obtidos ou despendidos com o comércio regional.

Sendo essas as razões de criação do SML, é de se indagar quais são os caracteres jurídicos relevantes desse novel sistema e que aspectos o tornam singular diante das demais alternativas para as remessas de pagamentos relativos ao comércio exterior. Nas próximas páginas, pretendo responder a essas questões por meio do exame dos documentos internacionais firmados entre os países e entre os respectivos bancos centrais, dos textos normativos legais e infralegais editados para instituir o SML e da literatura jurídica e econômica sobre assuntos a ele conexos.

Com isso, e tendo em vista o ineditismo da matéria, pretendo oferecer uma visão geral sobre os aspectos jurídicos mais relevantes do SML, sem deter-me em questões que merecem debate aprofundado com enfoque específico, de modo que ulteriores pesquisas possam desenvolvê-las com propriedade.

1 As razões elencadas nesse parágrafo para a criação do SML estão presentes não somente nos autos de processos administrativos arquivados no Banco Central do Brasil, sobre a constituição do sistema, como também em documentos oficiais do Mercosul, que dão conta das tratativas entre o Brasil e a Argentina sobre o tema. Cf., a exemplo, as decisões do Conselho do Mercado Comum (CMC) nº 38, de 15 de dezembro de 2006 (MERCOSUL, 2006), e nº 25, de 28 de junho de 2007 (MERCOSUL, 2007).

2 Estrutura normativa do Sistema de Pagamentos em Moeda Local

Iniciando pelo arcabouço normativo que envolve o SML, tem-se que o primeiro ato tendente à implantação do sistema ocorreu no âmbito do Mercosul, com a Decisão do Conselho do Mercado Comum (CMC) nº 38, de 15 de dezembro de 2006, que formalizou o apoio da organização de integração regional à “criação de um sistema de pagamentos das transações comerciais em moedas locais.” (MERCOSUL, 2006).² Com o avanço dos trabalhos realizados pelos bancos centrais do Brasil e da Argentina, o Conselho do Mercado Comum proferiu, em 28 de junho de 2007, a Decisão CMC nº 25, que instituiu o “sistema de pagamentos em moeda local para o comércio realizado entre os Estados Partes do Mercosul.” (MERCOSUL, 2007). Essa decisão trazia em seu bojo, ainda, o comando de que os referidos Estados Partes deveriam promover o depósito daquele documento perante a Associação Latinoamericana de Integração (Aladi), ao amparo do Acordo de Complementação Econômica nº 18,³ o que foi feito por intermédio do 59º Protocolo Adicional, cuja promulgação no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu mediante a edição do Decreto nº 6.374, de 18 de fevereiro de 2008.

O texto do referido decreto presidencial incorpora a Decisão CMC nº 25, de 2007, prevendo, nos termos a seguir transcritos, que os bancos centrais interessados em constituir o sistema de pagamentos devem estabelecer, em convênios bilaterais, suas condições de operação:

Art. 1º – Criar o sistema de pagamentos em moeda local para o comércio realizado entre os Estados Partes do Mercosul.

As condições de operação desse sistema, de caráter facultativo, serão definidas mediante convênios bilaterais celebrados voluntariamente entre os Bancos Centrais dos respectivos países.

2 Por meio do art. 2º da citada decisão, o CMC respalda o contido na Carta de Intenções firmada, em 15 de dezembro de 2006, pelo Ministro da Fazenda do Brasil, o Ministro da Economia e Produção da Argentina e pelos presidentes dos bancos centrais de ambos os países, que, na oportunidade, selaram um acordo de criação de um projeto piloto tendente à implantação do SML (MERCOSUL, 2006).

3 A Associação Latino-Americana de Integração (Aladi), associação constituída por meio do **Tratado de Montevidéu**, de 12 de agosto de 1980 (aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 66, de 16 de novembro de 1981, e promulgado pelo Decreto nº 87.054, de 23 de março de 1982), com o objetivo de aprofundar a integração entre os países signatários, admite a celebração de acordos de complementação econômica (ACE) entre os países membros. Um exemplo bastante conhecido desses acordos é o citado ACE nº 18, firmado por Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, que teve como resultado a criação do Mercosul.

Assim é que os bancos centrais do Brasil e da Argentina entraram em acordo em 8 de setembro de 2008, firmando documento que corporifica as linhas gerais das inovações apresentadas pelo sistema.⁴

Com o intuito de contextualizar o tema, previamente à apresentação do funcionamento desse sistema de pagamentos, é útil lançar o olhar, rapidamente, sobre as alternativas atualmente existentes aos exportadores e importadores do Brasil e da Argentina para a execução de transferências de recursos relativas ao pagamento de suas obrigações internacionais.

3 Instrumentos e mecanismos usuais de pagamento de operações de comércio exterior

Ao realizarem transações de comércio exterior, importadores e exportadores brasileiros têm, de maneira bastante simplificada e resumida,⁵ as seguintes alternativas para efetuar remessas de recursos a e receber pagamentos de pessoas domiciliadas na Argentina:

- a) no caso de importador brasileiro, realizar operação de câmbio perante uma instituição autorizada pelo BCB e destinar os recursos ao exterior, por meio de ordem de pagamento dirigida à instituição financeira indicada pelo exportador argentino;
- b) no caso de exportador brasileiro, realizar operação de câmbio em instituição autorizada pelo BCB, para converter em reais os valores recebidos por meio de ordem de pagamento do importador argentino, ou para ceder à instituição financeira os direitos sobre os instrumentos de pagamento recebidos do importador argentino. O exportador nacional também pode manter os valores recebidos em conta bancária em instituição financeira no exterior, nesse caso, sem realizar operação de câmbio;⁶

4 O texto do convênio pode ser obtido em <<http://www.bcb.gov.br/?SMLINTRO>>. Acesso em: 20 out. 2008.

5 A enumeração de todas as alternativas, em seus termos específicos, foge aos propósitos desse trabalho. Para uma descrição mais detalhada, cf. Ratti (2006, *passim*).

6 A faculdade de manter, no exterior, os recursos recebidos em operações de exportação de bens e serviços foi estabelecida pela Lei nº 11.371, de 28 de junho de 2006, com a seguinte redação:

“Art. 1º Os recursos em moeda estrangeira relativos aos recebimentos de exportações brasileiras de mercadorias e de serviços para o exterior, realizadas por pessoas físicas ou jurídicas, poderão ser mantidos em instituição financeira no exterior, observados os limites fixados pelo Conselho Monetário Nacional.

[...]

- c) no caso de importador nacional, realizar transferência internacional em reais (TIR) ao exportador argentino, desde ele mantenha conta em instituição financeira bancária no Brasil;
- d) no caso de exportador brasileiro, receber TIR do importador argentino, que deverá manter conta em reais em banco brasileiro.

Para as duas primeiras opções, o empresário nacional tem, ainda, diversas possibilidades quanto à forma de financiamento de importação e de exportação, das quais se podem citar os financiamentos à importação, obtidos diretamente perante o exportador estrangeiro ou com bancos no exterior ou no país, e, para o exportador brasileiro, o Adiantamento de Contrato de Câmbio (ACC), o Adiantamento sobre Cambiais Entregues (ACE), os programas administrados pelo Banco de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), o Programa de Financiamento às Exportações (Proex), as *export notes*, o *forfaiting*, o *factoring*, entre outros (FORTUNA, 2002, p. 332-356). No que tange às TIR, por constituírem modalidade de transferência de recursos que, para ser utilizada, exige que a contraparte estrangeira mantenha conta em instituição financeira que opere no Brasil, não constam referências em textos normativos e na literatura de que elas podem encontrar-se associadas às facilidades de financiamento supracitadas.

3.1 O Convênio de Pagamentos e Créditos Recíprocos

As transferências de recursos que se destinem a realizar pagamentos de transações de comércio exterior entre o Brasil e a Argentina podem, em regra, ser submetidas ao Convênio de Pagamentos e Créditos Recíprocos (CCR). Nessas situações, mediante acordo entre o importador e o exportador, o primeiro procura instituição financeira autorizada pelo banco central de seu país a operar no CCR, para expedir ordem de pagamento à instituição financeira indicada pelo exportador. Por sua vez, a confecção da ordem de pagamento depende de

§ 2º Os recursos mantidos no exterior na forma deste artigo somente poderão ser utilizados para a realização de investimento, aplicação financeira ou pagamento de obrigação próprios do exportador, vedada a realização de empréstimo ou mútuo de qualquer natureza.”

A matéria encontra-se disciplinada pela Resolução CMN nº 3.389, de 4 de agosto de 2006. A Resolução CMN nº 3.548, de 12 de março de 2008, em seu art. 1º, permitiu a manutenção no exterior da integralidade dos recursos relativos a recebimentos de exportação.

prévia contratação do câmbio entre a moeda local e a moeda estrangeira que foi utilizada na transação comercial (em regra, o dólar). Assim, à instituição financeira do exportador estrangeiro faz-se a remessa dos documentos relativos à ordem de pagamento. Não obstante, naquele momento, não ocorre transferência de divisas entre essas instituições. O banco do importador apenas repassa ao banco central de seu país os recursos entregues pelo importador. A seu turno, a instituição financeira do exportador, de posse da ordem de pagamento, dirige-se ao banco central de seu país para reembolsar-se do valor que irá despende ao transferir os valores correspondentes ao exportador.

Mencionou-se que não há transferência de divisas entre as instituições financeiras quando os pagamentos são transmitidos pelo CCR. Isso se explica pela mecânica operacional do convênio, que tem por objetivo servir ao principal propósito de sua criação, vale dizer, a redução das transferências de moeda de reserva⁷ entre os países integrantes da Associação Latino-Americana de Integração (Aladi). Assim é que, em âmbito restrito aos bancos centrais participantes do CCR, cada ordem de pagamento registrada por um importador, desde que formalmente regular, produz um débito a cargo do banco central de seu país e um crédito em favor do banco central do país do exportador, que, por sua vez, adiantou os recursos à instituição financeira, para que esta os repasse ao exportador.

Entre os bancos centrais, a cada quadrimestre, ocorre a compensação multilateral dos débitos e créditos que cada um detém relativamente aos demais, em decorrência das ordens de pagamento remetidas pelos importadores de cada país. Mais especificamente, a compensação é centralizada no *Banco de la Reserva del Peru*, que se encarrega de receber os registros efetuados pelos bancos centrais e de transmitir-lhes, após a compensação multilateral, o saldo resultante de cada banco central, seja ele credor ou devedor. Isso feito, a liquidação do saldo é efetuada entre os próprios bancos centrais.

7 Por “moeda de reserva” ou *reserve currency*, entendem-se as moedas consideradas “convertíveis” em razão de seu uso generalizado no comércio internacional, de tal modo que compõem o conceito de reservas internacionais divulgado pelo Fundo Monetário Internacional. São moedas de reserva o dólar, a libra esterlina, o iene e o euro (INTERNATIONAL MONETARY FUND, 1993, p. 97-100).

4 O Sistema de Pagamentos em Moeda Local

4.1 Visão geral

O *caput* do art. 2º da Resolução CMN nº 3.608, de 11 de setembro de 2008, apresenta definição do SML, que, por sua precisão, merece ser citada na íntegra:

Art. 2º O SML é um sistema informatizado por meio do qual podem ser feitas transferências de fundos relativas ao recebimento de receitas de exportações brasileiras para a Argentina e ao pagamento de importações brasileiras da Argentina, em reais e em pesos argentinos, respectivamente, bem como registradas as correspondentes ordens de pagamento e realizadas as compensações devidas.

Analisando o texto do convênio celebrado entre o BCB e o BCRA para operação do SML (convênio do SML), em conjunto com a Resolução CMN nº 3.608, de 2008, a Circular BCB nº 3.406, de 26 de setembro de 2008, e informações presentes na página do BCB na internet,⁸ é possível extrair a seguinte descrição sucinta do funcionamento do SML, **pelo lado brasileiro**:

- a) Para utilizar o sistema, o importador brasileiro deve contratar uma instituição financeira autorizada a operá-lo, apresentando os documentos requeridos⁹ e transferindo-lhe em reais o valor equivalente em pesos argentinos que deseja transmitir ao exportador argentino. Esse valor é obtido pela aplicação de uma taxa de câmbio real/peso, livremente fixada pelas partes.
- b) A instituição financeira, por sua vez, submete o pagamento ao BCB, comprometendo-se a transferir à autarquia o valor em reais

⁸ Informações disponíveis em: <<http://www.bcb.gov.br/?SML>>. Acesso em: 10 out. 2008.

⁹ Regulamento anexo à Circular BCB nº 3.406, de 2008:

“Art. 8º São de exclusiva responsabilidade do importador e da instituição autorizada nacional a verificação da existência e da legalidade da operação de importação, o exame do correspondente suporte documental e a averiguação dos demais aspectos a ela relacionados, inclusive no que diz respeito à correção dos dados necessários à perfeita identificação e localização tanto do receptor da ordem quanto da instituição autorizada argentina.

Art. 9º [...]

§ 2º São de responsabilidade do exportador e da instituição autorizada nacional a verificação da existência e da legalidade da operação de exportação, o exame do correspondente suporte documental e a averiguação dos demais aspectos a ela relacionados, inclusive no que diz respeito à identificação do pagador no exterior.

§ 3º Deve ser prontamente devolvida a ordem de pagamento a cujo respeito se verifique irregularidade nos termos do § 2º.”

correspondente à quantia em pesos indicada para pagamento ao exportador argentino. Esse valor em reais, por sua vez, é obtido por meio da aplicação da chamada Taxa SML, taxa de câmbio real/peso calculada a partir do cruzamento da Taxa PTAX,¹⁰ divulgada pelo BCB, com a Taxa de Referência,¹¹ provida pelo BCRA.

- c) Só então, com base nos dados dos pagamentos de operações de importação registradas, os bancos centrais apresentam um ao outro as quantias por ser transferidas, no dia seguinte, por intermédio do SML.
- d) Faz-se, nesse momento, a compensação dessas quantias, cujo resultado apontará um dos bancos centrais como devedor líquido daquele dia.
- e) Esse banco central deverá, portanto, emitir ordem de pagamento a um banco norte-americano, agora em dólares, em favor de sua contraparte.
- f) Isso feito, o banco central argentino procederá à entrega, às instituições financeiras indicadas pelos exportadores daquele país, dos valores em pesos argentinos que serão, subseqüentemente, transferidos a esses exportadores.¹²

Reproduzindo-se as etapas “a” e “b” para importadores argentinos, com as adaptações requeridas por força de normas aplicáveis nesse país, chega-se à etapa “f” com o resultado de que o BCB realizará o crédito na conta da instituição financeira do exportador brasileiro, para que ela posteriormente o transfira à conta deste último.

Da leitura dessa descrição de funcionamento do SML, pode-se somar, à definição positivada na Resolução CMN nº 3.608, de 2008, a percepção de que esse sistema de pagamentos envolveu, essencialmente, a criação de uma câmara internacional de compensação e de liquidação, que, administrada pelos bancos centrais brasileiro e argentino, presta serviço de transferência de fundos relativos a operações de comércio exterior (importação e exportação de bens e serviços¹³) a seus nacionais.

10 A Taxa PTAX é a taxa de câmbio entre o real e o dólar dos Estados Unidos da América, divulgada pelo Banco Central do Brasil.

11 A Taxa de Referência é a taxa de câmbio entre o peso argentino e o dólar dos Estados Unidos da América, divulgada pelo Banco Central da República da Argentina.

12 Aqui, também, não necessariamente os valores serão entregues aos exportadores, pois os cabedais podem estar vinculados a contratos de financiamento à exportação, em gênero.

13 São comentadas adiante as modalidades de negócios jurídicos cujos pagamentos são permitidos pelo SML.

4.2 Pagamentos admissíveis pelo Sistema de Pagamentos em Moeda Local

O convênio do SML estabelece, no primeiro parágrafo de sua cláusula Quarta,¹⁴ que o sistema admite pagamentos relativos a operações de qualquer natureza entre pessoas físicas ou jurídicas, residentes, domiciliadas ou com sede no Brasil ou na Argentina. Na mesma cláusula, foi concedido aos bancos centrais o poder para fixar restrições quanto à natureza das operações cujos pagamentos poderiam transitar pelo SML, quando da edição do regulamento operacional do sistema. De fato, o poder foi por eles exercido, e o citado regulamento operacional prevê que estão autorizados apenas os pagamentos relativos a operações de comércio exterior, notadamente importação e exportação de bens e serviços, bem como os serviços e as despesas a elas associadas, a exemplo das verbas de seguro e transporte.

Por essa razão, percebe-se nos mencionados textos normativos editados pelo CMN e pelo BCB que suas referências à natureza dos negócios jurídicos cujos pagamentos podem ser remetidos pelo SML são exclusivas às operações de importação e de exportação entre Brasil e Argentina, como se nota no supracitado *caput* do art. 2º e em seu parágrafo único.¹⁵

4.3 Pagamentos e recebimentos na moeda local

Outras importantes questões acerca dos pagamentos cuja remessa é autorizada pelo SML dizem respeito às moedas utilizadas pelos usuários e participantes do sistema e à conversão de uma moeda em outra, ocorrida entre a etapa de registro do pagamento e a de entrega dos recursos ao destinatário.

14 “Cláusula Quarta – Pagamentos admissíveis e seu trâmite pelo SML

Serão admitidos no SML pagamentos relativos a operações de qualquer natureza entre pessoas físicas ou jurídicas, residentes, domiciliadas ou com sede na Argentina ou no Brasil, podendo o Regulamento restringir o uso do SML a operações de determinada natureza.” (BCB; BCRA, 2008).

15 Resolução nº 3.608, de 2008:

“Art. 2º [...]”

Parágrafo único. Incluem-se nos recebimentos e nos pagamentos de que trata o *caput* deste artigo os serviços e as despesas relacionados às exportações, previstos na condição de venda pactuada.”

O convênio do SML estipula que os pagamentos que transitarem no sistema deverão ser realizados na moeda local de cada país.¹⁶ Na Resolução CMN nº 3.608, de 2008, essa regra é reproduzida em seu art. 3º, especialmente em seu *caput* e no § 2º.¹⁷ Paralelamente, a Resolução da Câmara de Comércio Exterior (Camex) nº 12, de 25 de abril de 2007,¹⁸ ao autorizar o recebimento de exportações em reais, também favorece que o mecanismo proposto para o SML se verifique na prática, pois possibilita que sejam emitidos em reais os documentos de exportação para a Argentina.

Não obstante, identificam-se na Resolução CMN nº 3.608, de 2008, e na Circular BCB nº 3.406, de 2008, algumas disposições que aparentam contradição com as regras citadas. Trata-se das normas que estabelecem que as ordens de pagamento de importações feitas por brasileiros serão registrados em pesos,¹⁹ que os importadores negociarão com as instituições financeiras a taxa de câmbio real/peso para o registro dos pagamentos no SML²⁰ e que a liquidação das

16 “Cláusula Sexta – Moeda e observância de disposições cambiais

Os pagamentos das operações de que trata este Convênio deverão ser efetuados na moeda local de cada um dos países e estar ajustados aos textos normativos neles vigentes sobre câmbio e sobre movimentos de fundos do e para o exterior.” (BCB; BCRA, 2008).

17 “Art. 3º As movimentações financeiras entre o Banco Central do Brasil e as instituições autorizadas nacionais, e entre estas e os exportadores e importadores nacionais, no âmbito do SML, serão conduzidas exclusivamente em reais, aplicando-se às movimentações financeiras entre o Banco Central do Brasil e o Banco Central da República Argentina o disposto no Convênio e no Regulamento do SML.
[...]

§ 2º As movimentações financeiras entre o Banco Central do Brasil e as instituições autorizadas nacionais processar-se-ão exclusivamente por meio do Sistema de Transferência de Reservas (STR), com liquidação final em contas de liquidação mantidas no Banco Central do Brasil.” (grifo nosso).

O Sistema de Transferência de Reservas (STR) é um sistema de liquidação administrado pelo Banco Central do Brasil, fundamental para a liquidação final das transferências de recursos realizadas no país, no qual podem operar, dentre outras, as instituições financeiras bancárias, fazendo uso dos recursos existentes em contas Reservas Bancárias, mantidas nessa autarquia exclusivamente em reais. Portanto, o uso do STR como único meio para liquidação das movimentações financeiras relativas ao SML implica, necessariamente, a utilização exclusiva de reais.

18 “Art. 1º As exportações brasileiras de bens e de serviços podem ser realizadas mediante recebimento em Reais.” A Camex é órgão subordinado ao Conselho de Governo que, nos termos do art. 1º de seu decreto de criação (Decreto nº 4.732, de 10 de junho de 2003), tem por objetivo a “formulação, adoção, implementação e a coordenação de políticas e atividades relativas ao comércio exterior de bens e serviços, incluindo o turismo.” Para cumprir semelhante missão, o art. 3º do referido decreto confere à Camex competência para aprovar previamente qualquer instituição ou modificação de regra atinente a “exigência administrativa, registro, controle direto e indireto sobre operações de comércio exterior” no âmbito da administração pública federal.

19 Cf. o art. 12 do regulamento anexo à Circular BCB nº 3.406, de 2008:

“Art. 12. A ordem de pagamento referente a importação brasileira, registrada no SML pela instituição autorizada nacional, deve ser emitida em pesos argentinos, implicando autorização para a realização do débito do valor correspondente em reais na sua conta de liquidação, no dia útil seguinte ao do registro da operação.”

20 Cf. o art. 5º, § 1º, da Resolução CMN nº 3.608, de 2008, e o art. 6º, § 3º, do regulamento anexo à Circular BCB nº 3.406, de 2008. Em razão de seu idêntico teor, cito apenas o primeiro dispositivo:

“Art. 5º [...]

§ 1º Para fins de apuração do valor em reais do pagamento da importação, a taxa de câmbio real/peso argentino utilizada será livremente pactuada entre o importador e a instituição autorizada nacional.”

operações registradas pelas instituições financeiras será feita perante o BCB, por meio da conversão dos valores em pesos à Taxa SML.²¹

Extrai-se dos clássicos em interpretação do Direito que o conflito aparente entre normas deve ser enxergado pelo intérprete sob variados ângulos, de modo que se encontre a solução jurídica mais adequada. Nessa tarefa, analisando essa aparência de conflito em contraste com a natureza de câmara de compensação e de liquidação de pagamentos, que assume o SML, suponho não ser adequado entender que as citadas normas da Resolução CMN nº 3.608, de 2008, e da Circular BCB nº 3.406, de 2008, estariam em contradição com as normas do convênio do SML e, assim, questionar sua validade. Diante dessa configuração, soa mais adequado buscar nesses preceitos o sentido que permita inseri-los tanto no contexto formado pelas demais normas pertinentes ao SML (método sistemático de interpretação) quanto no da finalidade que possuem na disciplina desse sistema de pagamentos (método teleológico de interpretação).

Nesse diapasão, no que tange à interpretação segundo o método sistemático, pode-se notar que a necessidade de registrar a ordem de pagamento de uma importação brasileira em pesos não se opõe a que o desembolso feito pelo importador seja realizado exclusivamente em reais. Da mesma forma ocorre com a prévia negociação de uma taxa de câmbio real/peso para determinar o valor em reais a ser pago pelo importador. Ainda assim, quando aquela ordem de pagamento em pesos é registrada perante o BCB, e essa autarquia realiza o débito na conta da instituição financeira, com base na Taxa SML, a mera presença da taxa de câmbio, novamente, não invalida o fato de que a movimentação financeira é realizada na moeda oficial do país. Em nenhum desses momentos, é transferida moeda estrangeira; apenas reais. Sob a perspectiva sistemática, portanto, as citadas normas são capazes de coexistir em harmonia.

21 Cf. o art. 5º, § 2º, da Resolução CMN nº 3.608, de 2008, e o art. 6º, § 4º, do regulamento anexo à Circular BCB nº 3.406, de 2008:

“Art. 5º [...]”

§ 2º A instituição autorizada nacional interveniente na operação entregará ao Banco Central do Brasil os valores em reais equivalentes à quantidade de pesos argentinos apurada segundo a taxa SML, divulgada diariamente pelo Banco Central do Brasil.”

“Art. 6º [...]”

§ 4º O Banco Central do Brasil debitará em conta de liquidação da instituição autorizada nacional, até as 12h, o valor em reais correspondente ao montante, em pesos argentinos, das operações por ela registradas no dia útil anterior à divulgação da taxa SML.”

Relativamente à interpretação teleológica daqueles dispositivos, vale recordar que as prescrições neles postas integram o mecanismo de funcionamento de uma **câmara de compensação e de liquidação bilateral** operada por dois bancos centrais, cada qual emissor de uma moeda. Por sua vez, o funcionamento dessa câmara de compensação e de liquidação está fortemente ligado à necessidade de que os pagamentos registrados perante o banco central de um dos países cheguem, no outro país, na moeda local dos destinatários. E não somente na moeda local, mas também na quantia estipulada entre as partes. Isso se explica pelo fato de o uso do SML, tal como o de qualquer outro sistema de pagamentos, ser dependente da utilidade e da confiabilidade a ele atribuídas por seus potenciais usuários (BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS, 1993, p. 30-32). Ora, se o destinatário da ordem de pagamento enviada pelo SML não tiver segurança de que receberá a quantia acordada com o remetente, buscará alternativas e, possivelmente, rejeitará o SML. O mesmo poderá ocorrer com o remetente, caso seja dele o receio de que o pagamento não chegue ao destino no valor combinado. Para que haja um incentivo a sua utilização, portanto, o SML precisa oferecer um meio de que o valor a ser entregue no destino se reproduza na origem.

Daí por que a necessidade de que seja mantido, na ordem de remessa, o valor de referência do pagamento na moeda do país do destinatário. Eis a razão, também, para que, de partida, a ordem de pagamento seja registrada, no Brasil, em pesos e que as quantias transferidas pelo importador, primeiramente, e pela instituição financeira, em seguida, sejam apuradas mediante o uso de uma taxa de câmbio real/peso. Isso possibilita afirmar que as regras anteriormente comentadas, ao impor o referencial à moeda argentina, coadunam-se com a **finalidade** do SML de tornar viável a entrega do pagamento ao destinatário, na moeda e na quantia acordadas com o remetente. Portanto, igualmente sob essa perspectiva é possível ver o conflito aparente entre as normas desfazer-se.

4.4 Responsabilidade Civil no Sistema de Pagamentos em Moeda Local

Sob esse subtítulo, refiro-me às responsabilidades assumidas pelos bancos centrais, pelas instituições autorizadas e pelos usuários do SML, por danos causados em decorrência da operação ou do uso do sistema, de acordo com as normas presentes no convênio do SML, na Resolução CMN nº 3.608, de 2008, e na Circular BCB nº 3.406, de 2008.

Esses textos normativos, essencialmente, estabelecem o compartilhamento de responsabilidades entre os bancos centrais, as instituições financeiras autorizadas em cada país a operar o SML e seus clientes. Esse compartilhamento decorre de obrigações fundamentais expressas nas cláusulas Nona, Décima e Décima Primeira do convênio do SML e, posteriormente, reproduzidas na Resolução CMN nº 3.608, de 2008 (art. 4º, parágrafo único, art. 6º e art. 12), e na Circular BCB nº 3.406, de 2008 (art. 8º e art. 9º, § 2º). Vale citar os dispositivos do convênio, dada sua representatividade para o que será exposto a seguir:

Cláusula Nona – Responsabilidade das Instituições Autorizadas

As instituições autorizadas assumirão total responsabilidade pelo registro de operações e de pagamentos no SML, bem como pelo atendimento às disposições deste Convênio e do Regulamento e às normas internas de cada país.

Cláusula Décima – Controvérsias entre Importadores, Exportadores e Instituições Autorizadas

As controvérsias entre importadores e exportadores, entre estes e as correspondentes Instituições Autorizadas, ou entre Instituições Autorizadas a respeito do registro ou execução de pagamentos realizados por meio do SML, serão resolvidas diretamente entre eles, não assumindo os Bancos Centrais qualquer responsabilidade pelas divergências ou danos que originarem tais controvérsias.

Cláusula Décima Primeira – Obrigação de pagamento

Cada Banco Central compromete-se a promover o trâmite de todos os pagamentos realizados pelo SML, desde que atendam aos preceitos deste Convênio e do Regulamento e sejam prévia e integralmente liquidados pelas Instituições Autorizadas remetentes ou pelo outro Banco Central, conforme o caso. (BCB; BCBRA, 2008).

Primeiramente, têm-se os deveres das instituições financeiras autorizadas pelos bancos centrais para operar o SML em seus países. Como conhecedoras das normas atinentes ao registro e ao trâmite dos pagamentos, cabe-lhes não somente a orientação de seus clientes, mas também a verificação do cumprimento das regras aplicáveis às remessas e aos recebimentos via SML, de modo que não falte nenhum requisito necessário ao trâmite regular dos pagamentos. Nesse sentido, de maneira bastante simplificadora, eventuais danos provocados ao cliente em decorrência da orientação deficiente ou da falha na conferência dos requisitos por parte da instituição autorizada fazem incidir, em tese, o dever de indenizar previsto no art. 927 do Código Civil brasileiro.²²

Desnecessário dizer que ao cliente cabe o dever de fornecer à instituição autorizada as informações corretas sobre o pagamento remetido e sobre a instituição financeira do destinatário. Naturalmente, os danos causados exclusivamente em razão da incorreção dessas informações podem não somente afastar a responsabilidade da instituição autorizada, mas também originar, para o cliente/remetente, o dever de indenizar o destinatário do pagamento, em razão da ocorrência de mora no cumprimento da obrigação, ou de indenizar a própria instituição autorizada, que pode experimentar prejuízos no ato da devolução do pagamento.

Como se pode perceber, essas hipóteses tratam, resumida e estritamente no que toca à operação do SML, de algumas decorrências das citadas cláusulas Nona e Décima do convênio do SML. Falta ainda destacar que, nos termos desses dispositivos, as controvérsias explicitadas nos dois parágrafos anteriores devem ser resolvidas exclusivamente entre usuários e instituições autorizadas envolvidos, não ficando os bancos centrais responsáveis por esses fatos. É dizer, nos termos do convênio do SML, os bancos centrais não assumem qualquer responsabilidade pela solução dessas controvérsias.

Passando, pois, à responsabilidade dos bancos centrais, pode-se afirmar que ela se conecta à obrigação fixada na cláusula Décima Primeira do convênio, por meio da qual BCB e BCRA obrigam-se, **isoladamente**, a dar curso às remessas que respeitem as seguintes condições: *i*) estejam de acordo com os requisitos por eles estabelecidos; e *ii*) sejam prévia e integralmente liquidadas pelas instituições

22 “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

autorizadas ou pelo outro banco central, conforme o caso. Vê-se que a redação da citada cláusula torna as duas condições cumulativas, o que possibilita que os bancos centrais rejeitem os registros de pagamentos que, alternativamente, descumpram qualquer requisito exigido ou não sejam previamente pagos por quem de direito.

Enquanto o descumprimento de requisitos exigidos para a execução das remessas não cria maiores dúvidas, a necessidade de pagamento prévio merece breve comentário. Ao estabelecer que os bancos centrais se obrigam a promover as transferências que sejam prévia e integralmente liquidadas pelas instituições autorizadas ou pelo outro banco central, o convênio está a tratar de duas situações distintas. Para simplificar a análise, tratemos primeiramente do caso brasileiro. Na primeira situação (pagamento pelas instituições autorizadas), fala-se da etapa de aceitação, pelo BCB, de uma remessa de pagamento a um exportador argentino. Caso a instituição autorizada responsável pelo pagamento não disponha dos recursos no horário estabelecido para a liquidação (12h do dia seguinte ao do registro²³), a ordem é rejeitada pelo BCB e, naturalmente, não é encaminhada ao BCRA.

No segundo caso (pagamento pelo BCRA), trata-se da condição para que o BCB credite os recursos remetidos pelo importador argentino na conta da instituição autorizada indicada pelo exportador brasileiro. Nessa situação, é preciso verificar se o resultado da compensação apontou o BCRA como devedor líquido do dia anterior. Em caso positivo, o BCB somente fará a mencionada entrega se o BCRA efetuar o pagamento do valor devido.²⁴ *A contrario sensu*, sendo o BCB o devedor líquido, não há pagamento a ser feito pelo BCRA. Por conseqüência, a entrega dos recursos à instituição autorizada do exportador brasileiro não fica subordinada àquela condição.

23 Regulamento anexo à Circular 3.406, de 2008:

“Art. 6º [...]

§ 4º O Banco Central do Brasil debitará em conta de liquidação da instituição autorizada nacional, até as 12h, o valor em reais correspondente ao montante, em pesos argentinos, das operações por ela registradas no dia útil anterior à divulgação da taxa SML.”

24 O pagamento de valores devidos pelos bancos centrais deve ser feito, todo dia útil, por intermédio de transferência de fundos em dólares, liquidada em instituição financeira no exterior. Alternativamente, o convênio do SML prevê que o pagamento pode ser feito com parte de uma linha de crédito mutuamente concedida pelos bancos centrais, denominada margem de contingência. No lado brasileiro, a linha de crédito foi estabelecida pelo art. 9º da Lei nº 11.803, de 5 de novembro de 2008.

As repercussões de semelhante sistemática de responsabilidade civil posta nos textos normativos do SML são inúmeras e não cabem em um artigo que se propõe a apresentar as principais características desse sistema de pagamentos. Merecem, seguramente, aprofundamento. Vale cogitar, por exemplo, para futuro desenvolvimento do tema, da possibilidade de um importador brasileiro responsabilizar o BCB na hipótese de dano provocado pela falta de entrega (ou pela entrega intempestiva) ao exportador argentino de pagamento em perfeita regularidade, por força de ato ou fato imputável ao BCRA. Poderia ser considerado suficiente, para afastar a responsabilidade do banco central brasileiro, o disposto na cláusula Décima Primeira do convênio do SML, que secciona as obrigações de cada banco central, ou poderia a regra constitucional do art. 37, § 6º,²⁵ sobre a responsabilidade objetiva do Estado brasileiro na prestação de serviços públicos, dar outro fim à situação?

4.5 Confidencialidade das transações no Sistema de Pagamentos em Moeda Local

Assim como qualquer outra operação realizada no sistema financeiro brasileiro, as remessas de pagamentos por meio do SML são cobertas pelo sigilo de que trata a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Assim, desde o registro da operação perante a instituição autorizada a operar no SML, importador e exportador têm garantia de que será preservado, nos termos da lei, o segredo sobre seus dados, sobre as informações relativas à transação econômica que realizam e sobre o pagamento remetido.

Não obstante a incidência da citada lei, os bancos centrais do Brasil e da Argentina estabeleceram, no convênio do SML, que o sigilo aplicável às transferências efetuadas pelo sistema deve ser observado, conforme o disposto no ordenamento jurídico de cada país.²⁶ Como se disse, no Brasil aplica-se a Lei

25 “§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” Sobre o tema, cf. Cahali (2007, p. 30-66 e 349).

26 “Cláusula Décima Nona – Confidencialidade

A informação trocada entre as partes em virtude da operação do SML terá caráter sigiloso nos casos em que assim disponha a legislação de cada país.

Nas hipóteses em que, de acordo com o contido no parágrafo anterior, a informação não seja sigilosa para uma das partes, a informação poderá ser divulgada somente com o consentimento prévio, por escrito, do Banco Central que forneceu a informação.

Complementar nº 105, de 2001, que trata, em seu art. 2º, do dever de o BCB manter segredo “em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições.” Contudo, a lei brasileira não se aplica em território argentino, nem o ordenamento argentino obriga as pessoas situadas no território brasileiro. Daí por que se deve sublinhar a prudência de ambos os bancos centrais ao estipular, nos parágrafos Segundo, Terceiro e Quarto da cláusula Décima Nona do convênio do SML, obrigações específicas no tocante à preservação do sigilo das informações que entre eles transitam por ocasião da administração desse sistema.

Por força desses dispositivos, os bancos centrais devem informar um ao outro as situações em que forem obrigados, na forma da lei local, a fornecer os dados de transações realizadas no SML que estejam sob seu poder. Ademais, devem adotar as providências necessárias a que seus servidores e quaisquer colaboradores, ainda que eventuais, respeitem o dever de sigilo sobre as informações presentes nos registros do sistema.

4.6 Solução de controvérsias

O derradeiro aspecto jurídico do SML a ser comentado nesse trabalho diz respeito ao sistema de solução de controvérsias adotado para eventuais dúvidas ou disputas entre BCB e BCRA decorrentes de interpretação, aplicação ou descumprimento dos termos do convênio do SML ou de seu regulamento operacional.

Segundo a cláusula Vigésima Primeira do convênio do SML, essas controvérsias devem ser resolvidas conforme o estabelecido no Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul (Protocolo de Olivos), ou de acordo com mecanismo que venha a substituí-lo. Esse Protocolo estabelece procedimentos para a solução das controvérsias **entre os Estados Partes do Mercosul** sobre a

Quando uma das partes receber algum pedido a cujo cumprimento se encontre legalmente vinculada relativamente ao fornecimento de informação recebida do outro Banco Central, deverá notificar a este último concomitantemente ou imediatamente após haver fornecido a informação ao requerente.

Os Bancos Centrais tomarão todas as medidas adequadas a assegurar que o dever de segredo seja respeitado por todos os seus servidores, empregados, agentes ou outras pessoas que lhes prestem serviços, a título permanente ou ocasional, e a que o acesso às informações recebidas seja restringido às pessoas sujeitas ao dever de segredo.” (BCB; BCRA, 2008).

interpretação, a aplicação ou o não cumprimento de normas desse mercado comum.²⁷ Isso significa que, embora mencionados no texto do convênio do SML, as instituições financeiras autorizadas e os usuários do sistema (importadores e exportadores) não podem valer-se do Protocolo de Olivos para a solução das lides que tiverem entre si ou com os bancos centrais, pois não são partes do mercado comum austral.

De acordo com o procedimento fixado no Protocolo de Olivos, as partes devem submeter-se a etapa inicial de negociações diretas durante quinze dias, rito que se encontra expressamente previsto na cláusula Vigésima Primeira do convênio. Após essa etapa, não tendo alcançado a solução, podem as partes iniciar imediatamente o procedimento arbitral *ad hoc*, estabelecido nos art. de 9º a 16 do protocolo, ou buscar auxílio do Grupo Mercado Comum, órgão do Mercosul que deverá formular recomendações às partes, no prazo máximo de trinta dias, com vistas à solução da divergência.

Nota-se, ainda, no texto da cláusula Vigésima Primeira do citado convênio, que existe previsão de um **procedimento alternativo** de solução de controvérsias entre os bancos centrais, para o caso de o tribunal *ad hoc*, estabelecido segundo as regras do Protocolo de Olivos, julgar-se incompetente para proferir decisão sobre a demanda. Ante semelhante dispositivo, que determina a instituição de um tribunal arbitral *ad hoc* com base nas regras de arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (Uncitral – sigla em inglês de *United Nations Commission on International Trade Law*),²⁸ o leitor pode indagar-se sobre qual teria sido a razão para a previsão de um procedimento suplementar, tendo em vista a presença de um mecanismo institucional próprio no âmbito do Mercosul. Seria realmente necessário o prévio acordo entre as partes acerca de um procedimento alternativo de solução de conflitos para o SML?

Mais do que a prudência de se dispor, já na assinatura do instrumento, sobre alternativa para a administração de controvérsias no SML, o motivo para a presença

27 Cf. o art. 1, parágrafo 1, do Protocolo de Olivos: “1. As controvérsias que surjam entre os Estados Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul serão submetidas aos procedimentos estabelecidos no presente Protocolo.” (MERCOSUL, 2002).

28 A Uncitral é a comissão criada em 1966 pela Organização das Nações Unidas, “[...] com o objetivo de reduzir as disparidades entre os diferentes direitos nacionais que regulam o comércio internacional e que criam ou podem criar obstáculos ao fluxo do comércio internacional [...]” (AMARAL, 2004, p. 86-87).

dessa válvula de escape no convênio liga-se, segundo documentos constantes de processo administrativo arquivado no BCB,²⁹ a dúvidas manifestadas pelos bancos centrais acerca da possibilidade de a Decisão CMC nº 25, de 2007, não ser considerada norma do Mercosul, nos termos do citado art. 1º do Protocolo de Olivos, o que inviabilizaria a apreciação de eventual conflito no SML por tribunal *ad hoc* estabelecido com base nesse protocolo. Não sendo objetivo deste artigo a discussão dos argumentos jurídicos envolvidos nas mencionadas dúvidas dos bancos centrais, tomo a liberdade de apenas remeter o leitor à consulta e à reflexão sobre o art. 40 do Protocolo de Ouro Preto e às decisões CMC nº 23, de 29 de junho de 2000, e nº 22, de 7 de julho de 2004, que cuidam da vigência das normas emanadas dos órgãos com capacidade decisória do Mercosul.

5 Conclusão

Esse artigo buscou apresentar os principais aspectos jurídicos do SML, que entrou em operação em outubro de 2008 para importadores e exportadores do Brasil e da Argentina. Além da descrição de seu funcionamento, que, por vezes, não se pode extrair com facilidade das normas que disciplinam o sistema, o texto buscou lançar luzes sobre alguns temas relativos a sistemas de pagamentos, dando especial enfoque aos traços peculiares do SML, no que tange à possibilidade de seus usuários efetuarem pagamentos e receberem recursos na moeda oficial do país onde se encontram domiciliados.

Há, sem dúvida, outros temas de relevância jurídica no SML, a merecer exploração em ulteriores pesquisas. Como exemplo, foram mencionadas as repercussões do sistema de responsabilidades existente nos textos normativos que tratam do SML e as questões relativas aos mecanismos de solução de controvérsias adotados entre as partes. Além desses, é possível encontrar campo para investigação na discussão acerca dos riscos assumidos pelo BCB nesse sistema, em comparação com aqueles decorrentes da participação no Convênio de Pagamentos e de Créditos Recíprocos (CCR), bem como, ainda com maior interesse prático, a investigação acerca da efetividade do SML na redução dos

29 Processo nº 0601348852, que contém os principais documentos acerca das tratativas para a instituição do SML entre BCB e BCRA.

custos de transação para remessas e recebimentos de pagamentos entre pessoas domiciliadas no Brasil e na Argentina.

Em síntese, percebeu-se que o SML, por suas características, pode constituir importante alternativa aos meios usuais de efetuar remessas ao exterior, não somente pela relativa simplicidade dos requisitos para operá-lo, o que constitui uma vantagem para os agentes privados, como também pela redução na movimentação de moeda de reserva entre os países participantes, o que representa aspecto positivo para o poder público.

O estudo das características desse e de sistemas semelhantes, em tempos de crise no sistema financeiro internacional, faz-se ainda mais relevante. Se é verdade que, para o enfrentamento de situações de crise, os países devem manter atenção ao comportamento de suas reservas internacionais e de seus mercados de câmbio, a extensão do SML a outros países pode significar importante alternativa às formas tradicionais de realização de pagamentos no mercado internacional.

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Nelson Alves de. Aspectos jurídicos fundamentais do sistema de pagamentos brasileiro. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, n. 11, p. 51-68, jan./mar., 2001.

ASSOCIAÇÃO LATINO-AMERICANA DE INTEGRAÇÃO – ALADI [ca. 1980]. **Tratado de Montevideú**. Cria a Associação Latino-Americana de Integração. Disponível em: <<http://www.aladi.org/nsfaladi/juridica.nsf/vtratadowebp/tm80>>. Acesso em: 20 nov. 2008.

_____. **Acordo de Alcance Parcial de Complementação Econômica nº 18** [1991?]. Dispõe sobre o estabelecimento de um mercado comum entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, a constituir-se de acordo com o Tratado de Assunção. Disponível em: <<http://www.aladi.org/nsfaladi/textacos.nsf/vacewebp?OpenView&Start=1&Count=100&Expand=8#8>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

_____. **59º Protocolo Adicional ao Acordo de Alcance Parcial de Complementação Econômica nº 18** [2007]. Incorpora ao Acordo a Decisão nº 25/07 do Conselho do Mercado Comum do Mercosul relativa a “Transações Comerciais em Moedas Locais”. Disponível em: <<http://www.aladi.org/nsfaladi/textacos.nsf/f7a2d493807d9e8c032574e100640526/008a4d1048debbdc0325742d004fabb9?OpenDocument>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (coord.). **Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais**. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

BANCO CENTRAL DO BRASIL – BCB; BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA – BCRA. **Convênio do Sistema de Pagamentos em Moeda Local entre a República Argentina e a República Federativa do Brasil**. 8 de setembro de 2008. Brasília (DF). Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?SMLINTRO>>. Acesso em: 20 out. 2008.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS. **Central bank payment and settlement services with respect to cross-border and multi-currency transactions: report prepared by the Committee on Payment and Settlement Systems of the central banks of the Group of Ten countries**. Basle: Bank for International Settlements, 1993.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Circular nº 3.406, de 26 de setembro de 2008. Dispõe sobre o Sistema de Pagamentos em Moeda Local entre o Banco Central do Brasil e o Banco Central da República Argentina. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 de setembro de 2008. Seção 1, p. 77. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

_____. Banco Central do Brasil. **Sistema de pagamentos em moeda local – SML: funcionamento**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?SMLFUNCIONA>>. Acesso em: 15 nov. 2008.

_____. Câmara de Comércio Exterior. **Resolução nº 12**, de 25 de abril de 2007. Autoriza a realização de exportações brasileiras de bens e de serviços mediante recebimento em Reais. Disponível em: <http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivo/legislacao/rescamex/2007/rescamex_012-07.pdf>. Consulta em: 10 dez. 2008.

_____. Conselho Monetário Nacional. **Resolução nº 3.389**, de 4 de agosto de 2006. Disponível em: <www.bcb.gov.br/?BUSCANORMA>. Acesso em: 1º dez. 2008.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. 292 p.

_____. Congresso Nacional. Decreto Legislativo nº 66, de 16 de novembro de 1981. Aprova o texto do Tratado de Montevideu 1980, firmado pelos plenipotenciários dos governos da República Federativa do Brasil, da República Argentina, da República da Bolívia, da República da Colômbia, da República do Chile, da República do Equador, dos Estados Unidos Mexicanos, da República do Paraguai, da República do Peru, da República Oriental do Uruguai, e da República da Venezuela, a 12 de agosto de 1980. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 de novembro de 1981, p. 21629. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=128344>>. Acesso em: 22 nov. 2008.

_____. Congresso Nacional. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. **Diário Oficial Eletrônico**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2001. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2008.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 10.460, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 out. 2008.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 11.371, de 28 de junho de 2006. Dispõe sobre operações de câmbio, sobre registro de capitais estrangeiros, sobre o pagamento em lojas francas localizadas em zona primária de porto ou aeroporto, sobre a tributação do arrendamento mercantil de aeronaves, sobre a novação dos contratos celebrados nos termos do § 1º do art. 26 da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, altera o Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933, a Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, o Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, e revoga dispositivo da Medida Provisória nº 303, de 29 de junho de 2006. **Diário**

Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 de novembro de 2006. Seção 1, p. 4. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 10 dez. 2008.

_____. Congresso Nacional. Lei nº 11.803, de 5 de novembro de 2008.

Altera a Lei no 10.179, de 6 de fevereiro de 2001, dispõe sobre a utilização do superávit financeiro em 31 de dezembro de 2007, e dá outras providências.

Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 de novembro de 2008. Seção 1, p. 1. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2008.

_____. Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 3.389, de 4 de agosto de 2006b. Dispõe sobre o recebimento do valor das exportações brasileiras, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 de agosto de 2006. Seção 1, p. 40. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 10 dez. 2008.

_____. Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 3.548, de 12 de março de 2008. Altera a Resolução nº 3.389, de 4 de agosto de 2006, que dispõe sobre o recebimento do valor das exportações brasileiras e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 de março de 2008. Seção 1, p. 55. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 10 dez. 2008.

_____. Conselho Monetário Nacional. Resolução nº 3.608, de 11 de setembro de 2008. Dispõe sobre o Sistema de Pagamentos em Moeda Local (SML) no âmbito do convênio bilateral firmado entre o Banco Central do Brasil e o Banco Central da República Argentina. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 de setembro de 2008. Seção 1, p. 20-21. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

_____. Presidência da República. Decreto nº 87.054, de 23 de março de 1982. Promulga o Tratado de Montevideu 1980. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 de março de 1982, p. 5038. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 22 nov. 2008.

_____. Presidência da República. Decreto nº 4.732, de 10 de junho de 2003. Dispõe sobre a Câmara de Comércio Exterior – Camex, do Conselho de Governo. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de junho de 2003. Seção 1, p. 1. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

_____. Presidência da República. Decreto nº 6.374, de 18 de fevereiro de 2008. Dispõe sobre a execução do Quinquagésimo Nono Protocolo Adicional ao Acordo de Complementação Econômica no 18, entre os Governos da República Argentina, da República Federativa do Brasil, da República do Paraguai e da República Oriental do Uruguai, relativo a Transações Comerciais em Moedas Locais. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2008. Seção 1, p. 1. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

CAHALI, Yusef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FORTUNA, Eduardo. **Mercado financeiro: produtos e serviços**. 15. ed. São Paulo: Qualitymark, 2002.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. **Balance of Payments Manual**. Fifth Edition. Washington: International Monetary Fund, 1993.

MERCOSUL. Conselho do Mercado Comum. **Decisão nº 23, de 29 de junho de 2000**. Incorporação da normativa Mercosul ao ordenamento jurídico dos Estados Partes. Disponível em: <<http://www.mercosur.int>>. Acesso em: 17 nov. 2008.

_____. Conselho do Mercado Comum. **Decisão nº 22, de 7 de julho de 2004**. Vigência e aplicação das normas emanadas dos órgãos com capacidade decisória do Mercosul. Disponível em: <<http://www.mercosur.int>>. Acesso em: 17 nov. 2008.

_____. Conselho do Mercado Comum. **Decisão nº 38/06, de 15 de dezembro de 2006**. Transações comerciais em moedas locais. Disponível em: <<http://www.mercosur.int>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

_____. Conselho do Mercado Comum. **Decisão nº 25/07, de 28 de junho de 2007**. Transações comerciais em moedas locais. Disponível em <<http://www.mercosur.int>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

_____. **Protocolo de Olivos para a solução de controvérsias no Mercosul**. 18 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://www.mercosur.int>>. Acesso em: 12 dez. 2008.

RATTI, Bruno. **Câmbio e Comércio Exterior**. São Paulo: Lex, 2006.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE
LAW – UNCITRAL. **UNCITRAL Arbitration Rules**. 28 de abril de 1976.

Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html>. Acesso em: 20 dez. 2008.

Parecer PGBC-207/2008

Análise da juridicidade da limitação de taxas de juros remuneratórios em contratos bancários, bem como da constitucionalidade e legalidade da capitalização de juros e da comissão de permanência. Considerações acerca do Sistema Central de Risco de Crédito (CRC), do Sistema de Registro de Operações de Crédito com o Setor Público (Cadip), do Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (Cadin), do Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundo (CCF) e do Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro (CCS). Informações encaminhadas ao Superior Tribunal de Justiça, a título de subsídios para julgamento do Recurso Especial nº 1.061.530/RS sob o rito do art. 543-A do Código de Processo Civil, relativo a recursos repetitivos.

Amílcar Ramirez Figueiredo M. de Lemos
Assessor Jurídico

Flávio José Roman
Coordenador-Geral de Processos Judiciais Relevantes

Luiz Ribeiro de Andrade
Subprocurador-Geral do Banco Central

Parecer PGBC-207/2008

Proc. 0801422602

OFÍCIO Nº 004253/2008-CD2S, DO MINISTRO ARI PARGENDLER DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – AFETAÇÃO DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.061.530/RS PARA OS EFEITOS DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – VIABILIDADE DE MANIFESTAÇÃO ESCRITA PELO BANCO CENTRAL – ART. 3º, I, DA RESOLUÇÃO Nº 8 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – CONTRATOS BANCÁRIOS – JUROS REMUNERATÓRIOS E TAXA MÉDIA DE MERCADO – CAPITALIZAÇÃO DE JUROS – CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.170-36, DE 2001 – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA E COMPREENSÃO DA RESOLUÇÃO CMN Nº 1.129, DE 1986 – CADASTROS DE INADIMPLENTES E INCLUSÃO DOS NOMES DOS DEVEDORES – COMPREENSÃO DO CARÁTER PÚBLICO, PECULIAR AOS CADASTROS ADMINISTRADOS PELO BANCO CENTRAL – SISTEMA CENTRAL DE RISCO DE CRÉDITO (CRC) – REGISTRO COMUM DE OPERAÇÕES RURAIS (RECOR) – SISTEMA DE REGISTRO DE OPERAÇÕES DE CRÉDITO COM O SETOR PÚBLICO (CADIP) – CADASTRO DE EMITENTES DE CHEQUES SEM FUNDO (CCF) – CADASTRO INFORMATIVO DE CRÉDITO NÃO-QUITADOS DO SETOR PÚBLICO FEDERAL (CADIN) – CADASTRO DE CLIENTES DO SISTEMA FINANCEIRO (CCS) – CONSIDERAÇÕES – INFORMAÇÕES AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Senhor Subprocurador-Geral,

ASSUNTO

O Ministro Ari Pargendler, do Superior Tribunal de Justiça, relator do Recurso Especial nº 1.061.530-RS, por meio do Ofício nº 004253/2008-CD2S, de 18 de agosto de 2008, encaminhado ao senhor Presidente do Banco Central, dá

conhecimento da afetação do julgamento do referido recurso para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil, que trata do processamento de recursos especiais “quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito”, e informou que a autarquia, se quiser, poderá, em 15 dias, se manifestar sobre as matérias debatidas no referido recurso especial.

2. A ementa do acórdão recorrido, proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi vazada nos seguintes termos:

AÇÃO REVISIONAL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. APLICAÇÃO DO CDC. JUROS REMUNERATÓRIOS. CAPITALIZAÇÃO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. ENCARGOS MORATÓRIOS. COMPENSAÇÃO E / OU REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CLÁUSULA DE EMISSÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO. TARIFA DE ABERTURA DE CRÉDITO. EMISSÃO DE BOLETO BANCÁRIO. CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. PROTESTO DE TÍTULO. MANUTENÇÃO NA POSSE DO BEM. AUTORIZAÇÃO PARA DEPÓSITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. APLICAÇÃO DO CDC. O Código de Defesa do Consumidor implementou uma nova ordem jurídica, viabilizando a revisão contratual e a declaração de nulidade absoluta das cláusulas abusivas, o que pode ser feito inclusive de ofício pelo Poder Judiciário.

2. JUROS REMUNERATÓRIOS. É nula a taxa de juros remuneratórios em percentual superior a 12% ao ano porque acarreta excessiva onerosidade ao devedor em desproporção à vantagem obtida pela instituição credora, por aplicação do art. 51, IV, do CDC.

3. CAPITALIZAÇÃO. A capitalização dos juros é vedada em contratos da espécie, por ausência de permissão legal, ainda que expressamente convencionado.

4. ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. CABIMENTO. Adoção do IGP-M para atualização do valor da moeda. Disposição de ofício.

5. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. É vedada a comissão de permanência por cumulada com juros remuneratórios e correção monetária.

6. ENCARGOS MORATÓRIOS

6.1. Juros moratórios. Contemplados no contrato em 1% ao mês e mantidos, vedada a cumulação com juros remuneratórios e multa.

6.2. Multa Contratual. Contemplada no contrato à taxa de 2% e mantida.

Deve incidir sobre a parcela efetivamente em atraso e não sobre a totalidade do débito.

6.3. Mora do Devedor. Por ter sido elidida a *mora debendi*, não há exigir os encargos moratórios. Esses são exigíveis tão-só quando constituído em mora o devedor. Disposição de ofício.

7. COMPENSAÇÃO E/OU REPETIÇÃO DO INDÉBITO. Após a compensação, e na eventualidade de sobejar saldo em seu favor do devedor, é admitida a repetição simples, afastada a previsão contida no parágrafo único do art. 42 do CDC. Disposição de ofício.

8. CLÁUSULA DE EMISSÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO. A cláusula que prevê emissão de título de crédito configura nulidade pela abusividade que ostenta ou pela excessiva outorga de poderes conferida ao credor ou pelo excesso de garantia. Disposição de ofício.

9. TARIFA DE EMISSÃO DE BOLETO BANCÁRIO. A emissão de qualquer carnê ou boleto para pagamento é obrigação do credor não devendo ensejar ônus algum ao devedor, já que os art. 319 do Código Civil/2002 e art. 939 do Código Civil/1916, não trazem no seu bojo a condição de pagamento em dinheiro para ele receber o que lhe é de direito. Disposição de ofício.

10. TAXA DE ABERTURA DE CRÉDITO. Além de atender interesse exclusivo do mutuante, essa cláusula contratual contraria o disposto no art. 46, parte final, do Código de Defesa do Consumidor, pois não fornece ao mutuário todas as informações sobre sua finalidade e alcance. Disposição de ofício.

11. CADASTRO DE CRÉDITO. INSCRIÇÃO NEGATIVA. Discussão da dívida que revela probabilidade, ainda que mínima, de sucesso do devedor. Inveracidade de dados e constrangimento desnecessário vedados no CDC.

12. PROTESTO DO TÍTULO. Na medida em que o devedor possui argumentos que fragilizam o negócio subjacente, podendo ser excluídos juros e taxas consideradas abusivas, o protesto revela-se ato temerário e que somente virá em prejuízo do devedor, sem qualquer repercussão jurídica de monta para o credor.

13. MANUTENÇÃO DE POSSE. É de ser mantido o devedor na posse do bem alienado fiduciariamente enquanto pendente pleito revisional.

14. AUTORIZAÇÃO DE DEPÓSITOS. É possível a autorização para depósito de valores que o autor entende devidos, enquanto pendente de julgamento ação revisional de cláusulas contratuais.

15. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Redimensionados. Disposição de ofício.
APELO DESPROVIDO, COM DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO.

3. Nas palavras do relator:

o aludido recurso especial foi interposto nos autos de uma ação de revisão de contrato bancário proposta por mutuário contra instituição financeira, e nele os temas ativados são os seguintes: a) juros remuneratórios; b) capitalização de juros; c) mora; d) comissão de permanência; e) inscrição do nome do devedor em cadastro de proteção ao crédito; f) disposições de ofício no âmbito do julgamento da apelação acerca de questões não devolvidas ao tribunal.

4. Identificados os aspectos do acórdão recorrido cuja manifestação desta autarquia a respeito se faz necessária, os autos foram enviados ao Departamento Econômico (Depec), para o fornecimento de subsídios; uma cópia, por meio eletrônico, do ofício e do acórdão recorrido, foi disponibilizada ao Departamento de Monitoramento do Sistema Financeiro e de Gestão da Informação (Desig), com o mesmo objetivo. Prestadas as informações que os órgãos técnicos consideraram relevantes, os autos retornaram a esta Coordenação-Geral para a elaboração deste parecer.

ANÁLISE

Juros remuneratórios: o problema da taxa média de mercado

5. No tocante à livre estipulação de juros remuneratórios entre as partes no contrato bancário, o acórdão do colendo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul estabeleceu verdadeiro **tabelamento** dos juros praticados. Determinou a nulidade de qualquer estipulação contratual de juros superiores a 12% (doze por cento) ao ano. O argumento desenvolvido no acórdão busca amparo no art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990) segundo o qual são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações consideradas abusivas.¹

1 Para a comodidade da leitura, transcreve-se o dispositivo referido do CDC: “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;”.

6. Ainda em sua fundamentação, o acórdão destaca a plena aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na regulação dos juros em contratos bancários. Assim, argumenta que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591-1/DF, teria assentado a possibilidade de redução dos juros com fundamento na lei consumerista, razão pela qual teriam sido “suprimidos os trechos [da ementa do acórdão] que impunham obstáculo para aplicar o CDC às causas relativas a operações financeiras que questionem juros.”

7. O debate travado nos autos, neste ponto, refere-se especificamente, portanto, à possibilidade de o Judiciário, com amparo nas disposições do Código de Defesa do Consumidor, limitar os juros praticados no mercado financeiro.

8. Sobre a questão, convém, preliminarmente, afastar a conclusão estampada no acórdão recorrido de que o Supremo Tribunal Federal já teria determinado a plena aplicabilidade das disposições do Código de Defesa do Consumidor aos juros remuneratórios. Muito ao revés, a questão, bastante polêmica, não alcançou consenso entre os ministros. Essa é a razão pela qual o Tribunal optou, de forma pragmática, pela exclusão das referências à não-aplicação do Código de Defesa do Consumidor no tocante aos juros, contidas na ementa do primeiro julgamento da ação direta. Esse trecho do debate entre os Ministros Carlos Britto e Sepúlveda Pertence revela a complexidade das questões envolvidas no julgamento, que partiram do pressuposto de que o Código de Defesa do Consumidor não cuida, especificamente, de juros:

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Se amanhã – como eu já dissera, aliás, na discussão que o Ministro Joaquim Barbosa teve a gentileza de transcrever –, se amanhã, vier uma lei ordinária e regular a taxa de juros, será fascinante a discussão sobre se ela viola ou não, o que, apesar da ablação dos seus parágrafos, continua contido no *caput* do art. 192, porque integrante do sistema financeiro. Mas isso não é objeto desta ação direta.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Como a Selic também não o foi.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – O objeto desta ação direta é uma lei ordinária, o Código de Defesa do Consumidor, que, rigorosamente, não trata de juros – e isso é o bastante.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Mas não precisa, ministro

Sepúlveda Pertence, tratar de juros. Trata de atividades financeiras, bancárias e de crédito, que têm nas taxas de juros e em outras parcelas remuneratórias do capital mutuado o seu próprio elemento definidor.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Então, o voto de Vossa Excelência deveria ser diverso daquele que compôs a ampla maioria, com uma única exceção do Ministro Nelson Jobim e do Ministro Carlos Velloso, este, porque ficou pendurado na broxa. Seu voto era todo fundado numa disposição explícita do § 3º do art. 192, que desapareceu. Mas era preciso, primeiro, interpretando o Código de Defesa do Consumidor, entender que nele se contém regra de controle de taxa de juros o que, a ser verdade, no contexto do CDC, as resumiria às relações de consumo.

[...]

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – O voto de Vossa Excelência, Ministro Britto, diverge do que está subjacente aos votos que compuseram a ampla maioria. Vossa Excelência está a entender que o Código de Defesa do Consumidor se aplica, sim, à fixação da taxa de juros. E nos partimos da premissa oposta.

[...]

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – É que, evidentemente, há divergência quanto ao que, para mim, são *obter dicta*. Os Ministros Carlos Britto e Celso de Mello, por exemplo, enfaticamente sustentam que lei ordinária pode dispor a propósito de taxas de juros. O voto do eminente Ministro Eros Grau entende que isso é problema macroeconômico, componente do Sistema Financeiro Nacional e, por isso, não poderia ser versado em lei ordinária. Ninguém disse, pelo que suponho, que o Código de Defesa do Consumidor cuidou disso. Pode ter cláusulas gerais a respeito da abusividade de cláusulas contratuais que o Código Civil hoje tem, e com maior amplitude. Agora, se o Tribunal estivesse de acordo, a solução seria, com todas as licenças do Ministro Eros Grau, realmente reduzir a ementa àquilo em que estamos todos de acordo.²

9. É preciso, portanto, deixar claro dois pontos: (i) a regulação das taxas de juros não é diretamente regulada pelo Código de Defesa do Consumidor; e (ii) não corresponde à realidade a afirmação de que o Supremo Tribunal Federal já teria consolidado o entendimento de que sobre os juros incidem as disposições do

² EDcl na ADI 2.591-1/DF, Plenário, rel. Min. Eros Grau, j. em 14 de dezembro de 2006, DJ de 13 de abril de 2007. Cf., a propósito, os comentários de WALD, Arnoldo. “A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao custo do dinheiro”. *Revista de Direito Bancário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set., 2007, ano 10, n. 37, pp. 229-36.

Código de Defesa do Consumidor. Feito esse esclarecimento, cabe assentar que, na compreensão do Banco Central, externada em pronunciamento levado ao Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.316-1/DF, a questão dos juros nos contratos bancários não está sob a completa reserva de lei complementar. Na oportunidade, desenvolveu-se o seguinte argumento:

28. Como se deixou anotado, a ação direta se sustenta apenas em alegações de vício formal na edição da medida provisória impugnada – até porque nenhum dispositivo constitucional veda a capitalização de juros. Assim também o argumento de que a matéria depende da edição de lei complementar por força do artigo 192 da Constituição da República.

29. O argumento, data venia, não procede. Em várias oportunidades o egrégio Supremo Tribunal Federal já declarou que o referido dispositivo constitucional não exige que todas as questões pertinentes ao Sistema Financeiro Nacional venham na forma de lei complementar. Nesse sentido, o Tribunal já teve oportunidade de declarar que o regime jurídico dos servidores do Banco Central não exige regulação por lei complementar, razão pela qual se lhes aplica a Lei nº 8.112, de 1990.³ Em pronunciamento mais recente, o Supremo Tribunal Federal declarou que a reserva de lei complementar para a regulação do Sistema Financeiro não inviabilizava a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos (Cf. EDcl na ADI 2.591-1/DF, Plenário, rel. Min. Eros Grau, j. em 14 de dezembro de 2006, DJ de 13 de abril de 2007. Cabe anotar que, neste precedente, o debate sobre a possibilidade de regulação dos juros por lei ordinária não alcançou consenso entre os ministros, razão pela qual a ementa não cuidou da questão. Cf., a propósito, os comentários de WALD, Arnoldo. “A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao custo do dinheiro”. Revista de Direito Bancário. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, jul.–set., 2007, ano 10, n. 37, pp. 229-36). Esse entendimento, consagrado jurisprudencialmente, não difere da lição da mais autorizada doutrina. (Cf., por todos, o comentário de José Afonso da Silva: “O dispositivo [CF, artigo 192] trata das relações institucionais do Sistema Financeiro – ou seja: aqui, o que se busca regular são as relações do Poder Público com as instituições financeiras públicas ou privadas, não as relações entre as instituições financeiras e os usuários de seus serviços. Embora o controle do Poder Público sobre as instituições financeiras possa também amparar

3 Cf. ADI 449-2/DF, Plenário, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 29 de agosto de 1996, DJ de 22 de novembro de 1996, v.u.

interesses dos usuários, isso não interfere diretamente com as relações destes com aqueles, que se regem por outras normas (direito comercial, direito bancário, direito dos consumidores etc.), **de sorte que as leis complementares só são exigidas na disciplina das relações institucionais, não nas relações negociais entre bancos e clientes, bancos e depositários, bancos e usuários dos serviços bancários**”. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 2006, p. 754, 2ª col. (o grifo não consta do original).

30. Diante de tais considerações, fácil chegar à conclusão de que a questão da forma de cômputo dos juros cobrados pelas instituições financeiras ao tomador – que se ajusta à relação entre cliente e banco – não exige lei complementar. Antes de se subsumir ao disposto no artigo 192 da Constituição da República, a matéria é adequada ao contido em seu artigo 22, incisos I e VII, segundo o qual cabe à União legislar sobre direito civil, comercial e política de crédito. Não há de se falar em exigência de lei complementar, mas, sim, em relação regida por normas de direito civil e comercial, no âmbito da política de crédito definida pelo Governo Federal, na busca de uma redução dos juros praticados no mercado financeiro e da imposição de regras de transparência na relação entre cliente e banco.

31. A confirmação desse entendimento também se apóia nas inúmeras exceções editadas por lei ordinária à aplicação da Lei de Usura. Vejam-se, a propósito: o Decreto-Lei nº 167, de 1967 (cédula de crédito rural); o Decreto-Lei nº 413, de 1969 (cédula de crédito industrial); a Lei nº 6.313, de 1975 (crédito à exportação); a Lei nº 6.840, de 1980 (cédula de crédito comercial e produto rural); e, mais recentemente, Lei nº 10.931, de 2004 (cédula de crédito bancário). E a jurisprudência já consagrou em súmula o entendimento segundo o qual, desde que legalmente prevista, é admitida a capitalização de juros (Cf. Súmula 93 do Superior Tribunal de Justiça: “A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros.” A propósito, o número de exceções à Lei de Usura é tão grande que já mereceu o seguinte comentário na doutrina: “Diante das numerosas hipóteses em que a capitalização de juros em base mensal é permitida pode-se questionar sobre a manutenção de normas restritivas à capitalização mensal. Se hoje ela já é possível a tantas modalidades de empréstimos, vê-se que na prática a restrição já não tem efeitos. O próprio ordenamento jurídico já a superou, através da criação de normas ‘especiais’ que acabam por ter caráter geral.” SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito bancário**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 153).

32. O novo Código Civil também aborda a questão do anatocismo (artigo 591), confirmando, pois, que a matéria não depende de lei complementar. E vale destacar que, por se tratar de legislação geral, não é capaz de revogar o dispositivo impugnado ou mesmo qualquer das legislações especiais antes referidas. Isso, inclusive, é revelado por uma interpretação sistemática do Código Civil, cujo artigo 206, § 3º, admite expressamente a capitalização por período inferior a um ano (CC/2002: “Art. 206. Prescreve [...] § 3º Em três anos: [...] III – a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias pagáveis, **em período não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela.** [...] Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos os juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual”, o grifo não é do original). Vale dizer, o Código Civil admite a derrogação da previsão constante do seu artigo 591 por norma especial, conforme entendimento consagrado, inclusive, em precedentes do egrégio Superior Tribunal [de Justiça]. (As duas turmas da 2ª Seção (Direito Privado) do egrégio Superior Tribunal de Justiça já consagram esse entendimento. Cf. REsp 890.460/RS, 4ª Turma, rel. Min. Aldir Passarinho, j. em 18 de dezembro de 2007, DJ de 18 de fevereiro de 2008, v.u., REsp 821.357/RS, 3ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 23 de agosto de 2007, DJ de 1º de fevereiro de 2008, no ponto, por maioria, vencido o relator).

33. A questão da necessidade de lei complementar para tratar de juros, ainda merece mais um comentário. Caso se entenda que a disciplina dos juros, quanto à forma de sua apuração, depende de lei complementar, também é fato que não se poderia admitir a incidência da Lei de Usura. Ora, teriam de se aplicar à hipótese as disposições constantes da Lei nº 4.595, de 1964, recepcionada, em parte, como lei complementar. Assim, segundo a Lei da Reforma Bancária, cumpre ao Conselho Monetário Nacional, na forma do artigo 4º, incisos VI e IX, limitar, sempre que necessário, as taxas de juros praticadas nas operações e outros serviços bancários e financeiros (Lei nº 4.595, de 1964: “Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República: [...] VI – Disciplinar o crédito em todas as modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras. [...] IX – Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central do Brasil, assegurando taxas favorecidas aos financiamentos

que se destinem a promover: – recuperação e fertilização do solo; – reflorestamento; – combate a epizootias e pragas, nas atividades rurais; – eletrificação rural; mecanização; – irrigação; investimentos indispensáveis às atividades agropecuárias”).

34. Percebe-se, assim, que a intenção do Partido da República, ao propor a presente ação direta, para ver aplicadas as disposições da Lei de Usura ao Sistema Financeiro Nacional, é contraditória com o seu argumento principal, qual seja, o de que há necessidade de ser a questão disciplinada por lei complementar. Se assim fosse, incidiriam apenas as restrições constantes dos atos normativos do Conselho Monetário Nacional (Sobre a questão, cf. o seguinte precedente dessa egrégia Corte: RE 286.963-5, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 24 de maio de 2005, DJ de 20 de outubro de 2006).

35. Com efeito, ao se admitir que a matéria está reservada à disciplina de lei complementar, é mister reconhecer – para se manter a coerência do raciocínio – a recepção da Lei nº 4.595, de 1964, como lei complementar reguladora da matéria, que, por sua vez, habilita o Conselho Monetário Nacional, como órgão normatizador (Cabe o registro de que, até mesmo autores com uma posição bastante crítica do poder normativo da Administração Pública, reconhecem a recepção dos atos normativos editados pelo Conselho Monetário Nacional: “As resoluções – anteriores à Constituição – do CMN e do Banco Central, desde que não materialmente inconstitucionais, foram recebidas”. ATALIBA, Geraldo. “Delegação normativa (limites às competências do CMN e Bacen)”. **Revista de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun., 1991, ano 24, n. 98, p. 59). Logo, incidiriam, quanto à questão da capitalização, os normativos editados por esse órgão e que, sob nenhuma circunstância, vedam a capitalização. Nesse sentido, a doutrina:

“A Lei da Reforma Bancária (Lei nº 4.595/64, art. 4º, VI e IX) veio derogar as determinações da Lei de Usura relativamente às operações bancárias, que passaram a sujeitar-se aos limites estabelecidos para as taxas de juros pelo Conselho Monetário Nacional, por intermédio do Banco Central (RT), 72:916, 77:966, 79:620; Lex, 5:124)” (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 3, p. 303-4”).

(os grifos são do original, cópia do Memorial, Petição PGBC-1778/2008, e dos documentos que o acompanham são anexados a este pronunciamento)

10. Concluir que é possível a regulação dos juros por meio de lei complementar não assegura, todavia, concordar com a grave limitação dos juros

a 12% ao ano, na forma definida pelo egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Limitação essa que não encontra amparo na lei e somente se explica como medida de populismo no exercício da função jurisdicional. Alias, a decisão é contrária, até mesmo, ao entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, como se pode observar das ementas dos seguintes precedentes:

RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO BANCÁRIO. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. INADMISSIBILIDADE. COBRANÇA ANTECIPADA DO VRG. DESCARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. INOCORRÊNCIA. JUROS REMUNERATÓRIOS. NÃO LIMITAÇÃO. CAPITALIZAÇÃO ANUAL DOS JUROS. POSSIBILIDADE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DESDE QUE NÃO CUMULADA COM OS DEMAIS ENCARGOS MORATÓRIOS. TAXA REFERENCIAL. LEGALIDADE.

[...]

III – Os juros pactuados em taxa superior a 12% ao ano não são considerados abusivos, exceto quando comprovado que discrepantes em relação à taxa de mercado, após vencida a obrigação, hipótese não ocorrida nos autos.

(AgRg no REsp 782.895/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/6/2008, DJe 1º/7/2008, o grifo não consta do original).

RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO BANCÁRIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. NÃO LIMITAÇÃO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. POSSIBILIDADE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DESDE QUE NÃO CUMULADA COM OS DEMAIS ENCARGOS MORATÓRIOS. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. AFASTAMENTO.

I – Os juros pactuados em taxa superior a 12% ao ano não são considerados abusivos, exceto quando comprovado que discrepantes em relação à taxa de mercado, após vencida a obrigação, hipótese não ocorrida nos autos.

[...]

Agravo improvido.

(AgRg no REsp 847.924/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/5/2008, DJe 16/6/2008).

PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO BANCÁRIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. NÃO-LIMITAÇÃO. SÚMULA 596/STF. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. DIVERGÊNCIA COMPROVADA.

[...]

– Os juros remuneratórios não são abusivos se não superam, substancialmente, a taxa média de mercado na praça da contratação.

(AgRg no REsp 947.674/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 4/12/2007, DJ 19/12/2007 p. 1.229).

11. Portanto, segundo a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, a limitação dos juros refere-se à taxa média praticada pelo mercado. Na busca por um índice que refletisse esta taxa média com alguma fidelidade, o Superior Tribunal de Justiça tem, em certos casos, indicado as taxas de juros divulgadas pelo Banco Central do Brasil. É o que se constata, por exemplo, na leitura dos enunciados das Súmulas nºs 296 e 294 do Superior Tribunal de Justiça.⁴ Assim, nessa oportunidade, cumpre discutir os seguintes pontos: (i) quais são as taxas de juros divulgadas pelo Banco Central; (ii) qual é a finalidade da divulgação dessas taxas; e (iii) se as taxas divulgadas se prestam para servir de critério indicativo da cobrança abusiva de juros na relação contratual bancária.

12. Nessa perspectiva, achou-se por bem remeter consulta ao Departamento Econômico do Banco Central do Brasil (Depec) que consolida os dados estatísticos sobre crédito e juros para uso do Banco Central no exercício de suas funções, que será aqui referida.

13. Antes, porém, cumpre destacar que a Lei nº 4.595, de 1964, em seu art. 37, estabelece que:

As instituições financeiras, entidades e pessoas referidas nos art. 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.

4 “296. Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado” (2ª Seção, julgado em 12/5/2004, DJ 9/9/2004 p. 149). “294. Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato” (2ª Seção, julgado em 12/5/2004, DJ 9/9/2004 p. 148).

14. A Lei nº 4.728, de 1965, por sua vez, determina que cumpre ao Banco Central do Brasil “manter e divulgar as estatísticas relativas ao mercado de capitais, em coordenação com o sistema estatístico nacional” (art. 3º, inciso IX).

15. Com fundamento nessas determinações legais, a Diretoria Colegiada, por meio da Circular BCB nº 2.957, de 1999, decidiu estabelecer a obrigação dos bancos múltiplos, bancos comerciais, bancos de investimento, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, associações de poupança e empréstimo e Caixa Econômica Federal de remeterem ao Banco Central:

[...] informações sobre as **taxas médias ponderadas**, as taxas mínimas e máximas, o valor liberado na data-base, o saldo dos créditos concedidos, os respectivos níveis de atraso e os prazos médios das operações abaixo especificadas, segregadas por tipo de encargo pactuado:

I – com pessoas jurídicas:

- a) *hot money*;
- b) desconto de duplicatas;
- c) desconto de notas promissórias;
- d) capital de giro;
- e) conta garantida;
- f) financiamento imobiliário;
- g) aquisição de bens;
- h) *vendor*;
- i) adiantamentos sobre contratos de câmbio;
- j) *export notes*;
- l) repasses de empréstimos externos, com base na Resolução nº 63, de 21 de agosto de 1967;
- m) outras;

II – com pessoas físicas:

- a) cheque especial;
- b) crédito pessoal;
- c) financiamento imobiliário;
- d) aquisição de bens – veículos automotores;
- e) aquisição de bens – outros bens;
- f) oriundas de cartão de crédito;
- g) outras.

(Art. 1º da Circular BCB nº 2.957, de 1999, o grifo não é do original. Destaca-se que no documento anexo, apresentado pelo Depec é possível

encontrar a definição do que se deve entender por cada uma das operações indicadas na Circular.)

16. As informações são recebidas diariamente pelo Banco Central, segregadas em diversas modalidades de crédito para os segmentos pessoa física e jurídica, na forma prevista em seu normativo. Na posse desses dados, o Banco Central calcula a taxa média de juros para as diversas modalidades de crédito. Essas taxas são obtidas pela ponderação entre as taxas de juros praticadas por cada instituição financeira e seus respectivos volumes de operação de crédito.⁵ Esclarece o DEPEC que essas taxas incluem, além das parcelas relativas aos juros, os encargos fiscais e operacionais. É também o que se extrai do item XI, letras *a*, *b* e *c*, do Comunicado nº 7.569, de 2001, do Departamento de Cadastro e Informações do Sistema Financeiro e Departamento de Estudos e Pesquisas do Banco Central.

17. As informações são finalmente divulgadas, de forma consolidada, a fim preservar o sigilo das operações (art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 2001), mensalmente, pelo Banco Central na sua página na rede mundial de computadores (<<http://www.bcb.gov.br/?ECOIMPOM>>). As informações compõem a *Nota Para a Imprensa*: política monetária e operações de crédito do sistema financeiro. As *Notas* são publicadas todos os meses com uma pequena defasagem de três a quatro semanas em relação ao mês de referência. A título exemplificativo, foi anexada a este pronunciamento a última *Nota Para a Imprensa* divulgada. Por meio dela se poderá saber, por exemplo, que a taxa média de juros praticados no cheque especial para pessoa física no mês de abril de 2007 foi de 140,9% ao ano, e que em abril de 2008, foi de 152,7 % ao ano. Já a taxa média de juros praticados para pessoa física para financiamento de aquisição de veículos diminuiu de 32,7% ao ano em janeiro de 2007 para 29,8% ao ano em abril de 2008 (cf. Quadro XLIII da *Nota* anexa).

18. É importante informar que a divulgação desses dados se presta ao propósito de fomentar a concorrência bancária, mediante a oferta de dados aos consumidores que lhes possibilitem comparar as taxas praticadas no mercado. A prática da divulgação constava de estudo, realizado pelo Departamento de

⁵ Essas taxas não guardam relação, portanto, com a meta de taxa de juros fixada pelo Comitê de Política Monetária do Banco Central (Copom). Sobre a questão, cf. Parecer PGBC-44/2006, publicado na *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, vol. 1, nº 1, dez/2007, p. 247 e seguintes. Disponível no sítio eletrônico do Banco Central.

Estudos e Pesquisas (Depep) do Banco Central, sobre medidas que poderiam ser adotadas com a finalidade de reduzir os *Juros e Spread Bancário no Brasil* (disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?SPREAD>>), realizado em outubro de 1999, que culminou na edição da já citada Circular BCB nº 2.957, de 1999. Entre as medidas propostas, o estudo destacou o seguinte:

i) maior concorrência no cheque especial – não obstante as medidas que vem adotando para aumentar a concorrência e transparência no setor financeiro, o BC identifica e vê com preocupação alguns segmentos de operações, principalmente com pequenos e médios clientes, onde a competição deixa a desejar, como no caso do cheque especial. Para reverter esse quadro o BC pretende valer-se dos instrumentos e informações de que dispõe para aumentar a competição nesses segmentos. **Entre outras ações que se pretende adotar, o BC promoverá a divulgação pública diária das taxas médias de cheque especial** efetivamente praticadas por todos os bancos, contribuindo para que as pessoas físicas tenham melhores informações na escolha da instituição em que decidem ter conta. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, Departamento de Estudos e Pesquisas. *Juros e spread bancário no Brasil*, outubro de 1999, p. 25, o grifo não é do original.)

19. O projeto de estudo, no ano seguinte, avaliou a medida adotada e concluiu pela necessidade de a autarquia continuar essa divulgação, considerando em especial os resultados obtidos pelo segmento pessoas jurídicas, embora reconhecendo que o resultado foi aquém do esperado no tocante ao segmento pessoas físicas. Vale a pena conhecer trecho desse estudo, também disponível na íntegra no sítio virtual do Banco Central:

Com o objetivo de estimular a concorrência entre as instituições financeiras e proporcionar uma maior transparência das operações bancárias, o BC vem promovendo uma maior e melhor divulgação de informações básicas sobre os juros cobrados pelas instituições financeiras. Desde outubro do ano passado [refere-se a 1999], o BC vem divulgando em sua *home-page* na *internet* as taxas de juros praticadas pelas instituições financeiras em suas principais operações de crédito. Para fomentar uma maior concorrência no cheque especial, foi estabelecida também a obrigatoriedade dos bancos informarem as taxas efetiva, máxima e mínima praticadas (Circular 2.936,

de 14/10/1999) e reduzido para dois dias úteis (D+2) o prazo para a remessa ao BC destas informações (Circular 2.957, de 30/12/1999).

[...]

As iniciativas do Banco Central para aumentar a transparência e concorrência já têm produzido resultados animadores, particularmente no tocante as operações com pessoas jurídicas. No entanto, em algumas operações com pessoas físicas, em especial no cheque especial, os resultados obtidos até o momento estão aquém do esperado.

(BANCO CENTRAL DO BRASIL, Departamento de Estudos e Pesquisas.

Juros e spread bancário no Brasil: avaliação de 1 ano do projeto, novembro de 2000, p. 35 e 36).

20. Nessa perspectiva, já se vislumbra um dos objetivos do Banco Central **da coleta e divulgação das informações**: oferecer instrumentos aos tomadores para comparar as taxas de crédito praticadas no mercado e, assim, fomentar a concorrência.

21. Contudo, os objetivos não se resumem a esse propósito. Como bem anotado pelo Depec, as informações também servem como subsídios para as tomadas de decisões do Banco Central na condução da política econômica do País. Ademais, esses dados permitem vislumbrar os efeitos das medidas já adotadas:

[...] há necessidade de esclarecimentos adicionais no sentido de delinear a finalidade do cálculo das taxas de juros médias das operações de crédito, bem como a sua divulgação. A Circular nº 2.957 foi instituída com o objetivo de fornecer ferramentas para o acompanhamento dos efeitos decorrentes da condução da política econômica, especialmente a política monetária, entre outros, tais como, por exemplo, a produção e divulgação de estatísticas para a sociedade em geral.

(documento anexo.)

22. Esclarecidos quais são os dados divulgados pelo Banco Central e qual a finalidade da apuração desses dados, resta examinar se esses dados se prestam como critério indicativo de prática abusiva na relação contratual bancária.

23. As finalidades apontadas na legislação, nos normativos do Banco Central e nos anexos pronunciamentos do Depec e Desig, já evidenciam que os propósitos da divulgação passam ao largo da questão. Os escopos são diversos:

ora quer se fomentar a concorrência, ora se quer dados consistentes para avaliar a política econômica praticada pelo Banco Central.

24. Ademais, os pronunciamentos do Depec e Desig, que são anexados a este pronunciamento, indicam o completo desacerto de se pretender transformar as taxas divulgadas pelo Banco Central em “teto” para a prática de juros no Sistema Financeiro. As informações técnicas coletadas esclareceram, com sobra de razão, que os números consolidados **divulgados envolvem operações com perfis completamente distintos**, daí a impossibilidade de se cotejar esse taxa com a praticada em contrato específico, no qual o preço (taxa efetivamente praticada) refletirá as idiossincrasias das pessoas e empresas envolvidas no caso concreto. Nesse contexto, não se pode deixar de transcrever trechos dos documentos anexos:

9. Por fim, esclarece-se que **a taxa média geral divulgada pelo Banco Central**, por envolver modalidades de diferentes escopos e características, **não deve ser visualizada como uma medida unívoca**, mas sim como parâmetro de tendência das taxas de juros das operações de crédito. Nesse espectro, há modalidades que praticam taxas muito acima da média, caso do cheque especial, bem como modalidades com taxas relativamente baixas, caso do crédito consignado. Além disso, há a prática da reciprocidade, na qual clientes com maior relacionamento com a instituição tendem a ser ‘bonificados’ com taxas de juros mais atrativas.

(Pronunciamento Depec, anexo, o grifo não consta do original).

Assim, como cada modalidade contratual possui características próprias em virtude das diferentes finalidades, origens de recursos e garantias, considera-se inapropriada qualquer tentativa de padronização ou aplicação de uma taxa única a todas operações.

[...]

Adicionalmente, as taxas de juros divulgadas pelo BCB incluem outros custos imputados ao devedor como é o caso dos encargos operacionais (seguros e quaisquer outros valores cobrados por serviços necessários à realização das operações, previstos contratualmente) e fiscais (os valores percentuais referentes aos tributos incidentes sobre as operações e que são pagos pelos tomadores dos créditos). Quando esses custos são incluídos, as instituições financeiras divulgam a taxa com a denominação de Custo Efetivo Total (CET), conforme dispõe a Resolução nº 3.518, de 6 de dezembro de 2007.

Finalmente, ante todos os fatos expostos, as taxas divulgadas pelo BCB visam apenas estimular a concorrência com base na transparência das

taxas praticadas, não recebendo tratamento algum para que possa ser considerado como taxa média do mercado.

(Nota-Técnica Desig/Gabin-2008/001, anexa, o grifo não consta do original).

25. Em face das razões expostas, é acertado concluir que a utilização das taxas divulgadas pelo Banco Central como marco, único e exclusivo, para a indicação da prática de juros abusivos, constitui **flagrante erro**. É preciso, portanto, considerar as características particulares do caso para, enfim, apurar se, naquele específico caso, houve infringência do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Isso porque as taxas divulgadas pelo Banco Central consolidam contratos com características muito diferentes no que tange a prazos, que podem ser mais longos ou mais curtos; à existência ou não de garantias; aos processos de fidelização do cliente, o que garante taxas mais baixas; ou ainda relativas aos encargos pós-fixados. Portanto, somente a análise casuística seria capaz de caracterizar um contrato bancário com obrigações que serão consideradas abusivas e, em razão disso, nulas de pleno direito na forma da legislação consumerista. Em síntese, com o perdão pelo uso da expressão popular, usar apenas e somente a taxa média de juros divulgada pelo Banco Central como critério para a caracterização da abusividade é comparar alhos com bugalhos.

Capitalização de juros: a constitucionalidade da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001

26. O egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul discute, no julgado em apreço, a questão da capitalização dos juros. Nesse ponto, o acórdão assentou que é proibida qualquer forma de capitalização: “Em que pese o artigo 591 do Código Civil admitir a capitalização anual, é de se manter a posição no sentido de vedá-la” (fl. 123). Ademais, o Tribunal de Justiça destacou a inconstitucionalidade do art. 5º da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, que permite a capitalização de juros em período inferior a um ano pelas instituições que compõem o Sistema Financeiro Nacional.⁶ Assegura que, na sua perspectiva

6 Para a comodidade da leitura, transcreve-se o dispositivo referido: “Art. 5º. Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano. Parágrafo único. Sempre que necessário ou quando solicitado pelo devedor, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, será feita pelo credor por meio de planilha de cálculo que evidencie de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais.”

particular e sem declinar maiores argumentos, as disposições constantes dessa Medida Provisória não atendem aos requisitos de relevância e urgência, exigidos pelo art. 62 da Constituição da República.

27. Embora a discussão sobre a constitucionalidade de ato normativo federal seja excepcional no julgamento de recurso especial, convém destacar que, na compreensão do Banco Central, o art. 5º da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, não é só constitucional, mas constitui medida necessária à redução do *spread* bancário, pois que fomenta a competição entre as instituições financeiras.

28. A Medida Provisória em questão, registre-se, é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.316-1/DF, em curso no egrégio Supremo Tribunal Federal.⁷ Plenamente convicto da constitucionalidade desse normativo, o Banco Central do Brasil encaminhou àquela Corte o anexo Memorial (Petição PGBC-1778/2008), juntado aos autos da Ação Direta, nos quais destacou, com folga de razão, os motivos de sua convicção. Naquela oportunidade, em síntese, a autarquia asseverou, especificamente quanto aos requisitos de relevância e urgência, que a medida atendia plenamente aos pressupostos constitucionais, pois não se tratava de ato irrefletido, e sim fruto de maduras discussões no âmbito do Banco Central e do Ministério da Fazenda. Convém a transcrição desse breve trecho do memorial:

15. Como evidenciado no relato feito, a medida adotada, sob nenhuma circunstância, pode ser taxada de medida arbitrária e irrefletida. Ela decorre de um amplo estudo elaborado no âmbito do Banco Central, mediante o qual se apurou que a incerteza sobre a possibilidade da capitalização de juros aumentava os custos das instituições financeiras e, por isso, majorava a taxa de juros cobrada do tomador. Logo, o estudo concluiu que a Autarquia deveria propor alteração legislativa a fim de encerrar a celeuma (cf. item 3 deste memorial).

⁷ Cabe destacar, ainda que em breve nota, que o acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul traz uma **informação equivocada**. O julgado assegura que o art. 5º da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, foi suspenso por decisão de 3 de abril de 2002, proferida pelo ilustre Min. Sydney Sanches. Em verdade, na sessão de julgamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal, do dia 3 de abril de 2002, o ilustre Min. Sydney Sanches proferiu voto pela inconstitucionalidade do art. 5º da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001. Na seqüência, pediu vista dos autos o Min. Carlos Veloso, que proferiu voto na sessão do dia 15 de dezembro de 2005, para acompanhar o relator. Na mesma sessão, pediu vista dos autos o Min. Nelson Jobim. Este, por sua vez, deixou o Tribunal sem oportunidade para proferir voto. Vale destacar que a senhora Min. Ellen Gracie, então presidente da Corte, proferiu decisão na qual destacou que a aposentadoria do ministro relator não justifica a redistribuição do feito, pois já em curso o julgamento da medida cautelar. O processo, atualmente, está em mesa aguardando a continuidade do julgamento da cautelar. Não há, portanto, que se falar em decisão, cautelar ou definitiva, com poder para suspender a medida provisória em questão (cf. **Informativo STF** nº 262, de 25 de março a 5 de abril de 2002, **Informativo STF** nº 413, de 12 a 19 de dezembro de 2005, e a decisão de fl. 352 dos autos da ação direta, publicada no DJ de 1º de agosto de 2007).

16. Na seqüência, o Ministro da Fazenda propõe a edição de medida provisória. E na Exposição de Motivos, para não deixar qualquer sombra de dúvida, ao explicitar a urgência e a relevância da matéria, declarou que a política monetária vigente reclamava pela adoção expedita de medidas que pudessem corroborar com a redução do spread e da taxa de juros a fim de gerar um “panorama mais propício ao desenvolvimento econômico do País.”

17. Ademais, cumpre lembrar que a medida impugnada, no que toca à transparência no cômputo de juros, traz exigências ainda mais severas que as previstas no artigo 52, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, que se refere apenas à informação do montante de juros e à taxa efetiva anual aplicada. (Para a comodidade da leitura, transcreve-se o dispositivo da Lei nº 8.078, de 1990 (CDC) referido: “Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: [...] II – montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;”. Ainda sobre o dever de transparência da instituição financeira na contratação, convém mencionar, por oportuno, a recente Resolução CMN 3.517, de 6 de dezembro de 2007, publicado no DOU, de 10 de dezembro de 2007, seção 1, p. 20-1. Cf. os atos normativos do Conselho Monetário Nacional estão disponíveis em: <<http://www.bcb.gov.br/?NORMASBC>>).

18. A esses fatores, cabe acrescentar a transparência que decorre da própria uniformidade de cômputo dos juros, que agora são sempre capitalizados, tanto na captação de recursos, quanto na concessão do crédito, por prazo inferior ou superior a um ano.

19. Ademais, a capitalização de juros é capaz de gerar uma padronização na forma de cômputo e, pela viabilidade do cotejo, fomentar a competição entre as instituições financeiras. Um ambiente mais competitivo é mais apto a gerar reduções nas taxas de juros e nos spreads praticados. É o que concluiu a Consultoria da Diretoria de Política Econômica do Banco Central em estudo elaborado a pedido desta Procuradoria-Geral para subsidiar esta manifestação da Autarquia:

“11. Um terceiro aspecto a ser considerado é a redução de transparência que a decisão [pela inconstitucionalidade] proporcionará, dado que cada instituição financeira poderá apresentar diferentes taxas de juros simples para diferentes prazos, sem que necessariamente seja possível padronizá-las e daí compará-las, caso as instituições se especializem em operações com prazos diversos” (Trecho da Nota Técnica Dipec 1141.1, de 18 de dezembro de 2007, elaborada pela Consultora Katherine Hennings e aprovada pelo Diretor de Política Monetária, senhor Mario Magalhães Carvalho Mesquita. Cópia anexa).

20. Portanto, não há como falar na hipótese, data venia, em ausência dos pressupostos de urgência e relevância para a adoção da medida”. (os grifos são do original, cópia do Memorial e dos documentos que o acompanharam são anexados a este pronunciamento.)

29. Não há que se cogitar, portanto, da inconstitucionalidade da referida Medida Provisória e – muito menos – de afronta ao direito consumerista. Em verdade, o ato normativo insere-se num amplo conjunto de iniciativas do Banco Central e do Conselho Monetário Nacional com a finalidade de tentar reduzir, justamente em benefício do consumidor, os juros e o *spread* praticados no Sistema Financeiro Nacional. Como é descrito com maior detalhamento no documento anexo, a possibilidade de capitalização permite uma padronização na forma de cômputo dos juros que, dessa forma, viabiliza, mais facilmente, o cotejo entre as taxas praticadas pelas instituições financeiras, o que, certamente, fomenta a competição entre as instituições. Sem a possibilidade dessa capitalização, as instituições poderiam se especializar em segmentos com diferentes prazos e, portanto, com diferentes taxas de juros, o que dificultaria sobremaneira a comparação, reduzindo, enfim, a concorrência bancária. Não só: os estudos realizados pelo Banco Central comprovam que a proibição da capitalização funciona como fator de estímulo aos nocivos contratos de curto prazo (cf. itens 42 e 43 do Memorial – Petição PGBC-1778/2008 – e itens 14 a 16 da Nota Técnica Dipec 1141.1, todos anexados a este pronunciamento). Daí as razões pelas quais a medida provisória não é só constitucional, mas necessária e favorável ao tomador (consumidor).

30. E cabe ressaltar: a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça já consolidou a compreensão de que a prática da capitalização de juros, em período inferior ao anual, é possível, desde que autorizada em lei. Nesse sentido, entre outros pronunciamentos, cabe referir aos enunciados das Súmulas nºs 93 e 283 do colendo Superior Tribunal de Justiça, mediante os quais a Corte deixou clara, para além de qualquer dúvida, a possibilidade de cobrança de juros compostos quando autorizado em lei.⁸ Cuidando mais especificamente da

8 Para comodidade, seguem os enunciados das Súmulas citadas: “283. As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura.” (2ª Seção, julgado em 28/4/2004, DJ 13/5/2004 p. 201). “A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros.” 2ª Seção, julgado em 27/10/1993, DJ 3/11/1993 p. 23.187).

Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, a Corte manteve, como não poderia deixar de ser, o entendimento:

CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. ANUALIDADE. ART. 591 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INAPLICABILIDADE. ART. 5º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.963-17/2000 (2.170-36/2001). LEI ESPECIAL. PREPONDERÂNCIA. REGULARIDADE DOS ENCARGOS FIXADOS PARA O PERÍODO DE ADIMPLÊNCIA.

I. Não é aplicável aos contratos de mútuo bancário a periodicidade da capitalização prevista no art. 591 do novo Código Civil, prevalecente a regra especial do art. 5º, *caput*, da Medida Provisória nº 1.963-17/2000 (2.170-36/2001), que admite a incidência mensal.

[...]

AGRAVO IMPROVIDO

(AgRg no REsp 917.459/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 13/5/2008, DJe 2/6/2008.)

31. Assim, as instituições financeiras são livres para pactuar juros capitalizados porque autorizadas por medida provisória – vigente por força do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 2001 –, que tem força de lei (Constituição, art. 62, *caput*).

32. Outros aspectos da Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, são abordados no Memorial anexado a este pronunciamento. Com a finalidade de evitar repetições desnecessária, remetemos às considerações lá desenvolvidas.

Da Comissão de Permanência

33. O Conselho Monetário Nacional, por meio da Resolução CMN nº 1.129, de 1986, facultou aos

bancos comerciais, bancos de desenvolvimento, bancos de investimento, caixas econômicas, cooperativas de crédito, sociedades de crédito, financiamento e investimento e sociedades de arrendamento mercantil cobrar de seus devedores por dia de atraso no pagamento ou na liquidação

de seus débitos, além de juros de mora na forma da legislação em vigor, “comissão de permanência”, que será calculada às mesmas taxas pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado do dia do pagamento.

34. Da leitura do ato normativo do CMN que autorizou sua cobrança, percebe-se que a comissão de permanência não diz respeito à remuneração do empréstimo, mas sim aos encargos devidos pelo mutuário no caso de mora no pagamento, de modo que as chamadas “taxas médias de mercado”, divulgadas pelo Banco Central, a ela não dizem respeito⁹ (como, aliás, informou o Depec ao estabelecer que “a taxa de juros relativa à comissão de permanência, mencionada nos autos, não está incluída dentre as modalidades de crédito contempladas na Circular nº 2.957”, justamente o normativo pelo qual a autarquia recebe, das instituições financeiras, os dados utilizados na análise e posterior divulgação das taxas médias mensais de juros praticadas pelo Sistema Financeiro Nacional, como já explicado anteriormente).

35. Para que seja possível entender a inexistência de vinculação entre a comissão de permanência e a remuneração do contrato (embora a instituição financeira possa utilizar, para fins de ressarcimento pelo atraso no pagamento, as mesmas taxas pactuadas no contrato original), é preciso esclarecer que **a mora do mutuário gera um déficit de caixa cuja cobertura deve ser feita a partir de outros recursos, além daqueles inicialmente pactuados**. Em outras palavras, ao celebrar um contrato de mútuo, o agente financeiro aloca recursos à sua disposição em favor do mutuário, pactuando com este último um cronograma de pagamento; o desrespeito a este cronograma obriga o mutuante a alocar outros recursos para suprir a ausência daqueles que adviriam do pagamento efetuado pelo mutuário, e que acabou não se realizando. Este segundo deslocamento de numerário, por óbvio, não se faz sem custos, pois além da mobilização de sua própria estrutura administrativa, a instituição financeira poderá ser obrigada a buscar, junto a outras instituições que compõem o Sistema Financeiro Nacional (inclusive o Banco Central), o capital faltante para recompor seu patrimônio. É a estes custos que alude a parte final do item I da Resolução CMN nº 1.129, de 1986, quando se refere à “taxa de mercado do dia do pagamento”.

9 Não obstante o teor da Súmula nº 294 do Superior Tribunal de Justiça, que, como visto, estabelece uma relação entre a comissão de permanência e as taxas médias de mercado, apuradas pelo Banco Central.

36. Foi justamente para cobrir tais gastos, tanto de origem interna quanto externa, que a cobrança da comissão de permanência foi autorizada. Não é possível saber com antecedência os encargos que a instituição financeira deverá arcar para reequilibrar sua situação líquida após o atraso no pagamento, ante a existência de inúmeras variáveis (como a disponibilidade de crédito no mercado, os custos operacionais de cada instituição financeira, sua situação patrimonial etc.), razão pela qual a **permanência no inadimplemento** gera diferentes encargos em cada contrato, a depender de suas especificidades e do momento em que o atraso no pagamento ocorre.

37. Por tais razões é que a afirmação contida no acórdão recorrido, de que “para o caso de inadimplência, há previsão contratual da incidência de comissão de permanência ostentando abusividade, tanto por cumulada com a correção monetária e juros remuneratórios quanto por fixada unilateralmente pela instituição financeira e a taxas praticadas no dia do efetivo pagamento”, além de temerária, revela desconhecimento da própria dinâmica do mercado de crédito. A um, por não ser possível afirmar que a comissão de permanência praticada por determinada instituição financeira é ou não abusiva sem verificar, no caso concreto e de acordo com as particularidades daquele contrato, qual foi o percentual cobrado; a dois, por ter a comissão de permanência formas de cálculo e finalidades distintas das dos juros remuneratórios, tornando possível sua cumulação. Uma coisa é a remuneração do crédito; outra coisa é o custo de outro crédito, usado para suprir a lacuna deixada pela ausência de pagamento do primeiro.¹⁰

38. Conseqüências mais severas, talvez, podem advir da tentativa de supressão, pura e simples, da comissão de permanência. Como ela constitui um mecanismo flexível, destinado a se adaptar às características de cada contrato e à conjuntura econômica em que será cobrada, sua substituição por uma outra taxa, fixa, pode resultar no encolhimento da oferta de crédito ou mesmo na elevação dos juros remuneratórios (um mecanismo que poderia ser utilizado pelas instituições financeiras para fazer frente aos custos advindos do inadimplemento de seus clientes). Fenômeno similar ao ocorrido a partir dos tabelamentos de preços do final do século passado, que resultaram em falta de produtos de consumo nas prateleiras em razão de a venda não ser economicamente vantajosa.¹¹

10 A despeito do que estabelece a primeira parte da já citada Súmula nº 296 do Superior Tribunal de Justiça (“Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência...”).

11 Sobre os planos econômicos que adotaram congelamento de preços e seus efeitos deletérios à economia, cf. MODIANO,

Dos cadastros de inadimplentes e da inclusão do nome de devedores

39. O tópico 11 do acórdão recorrido, ao tratar dos cadastros de proteção ao crédito, observa que

é garantido ao devedor a possibilidade de discussão do negócio entabulado com o credor que subjaz ao título em discussão, quer porque preenchido com valores excessivos, quer porque o serviço da dívida não respeita os limites legais. No momento em que o devedor exercita esse direito subjetivo e submete ao Judiciário a discussão da dívida, apresentando argumentos que revelam mínima probabilidade do direito em causa, o cadastramento, pelo credor, de seu nome perante entidades que detém informações cadastrais negativas de crédito, revela-se como constrangimento indevido e, em última análise, como informação que não corresponde à realidade.

40. Continuando, o relator afirma que, no caso de permanência do registro negativo enquanto discutida em juízo a dívida, “é evidente que o credor não terá qualquer prejuízo ao seu crédito, até pelas garantias que se cercou no momento da concessão do mesmo crédito. Já o devedor certamente sofrerá restrições severas e inibitórias de outros negócios, praticamente inviabilizando a vida civil, hoje fundamentada especialmente no crédito”.

41. Tais declarações apresentam, como pressuposto, a idéia de que os cadastros de proteção ao crédito têm como únicos destinatários de seus registros o mutuante e o mutuário de cada um dos contratos a que tais dados se referem, o que tornaria possível limitar os efeitos da permanência ou da exclusão de informações apenas às partes contratantes.

42. Com a devida vênia, esta é uma compreensão que não exprime a realidade em sua inteireza. Os cadastros de proteção ao crédito têm como um de seus objetivos primordiais oferecer a outras instituições financeiras elementos que possibilitem uma análise mais acurada de seus possíveis mutuários, o que leva, em último grau, a uma melhor gestão de suas próprias carteiras de crédito. Esse caráter sistêmico, que ultrapassa os interesses dos contratantes, ganha relevo ainda maior no caso dos bancos de dados administrados pelo Banco

Eduardo. “A Ópera dos Três Cruzados: 1985-1989” In: ABREU, Marcelo de Paiva (org.). *A Ordem do Progresso: cem anos de política econômica republicana 1889-1989*. Rio de Janeiro: Campus, pp. 347 e segs.

Central, que compõem o chamado Sistema de Informações do Banco Central (Sisbacen) e que, em razão de suas particularidades e do interesse público que norteou sua criação, são consideravelmente diferentes de cadastros como o Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) e a Centralização dos Serviços Bancários S/A (Serasa).

43. O Sisbacen é um conjunto de recursos de tecnologia da informação, interligados em rede, utilizado pelo Banco Central na condução de seus processos de trabalho. Ele é composto, entre outros, pelos seguintes subsistemas, que reúnem informações relativas a responsabilidades dos devedores perante instituições financeiras e outras entidades:

- a) CRC – Sistema Central de Risco de Crédito;
- b) Recor – Registro Comum de Operações Rurais;
- c) Cadip – Sistema de Registro de Operações de Crédito com o Setor Público;
- d) CCF – Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos;
- e) Cadin – Cadastro Informativo de Créditos não-quitados do Setor Público Federal;
- f) CCS – Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro.

44. Cada um destes subsistemas, como apontado pelo DESIG em sua manifestação (cópia anexa), tem características e finalidades distintas, que serão examinadas com mais detença a seguir.

Do Sistema Central de Risco de Crédito (CRC)

45. **O Sistema Central de Risco de Crédito (CRC)**, instituído pela Resolução CMN nº 2.724, de 2000, e pelas Circulares nºs 2.977, de 6 de abril de 2000, e 3.098, de 20 de março de 2002, **tem como objetivo principal prover o Banco Central, em sua atividade de supervisão do Sistema Financeiro Nacional, com informações que permitam avaliar o risco e a qualidade da carteira de crédito de cada uma das instituições financeiras supervisionadas, tanto na forma individual quanto na agregada, o que auxilia na detecção e na prevenção de crises bancárias.**

46. Nesse sentido, ao solicitar das instituições supervisionadas informações sobre o montante das responsabilidades (dívidas e garantias) dos clientes, o Banco Central cumpre sua missão institucional estabelecida pelo art. 10, incisos VI e IX, da Lei nº 4.595, de 1964, sem descumprir o previsto na Lei Complementar nº 105, de 2001, que, em seu artigo 1º, § 3º, estabelece não constituir 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 próprio Banco Central.

47. Além deste objetivo primordial, por meio do Sistema CRC o Banco Central busca:

- a) realizar análises sobre o mercado de crédito, mediante a utilização de ferramentas que sinalizem a existência de instituições com problemas potenciais em relação às suas carteiras de crédito;
- b) auxiliar as instituições financeiras na gestão de suas carteiras de crédito, preenchendo a lacuna de informações sobre o cliente;
- c) ampliar a transparência das informações no SFN, estimulando a competição;
- d) expandir a oferta de crédito, com a conseqüente redução dos *spreads* bancários.

48. Como se pode observar, **o Sistema CRC é estruturado em prol da satisfação do interesse público**. Apenas secundariamente ele possibilita a satisfação de interesses privados, tanto de instituições financeiras (auxiliadas na gestão de suas próprias carteiras de crédito) quanto de mutuários (favorecidos com a existência de dados que confirmem sua condição de bons pagadores).

49. Em termos de valores, o Sistema CRC recebe informações sobre o montante dos débitos e das responsabilidades por garantias de clientes com valor igual ou superior a R\$5.000,00. As informações prestadas ao sistema CRC contemplam o conjunto das operações de responsabilidade do cliente, independentemente de se encontraram ou não em atraso, sendo obrigatórias a partir do próprio mês de sua contratação.

50. Ao contratar as operações, o mutuário deve ser cientificado pela instituição financeira de que as informações sobre referidas, desde que ultrapassado o limite mencionado, serão obrigatoriamente inseridas no Sistema CRC, diferentemente do que se verifica em relação aos cadastros restritivos de

crédito, em que o credor somente remete as informações ao cadastro se quiser e se, e somente se, o devedor estiver inadimplente.

51. A propósito, em vista dos objetivos do Sistema CRC e do fato da responsabilidade pela comunicação ao cliente ser das instituições, e não do Banco Central, o Sistema coleta somente o número do CPF, no caso de pessoas físicas, e o CNPJ, no caso de pessoas jurídicas, sem possuir outros dados cadastrais como o endereço, por exemplo.

52. As informações constantes do Sistema CRC podem ser consultadas pelas instituições financeiras desde que obtida autorização específica do cliente para essa finalidade. Referida consulta somente pode ser realizada com relação aos dados consolidados do cliente, ou seja, a instituição financeira terá acesso apenas ao total dos débitos e das responsabilidades por garantia do cliente no Sistema Financeiro como um todo, não sendo permitida a consulta às obrigações do cliente em relação a uma instituição financeira específica.

53. Com relação à concessão de crédito, cabe às instituições financeiras avaliar a conveniência da realização de tais operações com possíveis clientes com base nas informações a ele solicitadas, tais como comprovação de renda, certidões negativas de ações e processos judiciais, certidões de bens imóveis e autorização para consultas às informações do Sistema CRC. A existência de apontamentos negativos não vincula a instituição financeira, que poderá, portanto, contratar normalmente com o interessado, caso entenda que a operação lhe seja conveniente.

54. Quanto à transparência, os clientes são informados da existência do Sistema CRC por meio de informações públicas disponíveis no sítio eletrônico do Banco Central, de cartilhas distribuídas ao público pelo Banco Central e de informações prestadas diretamente pelas próprias instituições financeiras. Mediante solicitação ao Banco Central, os clientes podem ter acesso às informações registradas em seu nome no Sistema. É um direito dos clientes solicitar diretamente à instituição financeira responsável pelo registro das informações os esclarecimentos e as correções de dados e valores informados ao Sistema. Dessa forma, caso o cidadão discorde de informações prestadas por determinada instituição ao sistema CRC e não tenha o seu pedido de retificação atendido pela instituição responsável pela inclusão dos dados, pode entrar em contato com as Centrais de Atendimento ao Público do Banco Central, gratuitamente, pelo telefone 0800-979-2345, ou dirigir-se ao próprio Banco Central, em qualquer uma de suas regionais ou na

sede em Brasília, para registrar a sua denúncia ou reclamação. Na oportunidade, a instituição será instada pela autarquia a proceder à correção devida, ou a apresentar a documentação comprobatória da exatidão da informação.

55. Em termos de cobrança pelos serviços, faz-se oportuno salientar que as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central somente pagam, a título de ressarcimento, os custos de processamento calculados com base na quantidade de dados trafegados, sem qualquer cobrança ao cidadão.

56. Já a responsabilidade pela inclusão, atualização e exclusão de dados no Sistema CRC é exclusiva das instituições financeiras informantes, que estão sujeitas, independentemente da ação judicial movida pelos clientes, à instauração de processo administrativo por eventuais irregularidades nos dados fornecidos ao sistema. Desta forma, **o Banco Central não detém competência para excluir dados registrados no Sistema CRC.**¹²

57. Por essa razão é que foi editado o Comunicado nº 8.089, de 2000, pelo qual as instituições financeiras podem excluir ou alterar informações de clientes no Sistema CRC para o cumprimento de medidas judiciais. Dessa forma, valores questionados em juízo podem ser excluídos ou alterados do sistema por determinação judicial até o julgamento definitivo da ação proposta.

58. Esta breve análise do Sistema CRC revela que se trata de instrumento perfeitamente ajustado a uma das funções primordiais do Banco Central, qual seja a de identificar e diminuir o chamado **risco sistêmico** do mercado financeiro. Segundo o magistério de Carlos Alberto Hagstrom,

o comércio bancário, por sua própria natureza, é atividade de alto risco. Diversos, com efeito, são os riscos a que estão expostas as instituições financeiras: os riscos de investimentos, de flutuação de taxas de câmbio, de alteração de taxas de juros, de crédito etc. Por outro lado, os fatores de risco estão, na atualidade, consideravelmente ampliados, não apenas em função de crises econômicas e financeiras locais, mas, sobretudo, em

12 Como reconhecido pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, “o presidente do Banco Central é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente ação no que diz respeito à inclusão, exclusão ou alteração de dados constantes na central de risco de crédito, uma vez que as informações constantes no banco de dados do Sistema Central de Risco de Crédito são de inteira responsabilidade das instituições financeiras, inclusive no que se refere a essas questões” (HD 160-DF, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 27/8/2008, acórdão ainda não publica, notícia de julgamento no Informativo do STJ nº 365, de 25 a 29 de agosto de 2008, o grifo não consta do original).

decorrência da “globalização” da economia e da crescente interligação e interdependência dos mercados financeiros e de capitais.

[...]

A centralização de riscos pode ser útil sob vários aspectos, como, por exemplo, no fornecimento de dados para as análises das autoridades de supervisão bancária ou das autoridades encarregadas da formulação de políticas creditícias, de ordem geral ou específicas para determinados setores.¹³

59. Para se ter uma idéia da importância do Sistema CRC para a supervisão do Sistema Financeiro Nacional, supondo que um cliente, com capacidade de pagamento não superior a cinquenta mil reais, contratasse um empréstimo com determinada instituição financeira nesse mesmo valor, nada impediria que ele contraísse outros empréstimos com diversas outras instituições financeiras e também pelo mesmo valor, vez que estas não teriam como saber da existência dos outros contratos (salvo se o cliente já estivesse em situação de inadimplência e se tal informação for registrada em um cadastro de proteção ao crédito, como já visto); o inadimplemento de tais empréstimos poderia gerar um déficit de caixa que, por sua vez, poderia levar a uma crise do próprio sistema financeiro. O Sistema CRC supre esta lacuna, de inexistência de informações consolidadas, diminuindo esse risco sistêmico.

60. Feitas tais explanações, torna-se evidente que não há, no Sistema CRC, qualquer relação entre o Banco Central e clientes de instituições financeiras que poderia ser qualificada como sendo de consumo. Por tal razão é que as soluções encontradas pelo Poder Judiciário para resolver litígios envolvendo cadastros de proteção ao crédito como o Serasa e o SPC não podem ser indistintamente aplicadas ao Sistema CRC. Os interesses, os instrumentos e as normas aplicáveis a este Sistema são inteiramente diversos, marcados pela busca da satisfação do interesse da coletividade. Nesse sentido vêm decidindo, inclusive, alguns tribunais regionais federais:

Ação ordinária. Pedido de cancelamento de registro no Sistema Central de Risco de Crédito do Banco Central. Indenização por danos morais. Improcedência da ação. – Os registros contidos no Sisbacen possuem

13 HAGSTROM, Carlos Alberto. “As Centrais de Risco e o Sigilo Bancário”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. 106, p. 174.

caráter restrito, estando protegidos pela garantia do sigilo bancário, não possuindo natureza de cadastro de inadimplentes. – Improvimento da apelação.”

(TRF 4ª Região, 3ª Turma, AC 2003.71.00.078437-5/RS, rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DJ 17/5/2006, p. 745)

Cédulas de crédito. Novação. Escritura pública de confissão de dívida. Inscrição na Central de Risco de Crédito (Ceris). Ausência de notificação pessoal. Inexigibilidade. Alegação de dano moral. Inocorrência. 1. A Ceris – Central de Risco de Crédito – destina-se a aprimorar a fiscalização e prevenção do Bacen sobre todas as instituições financeiras, contendo todas as operações financeiras a partir de R\$20.000,00(vinte mil reais). Ele não contém apenas informações sobre devedores das instituições bancárias, mas todas as informações referentes a grandes operações. Não é um cadastro restritivo, tendo por finalidade fornecer dados estatísticos ao sistema financeiro nacional, visando à prevenção contra riscos globais, nos termos da Resolução nº 2.390, de 22/5/1997 do Conselho Monetário Nacional e da Circular nº 2.938, de 14/10/1999 do Bacen. 2. Mesmo que a Ceris fosse considerada um cadastro restritivo de crédito, tampouco se pode identificar a prática de ilegalidade por parte do Banco do Brasil e do Bacen. A discussão judicial do débito somente se constitui em obstáculo à inclusão do devedor em cadastros restritivos de crédito quando as suas alegações revestem-se de plausibilidade jurídica, quanto à ilegitimidade da cobrança, ou ainda se for garantido o crédito pela penhora. Precedentes da Turma: TRF5. Primeira Turma. AC nº 306941/AL. Rel. Des. Federal JOSÉ MARIA LUCENA. Julg. em 19/04/2007. Publ. DJU de 30/5/2007, p. 693; TRF5. Primeira Turma. AGTR 67130/CE. Rel. Des. Federal CÉSAR CARVALHO (convocado). Julg. em 15/02/2007. Publ. DJU de 14/3/2007, p. 717. 3. Na hipótese em tela, não se identifica a existência de penhora garantindo a execução, nem tampouco há evidências quanto à ilegitimidade da cobrança levada a efeito pelo Banco do Brasil, limitando-se o apelante a taxar a dívida de ilegítima ou excessiva, sem infirmar suficientemente a cobrança. 4. No tocante à ausência de notificação pessoal da ocorrência da inscrição na Ceris, não há infringência ao direito do demandante, já que a inscrição, por si só, não tem o condão de lhe causar prejuízos. À ausência de ilicitude, rejeita-se a alegação de dano moral a ser reparado. 5. Apelação improvida.

(TRF 5ª Região, 1ª Turma, AC 2000.84.00.000508-5/RN, rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde Cavalcante, DJ 13/12/2007, p. 704)

61. A propósito da comunicação dos clientes quanto à inclusão de informações no Sistema CRC, deve ser salientado que a recente Súmula nº 359, do Superior Tribunal de Justiça (“*Cabe ao órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição*”), não poderá ser indistintamente aplicada ao Banco Central enquanto órgão mantenedor do Sistema CRC. A um, porque se trata de banco de dados de interesse público, com pouca similitude com os cadastros de proteção ao crédito analisados nos julgados que motivaram a edição da referida Súmula e que são, como já explicado, orientados à satisfação de interesses privados; a dois, por não existir relação de consumo entre o Banco Central e as pessoas cujas operações financeiras serão informadas ao Sistema CRC (a autarquia não dispõe sequer do endereço dos clientes); a três, pelo fato de que a notificação obrigatória, caso confirmada, inviabilizaria economicamente todo o sistema,¹⁴ vez que teria o Banco Central de comunicar todo e qualquer registro de operação acima do valor previsto na legislação (e não apenas os inadimplementos, que são apontados em caráter meramente facultativo no SPC e no Serasa).

62. É preciso salientar que os serviços prestados pelo SPC e pelo Serasa se constituem em **empresa**, ou seja, em atividade organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, com o intuito de lucro, nos dizeres de Fábio Ulhoa Coelho.¹⁵ Uma definição que não pode ser inteiramente aplicada, seja quanto aos objetivos, seja quanto à estrutura, a quaisquer dos cadastros geridos pelo Banco Central.

63. Em síntese, a fundamentação jurídica adotada pelo egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no tópico “Cadastros de inadimplentes”, não se adequa ao Sistema CRC, em razão de suas particularidades e das normas de interesse público que o regem.

Do Recor – Registro Comum de Operações Rurais

64. O Registro Comum de Operações Rurais (Recor), instituído pela Circular nº 747, de 1982, com base no art. 4º, inciso IX, e art. 10, inciso VI, da Lei

14 Apenas para ilustrar a dimensão do Sistema CRC para o Banco Central, segundo a informação prestada pelo Desig, em maio de 2008, o Sistema apresentava dados relativos a aproximadamente 56,9 milhões de operações de crédito, de responsabilidade de cerca de 17,6 milhões de clientes. O processamento dos dados, quando da recepção das informações por parte do Banco Central tem levado cerca de 10 (dez) dias corridos para sua conclusão.

15 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3-4.

nº 4.595, de 1964; nos art. 5º e 6º, da Lei nº 4.829, de 1965; e no art. 39, alíneas *a* e *b*, do Decreto nº 58.380, de 1966, tem como finalidade dotar o Banco Central dos meios necessários ao cumprimento de suas atribuições de **direção, coordenação e fiscalização das deliberações do Conselho Monetário Nacional acerca do crédito rural**, bem como suprir os órgãos públicos de dados e informações estatísticas relativas aos créditos concedidos ao setor agropecuário.

65. São objetivos específicos do Recor:

- a) efetuar o levantamento estatístico dos empréstimos concedidos para as finalidades agropecuárias;
- b) dotar a fiscalização de instrumento capaz de apontar “indícios de duplicidade” e, assim, evitar o paralelismo de assistência creditícia;
- c) possibilitar melhor acompanhamento das operações de crédito rural;
- d) possibilitar melhor acompanhamento e controle das operações enquadradas no Proagro.

66. Remetem informações para o Recor todas as instituições integrantes do Sistema Nacional de Crédito Rural (SNCR) que destinam recursos para aplicação no setor agropecuário. Em 2007, participaram do SNRC 402 instituições, assim divididas: 3 bancos oficiais federais, 11 bancos oficiais estaduais, 27 bancos privados e 361 cooperativas de crédito rural.

67. A consulta aos dados do Recor pode ser feita pelas próprias instituições que operam com crédito rural. Alguns órgãos públicos, tais como o Ministério da Agricultura, Pecuária e do Abastecimento, o Ministério do Desenvolvimento Agrário e o Ministério, também podem consultar a base de dados do Recor, exclusivamente no que se refere a informações não-protégidas pelo sigilo bancário.

68. Como se pode observar, o Recor guarda semelhança com o Sistema CRC no que tange aos objetivos e às normas de direito público que o regem, de modo que as mesmas observações anteriormente feitas, de incompatibilidade com a fundamentação jurídica adotada pelo egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a ele se aplicam.

Do Cadip – Sistema de Registro de Operações de Crédito com o Setor Público

69. O Sistema de Registro de Operações de Crédito com o Setor Público (Cadip), instituído pela Resolução nº 2.008, de 1993, tem como finalidade registrar todas as operações de crédito realizadas por órgãos e entidades do setor público junto ao SFN e à União.

70. O Cadip é composto de quatro módulos:

- a) Módulo I – Informações Cadastrais, no qual é identificada cada operação, com dados sobre a instituição financeira credora, o órgão ou entidade tomador dos recursos ou prestador de garantia, o valor, a data de contratação da operação, a taxa de juros pactuada, a modalidade da operação, outros referenciais de remuneração (indexador ou moeda), a fonte de recursos utilizada, a garantia oferecida e os cronogramas de liberação de recursos e de pagamento;
- b) Módulo II – Movimentação de Liberação e Pagamento, que permite o acompanhamento da evolução da operação, com dados sobre as parcelas de recursos liberados, as parcelas de recursos resgatados, o saldo devedor e outras informações (encargos, multa/mora etc);
- c) Módulo III – Informações Mensais, que contém o saldo devedor mensal de cada operação, permitindo acompanhar o montante da dívida pública contratual junto ao SFN e União;
- d) Módulo IV – Situação do Tomador, no qual se identifica a situação do ente público com referência aos compromissos financeiros de suas operações (adimplência / inadimplência).

71. Os dados do Cadip podem ser consultados pelas instituições supervisionadas, exclusivamente, com relação às operações por elas contratadas, respeitando assim o sigilo bancário. A Secretaria do Tesouro Nacional também pode ter acesso a algumas informações do Cadip, não incluídas aquelas protegidas pelo sigilo bancário.

72. Os registros do Cadip, além de não se referirem a qualquer relação de consumo, têm uma natureza nitidamente orçamentária, não enquadrada no espectro das considerações feitas pelo egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Do CCF – Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos

73. O Cadastro de Emitentes de Cheques Sem Fundos (CCF) contém os nomes dos correntistas responsáveis pela emissão dos cheques devolvidos duas vezes por falta de fundos ou em face de conta encerrada, e foi instituído pela Circular nº 559, de 1980, com a finalidade de combater a prática ilegal de emissão de cheques sem fundos e proporcionar maior confiança nesse meio de pagamento.

74. São usuários das informações constantes do CCF:

- a) as instituições financeiras integrantes do Serviço de Compensação de Cheques e Outros Papéis (SCCOP);
- b) as instituições de proteção ao crédito, legalmente instituídas, mediante convênios firmados com o Banco do Brasil S/A;
- c) o próprio Banco Central do Brasil.

75. **O Banco Central não é o órgão mantenedor do CCF.**¹⁶ Este cadastro é operacionalizado pelo Banco do Brasil S/A por meio do SCCOP, nos termos do art. 19, inciso IV, da Lei nº 4.595, de 1964, e por delegação de competência do Banco Central, que tem a atribuição de regulamentar o sistema.

76. Pelo CCF o banco sacado é obrigado a fornecer, quando solicitado pelo portador do cheque devolvido por falta de fundos, todas as informações que permitam a identificação e a localização do emitente. Ao recusar o pagamento, a instituição financeira deve manter registro da ocorrência no caso daqueles cheques devolvidos e providenciar a imediata comunicação ao emitente, com vistas à regularização da situação.

77. A instituição financeira tem prazo de 15 dias, contados da data de devolução do cheque, para incluir o emitente no CCF. O controle e a guarda dos documentos, com as devidas anotações relativas aos cheques que motivaram a inclusão de correntistas nesse cadastro, são feitos pelos bancos sacados pelo prazo de até 5 anos (tempo em que a ocorrência pode figurar no CCF).

78. Os pedidos de correntistas para exclusão de nomes no CCF devem ser apresentados à agência bancária que comandou a inclusão, mediante a

16 Como reconhecido pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do MS 10.484/DF, Rel. Ministro José Delgado, “autoridade coatora é aquela que possui atribuição para corrigir a ilegalidade praticada e impugnada via mandado de segurança. O Presidente do Bacen é parte ilegítima para figurar no feito, por caber ao Banco do Brasil S/A, na qualidade de executante do serviço de compensação de cheques, proceder às inclusões e exclusões no Cadastro de Cheques sem Fundos (CCF).”

comprovação do pagamento do cheque que originou a ocorrência, admitidas as seguintes formas:

- a) apresentação do cheque que originou a ocorrência;
- b) extrato de conta (original ou cópia) em que figure o débito relativo ao cheque que deu origem à ocorrência;
- c) na impossibilidade de apresentar os documentos citados, se aceita declaração do beneficiário dando quitação ao débito, devidamente autenticada em tabelião ou abonada pelo banco endossante, acompanhada da cópia do cheque que deu origem à ocorrência, bem como das certidões negativas dos cartórios de protesto relativas ao cheque, em nome do emitente.

79. Comprovado o pagamento, o banco não pode deixar de examinar e comandar, no prazo máximo de cinco (5) dias úteis, contados da data da entrega do pedido do cliente, a exclusão do nome deste último. O Banco do Brasil S/A tem o prazo máximo de cinco (5) dias úteis para consolidar e distribuir às instituições inscritas no SCCOP as inclusões e exclusões de ocorrências.

80. Caso o pedido de exclusão do CCF seja indeferido pela agência do banco sacado, o correntista poderá recorrer à sua administração superior. Na hipótese de ser mantido o indeferimento, caberá, ainda, recurso ao Banco Central.

81. O registro de cliente no CCF não impede a instituição financeira de abrir, manter ou encerrar conta de depósitos a vista cujo titular figure ou tenha figurado no CCF, mas proíbe, por questões de interesse coletivo, o fornecimento de talonário de cheques ao depositante enquanto seu nome figurar no CCF.

Do Cadin – Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal

82. O Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal (Cadin) tem uma natureza diversa dos demais cadastros examinados até o momento, vez que não se refere a informações sobre devedores junto às instituições do Sistema Financeiro Nacional, embora contenha dados de natureza cadastral. Ele é um sistema que contém nomes de pessoas físicas e jurídicas responsáveis por obrigações pecuniárias vencidas e não pagas para com órgãos e

entidades da administração pública federal direta e indireta, instituído com base na Lei nº 10.522, de 2002, e na Portaria nº 685, de 2006.

83. **O Cadin tem como finalidade tornar disponíveis**, à Administração Pública Federal e às entidades por ela controladas, **informações sobre créditos não quitados para com o setor público**, permitindo a análise dos riscos de crédito e a uniformização dos procedimentos e condutas dessas entidades, com vistas à administração seletiva dos recursos existentes.

84. É obrigatória a consulta prévia do Cadin pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para:

- a) realizar operações de crédito que envolvam a utilização de recursos públicos;
- b) conceder incentivos fiscais e financeiros;
- c) celebrar convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos.

85. Devem ser objeto de inscrição obrigatória no Cadin todas as dívidas iguais ou superiores a R\$10.000,00. A inscrição de dívidas de valor inferior a R\$10.000,00 e igual ou superior a R\$1.000,00 pode ser realizada a critério do credor. Independentemente da quantidade de operações passíveis de inclusão no Cadin, cada devedor é cadastrado uma única vez por credor, que manterá, sob sua responsabilidade, informações detalhadas sobre as operações ou situações que tenha registrado no sistema.

86. A inclusão no Cadin far-se-á setenta e cinco dias após a comunicação ao devedor da existência do débito passível de inscrição naquele Cadastro, fornecendo-lhe todas as informações pertinentes ao débito. A comunicação é feita pelo próprio órgão da Administração Pública federal credor da operação, que também é o responsável pela inclusão dos dados no Sistema. Tratando-se de comunicação expedida por via postal ou telegráfica, para o endereço indicado no instrumento que deu origem ao débito, deve-se considerar entregue após quinze dias da respectiva expedição. Comprovada a regularização da situação que deu causa à inclusão no Cadin, o órgão ou entidade responsável pelo registro realizará a sua baixa, no prazo de cinco dias úteis.

87. A gestão operacional do Cadin é responsabilidade do Banco Central, observada a regulamentação expedida pela Secretaria do Tesouro Nacional

(STN) do Ministério da Fazenda, e está limitado à administração das informações constante no banco de dados. As informações são disponibilizadas aos órgãos e as entidades integrantes do Cadin e às pessoas físicas e jurídicas que tenham convênio formal com o Banco Central para consultar os respectivos registros. Além disso, o BCB fornece o suporte técnico-operacional necessário ao processamento, controle e acompanhamento do fluxo de informações que garanta o pleno funcionamento do sistema.

88. Apesar de ser o Banco Central o órgão mantenedor do Cadin, a responsabilidade pela inclusão e exclusão de seus dados é exclusiva das entidades públicas credoras de obrigações pecuniárias vencidas e não pagas, nos termos dos §§ 1º e 5º da Lei nº 10.522, de 2002. No mesmo sentido já decidiu a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em mais de uma oportunidade:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INSCRIÇÃO NO CADIN. BACEN. ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1. O Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (Cadin), regulado pela Lei nº 10.522/02 (conversão da Medida Provisória 2.176-79/01), contém a relação das pessoas físicas ou jurídicas responsáveis por obrigações pecuniárias vencidas e não pagas, para com órgãos ou entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta (art. 2º, I) ou que estejam com a inscrição no CPF suspensa ou cancelada ou com a inscrição no CGC declarada inapta (art. 2º, II).

2. A inclusão de nomes no cadastro é feita sob “exclusiva responsabilidade” das entidades credoras (art. 2º, § 1º), às quais caberá, também, as providências necessárias à respectiva exclusão, quando for o caso (art. 2º, § 5º).

3. O Banco Central do Brasil tem, em relação ao Cadin, a função de mero centralizador das informações (art. 3º). Assim, ressalvada a hipótese em que a inclusão ou a não-exclusão do nome no Cadin decorra de ato do próprio Banco Central, não cabe a ele, e sim à entidade responsável pelo fornecimento da informação, responder por demandas decorrentes do cadastramento. Precedentes.

2. Recurso especial provido.

(REsp 495038/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15/3/2005, DJ 4/4/2005, p. 170)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO NO CADIN. AUTORIDADE COATORA.

BACEN. ILEGITIMIDADE.

I – O Banco Central do Brasil funciona como mero gestor do Cadin – Cadastro Informativo dos créditos de órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta, sendo tais entidades e órgãos os responsáveis pela inclusão ou exclusão de inscrições no referido cadastro.

II – Assim sendo, serão eles, e não o Bacen, partes legítimas a figurar no pólo passivo, como autoridades coatoras, em mandado de segurança que objetiva a retirada de nome inscrito no Cadin.

III – Recurso especial parcialmente provido, apenas para excluir o Bacen do pólo passivo, devendo o mandamus prosseguir com relação à outra parte.

(REsp 331.371/RN, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 17/2/2004, DJ 28/4/2004, p. 222)

Do CCS – Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional

89. Assim como o Cadin, o Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS) não se refere a informações sobre devedores junto às instituições do Sistema Financeiro Nacional. Como explanado no Parecer PGBC-204/2008 (cópia anexa), ele foi instituído pela Lei nº 10.701, de 2003, que acrescentou o art. 10-A¹⁷ à Lei nº 9.613, de 1998 (Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro). Conferindo aplicabilidade ao dispositivo legal, o Banco Central baixou, inicialmente, a Circular BCB nº 3.287, de 2005. Depois dela, foram editadas as Circulares nºs 3.296, de 2005, e 3.301, também de 2005. Todas estas circulares encontram-se atualmente revogadas, porquanto disciplina agora a matéria a Circular BCB nº 3.347, de 2007.

90. Sobre o alcance do CCS, dispõe o art. 1º da Circular 3.347, de 2007:

Art. 1º Constituir, no Banco Central do Brasil, o Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro Nacional (CCS), destinado ao registro de informações relativas a correntistas e clientes de instituições financeiras, das demais instituições por ele autorizadas a funcionar e das administradoras de consórcios, bem como a seus representantes legais ou convencionais.

17 “Art. 10-A. O Banco Central manterá registro centralizado formando o cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras, bem como de seus procuradores.”

Parágrafo único. Consideram-se correntistas e clientes as pessoas físicas ou jurídicas, residentes, domiciliadas ou com sede no País ou no exterior, que detenham a titularidade de contas de depósitos ou ativos financeiros sob a forma de bens, direitos e valores mantidos ou administrados nas instituições de que trata o *caput*.

91. Acrescenta o art. 2º do mesmo ato normativo:

Art. 2º O CCS consiste em sistema informatizado, sob a gestão do Banco Central do Brasil, com a capacidade de:

I – armazenar as seguintes informações de correntistas ou de clientes, bem como de seus representantes legais ou convencionais:

- a) número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF);
- b) CNPJ da instituição com a qual mantenha relacionamento;
- c) datas de início e, se for o caso, de fim do relacionamento com a instituição;

II – propiciar o atendimento de solicitações, formuladas pelas autoridades legalmente competentes, do detalhamento de informações sobre:

a) o relacionamento mantido entre as instituições de que trata o art. 1º e seus correntistas, clientes e respectivos representantes legais ou convencionais, quando houver, a partir dos dados referentes ao CPF ou ao CNPJ;

b) correntistas, clientes e respectivos representantes legais ou convencionais, a partir do conjunto de dados composto pelo número da conta, código da agência e CNPJ da instituição financeira.

§ 1º Para fins de atendimento às solicitações de que trata o inciso II, as contas de depósitos e os ativos financeiros de que trata o art. 1º devem ser agrupados da seguinte forma:

I – Grupo 1: contas de depósitos a vista;

II – Grupo 2: contas de depósitos de poupança;

III – Grupo 3: contas-correntes de depósitos para investimento;

IV – Grupo 4: outros bens, direitos e valores;

V – Grupo 5: contas de depósitos em moeda nacional, no País, tituladas por pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou com sede no exterior.

§ 2º Do detalhamento de que trata o inciso II, alínea a, devem constar as seguintes informações:

I – natureza da conta de depósitos ou a existência de outros ativos financeiros, conforme o agrupamento estabelecido no § 1º;

II – número da conta de depósitos e respectiva agência, para os ativos incluídos nos grupos 1, 2, 3 e 5;

III – data de abertura de cada conta de depósitos titulada pelo cliente e,

- quando for o caso, a respectiva data de encerramento;
- IV – data de início e, quando for o caso, de término do relacionamento decorrente da manutenção de ativos financeiros incluídos no Grupo 4;
- V – tipo do vínculo mantido com a pessoa física ou jurídica, indicando se é titular, representante legal ou convencional;
- VI – nome completo ou razão social dos titulares e dos respectivos representantes legais ou convencionais, quando houver;
- VII – data de início da vigência do vínculo na qualidade de representante legal ou convencional e, quando for o caso, a respectiva data de término.
- § 3º Do detalhamento de que trata o inciso II, alínea b, devem constar as seguintes informações:
- I – natureza da conta de depósitos, conforme o agrupamento estabelecido no § 1º;
- II – datas de abertura e, quando for o caso, de encerramento da conta de depósitos;
- III – nome completo ou razão social dos titulares da conta de depósitos e dos respectivos representantes legais ou convencionais, quando houver;
- IV – tipo do vínculo mantido com a pessoa física ou jurídica, indicando se é titular, representante legal ou convencional;
- V – data de início da vigência do vínculo na qualidade de representante legal ou convencional e, quando for o caso, a respectiva data de término.

92. Atualmente, o CCS registra informações relativas a correntistas e clientes de bancos comerciais, múltiplos, de investimento e caixas econômicas, bem como relativas aos seus representantes legais ou convencionais, desde que vinculadas à titularidade sobre contas de depósitos ou outros ativos financeiros, sob a forma de bens, direitos ou valores, mantidos ou administrados por aquelas instituições.

93. As informações do CCS encontram-se organizadas em dois níveis. No primeiro, há o simples registro dos relacionamentos mantidos entre cada uma das instituições participantes e os seus correntistas e clientes (data de início e data do fim de cada relacionamento). No segundo, está o detalhamento de cada um dos relacionamentos registrados, que consiste em informações pertinentes a cada um dos bens, direitos ou valores vinculados a um determinado relacionamento, observada a seguinte categorização: contas de depósito a vista; contas de depósitos em poupança; contas-correntes de depósitos para investimento; contas de depósitos em moeda nacional, no País, tituladas por pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou com sede no exterior; e outros bens, direitos e valores.

94. Como pontos importantes do CCS, ressalte-se que:

- a) não constam dados representativos de valores relacionados a bens e direitos, tais como extratos de movimentações financeiras e saldos de contas ou de aplicações de qualquer natureza;
- b) somente os magistrados, os procuradores vinculados à Advocacia-Geral da União e, com a devida autorização do Poder Judiciário, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) e o Ministério Público, têm acesso às informações constantes do CCS.

95. Tal dinâmica revela, de imediato, que **o CCS não se reveste das características de arquivo de consumo, muito menos de cadastro de devedores**. Ao revés, cuida-se de cadastro de credores (das instituições financeiras), muito embora sem o detalhamento do valor ou da espécie do crédito.

96. Ademais, o CCS não decorre de relação de consumo existente entre o Banco Central e os cadastrados ou os cadastradores, e sim de relação jurídica de direito administrativo, do poder de polícia, do poder-dever do Banco Central de exercer a supervisão do Sistema Financeiro Nacional e de colaborar com os órgãos incumbidos da persecução penal. Tanto as teses desenvolvidas pelo egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca dos cadastros de inadimplentes quanto o enunciado da Súmula nº 359 do Superior Tribunal de Justiça a ele não se aplicam, pelas mesmas razões já apontadas quando do exame do Sistema CRC (inclusive quanto à inviabilização econômica do cadastro caso se exija a notificação prévia dos milhões de correntistas e clientes de instituições financeiras do Brasil acerca de toda e qualquer inclusão de dados).

CONCLUSÃO

97. À luz de todo o exposto, pode-se concluir que:

- a) no tocante à livre pactuação de juros no âmbito do Sistema Financeiro, não é apropriada a utilização das taxas médias divulgadas pelo Banco Central como critério exclusivo para a caracterização de prática abusiva, na forma da legislação consumerista;
- b) é constitucional e autorizada pela vigente e com força de lei Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, a cobrança de juros capitalizados em período inferior a um ano por instituição integrante do Sistema Financeiro;

- c) não há relação direta entre as taxas médias divulgadas pelo Banco Central e a comissão de permanência, cuja finalidade é compensar a instituição financeira pelo não-pagamento no prazo acordado;
- d) o Banco Central não é o órgão mantenedor de quaisquer cadastros de proteção ao crédito cujas características os sujeitem aos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, de modo que as considerações constantes do acórdão recorrido (tópico “*Cadastros de inadimplentes*”) e o teor da Súmula nº 359 do Superior Tribunal de Justiça a eles não se aplicam; muito ao contrário, os cadastros geridos pelo Banco Central revestem-se de caráter público, não se assemelhando a cadastros de devedores como o Serasa e o SPC.

Este é o parecer, que se submete à consideração de Vossa Senhoria e que, se aprovado, poderá ser remetido ao colendo Superior Tribunal de Justiça a título de subsídio para o julgamento do Recurso Especial nº 1.061.530-RS.

Amílcar Ramirez Figueiredo M. de Lemos

Assessor Jurídico

Flávio José Roman

Coordenador-Geral

Aprovo a manifestação, que bem equaciona a matéria em debate, pois, de fato, o Banco Central não institui taxa de juros média para servir de limite à cobrança de juros ou comissão de permanência em contratos bancários. Tampouco, é órgão mantenedor de quaisquer cadastros sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor.

2. Remeta-se por meio do Ofício PGBC-13643/2008, que subscrevo, o presente parecer ao ilustre relator do Recurso Especial nº 1.061.30-RS.

Após, transitem os autos pelo Gabinete da Presidência para conhecimento da providência adotada.

Luiz Ribeiro de Andrade

Subprocurador-Geral

Parecer PGBC-239/2008

Análise do Projeto de Lei nº 3.161, de 2008, por meio do qual se propõe, como forma de coibir a interposição de recursos protelatórios no processo civil, a fixação de critérios para a incidência de juros progressivos de acordo com o número de recursos interpostos, caso estes não sejam conhecidos ou, uma vez conhecidos, sejam improvidos.

Amílcar Ramirez Figueiredo M. de Lemos
Assessor Jurídico

Luiz Ribeiro de Andrade
Subprocurador-Geral do Banco Central

Francisco José de Siqueira
Procurador-Geral do Banco Central

Parecer PGBC-239/2008

Proc. 0801425429

Ofício 503/AAP/GM-MF – Assessoria para Assuntos Parlamentares do Ministério da Fazenda – Projeto de lei nº 3.161/2008 – Processo Civil – Proposta de fixação de juros progressivos, de acordo com o número de recursos interpostos, caso estes não sejam conhecidos ou, uma vez conhecidos, sejam improvidos – Análise e opinamento.

Senhor Subprocurador-Geral,

ASSUNTO

O Ministério da Fazenda solicitou à Assessoria Parlamentar do Banco Central, por meio do Ofício 503/AAP/GM-MF, a elaboração de parecer sobre o mérito do Projeto de Lei 3.161, de 2008, de autoria do Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia, por meio do qual foi proposto o acréscimo de parágrafos ao art. 293 do Código de Processo Civil, fixando critérios para a incidência de juros progressivos de acordo com o número de recursos interpostos, caso estes não sejam conhecidos ou, uma vez conhecidos, sejam improvidos. Confirmada, por meio de despacho do senhor Procurador-Geral, a existência de interesse na manifestação sobre o assunto, os autos foram encaminhados a esta Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes para a elaboração de parecer.

2. Como justificativa para a modificação das normas processuais civis que dispõem sobre o manejo de recursos pelos litigantes no processo civil, afirmou o autor do Projeto de Lei:

A principal reclamação que paira sobre o funcionamento do Poder Judiciário refere-se à demora na prestação jurisdicional. Esse atraso gera falta de efetividade das decisões proferidas que, não raras vezes, quando finalmente chegam à fase final de execução já não mais encontram

condições fáticas suficientes para se tornarem reais e efetivas.

Nesse diapasão, dois são os principais “gargalos” a serem atacados na legislação infraconstitucional: excesso de recursos e a morosidade do procedimento de execução.

Na primeira vertente, temos que acrescentar ao grande número de recursos possíveis, a impunidade absoluta daqueles que se utilizam desta via processual como forma de procrastinar o andamento dos feitos.

Tal se dá sob o manto do direito fundamental de acesso à justiça.

O acesso deve ser garantido, mas não é infinito, tampouco gratuito, devendo a parte que se utiliza indevidamente do Judiciário, protelando a solução de um problema e a almejada paz social por simples inconformismo, ser penalizada por sua atitude.

De outra sorte, àquele que é prejudicado por tal atitude deve ser reparado de alguma forma em razão da demora imposta.

Este [é] o objetivo da norma proposta: desestimular a interposição de recursos desnecessários ou meramente protelatórios mediante a fixação de critérios para incidência de juros progressivos de acordo com o número de recursos interpostos.

O recorrente passará a suportar, mesmo que em grau pequeno, os riscos do recurso, devendo avaliar, antes da interposição, se o custo de sua iniciativa será compensatório.

Esta iniciativa só tem a contribuir com a celeridade processual, gerando decisões definitivas mais céleres e um interesse maior do devedor em pagar seu débito o mais rápido possível, auxiliando na objetivada efetividade do processo.

Os dispositivos sugeridos devem ser acrescentados ao artigo 293, que trata do pedido, por ser o único que faz referência à incidência dos juros no Código de Processo Civil, sendo a matéria pertinente tanto ao pedido quanto à parte de recursos e à de execução.

Os novos dispositivos visam justamente a progressividade dos juros de forma que, ao recorrer de uma decisão judicial, o interessado tenha conhecimento de que, não sendo recebido seu recurso ou sendo negado provimento ao mesmo, passará a pagar juros em dobro a contar de data de interposição do recurso. É o que estabelece o § 1º.

Seguindo a mesma disciplina, o § 2º contempla a progressividade da taxa de juros em caso de interposição de novos recursos.

Observe-se que as normas sugeridas penalizam sempre e apenas o recorrente que não obtém êxito em seu recurso, ou seja, aquele que fez com que o processo demorasse mais do que o necessário, pois estava correta a decisão anterior.” (fls.4/5)

3. Conforme informações prestadas pela Assessoria Parlamentar, a proposição em exame se encontra atualmente na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, tendo sido designado como relator o Deputado Federal Eduardo Cunha.

ANÁLISE

4. Ensina Sílvio de Salvo Venosa:

O conceito de juros não se apresenta na lei. Juros são a remuneração que o credor pode exigir do devedor por se privar de uma quantia em dinheiro. Os juros são precipuamente em dinheiro e em retribuição de uma quantia em dinheiro, embora nada impeça a entrega de juros em espécie nas obrigações fungíveis que tenham por objeto outras coisas que não dinheiro (cf. Von Thur, 1934, p. 1-46). Os juros retribuem o capital paulatinamente, dependendo do prazo de duração da obrigação.¹

5. A doutrina classifica os juros com base em diversos critérios, dentre os quais se destacam o da origem – e, nesse aspecto, os juros podem ser legais ou convencionais – e o do fundamento. Nesse último sentido, os juros podem ser moratórios ou compensatórios. André Zanetti Baptista, com grande precisão, leciona:

a finalidade dos juros remuneratórios é recompensar o uso do capital durante certo lapso de tempo fixado no contrato, enquanto a finalidade dos moratórios é a imposição de uma pena ao devedor pelo defeituoso cumprimento de sua obrigação.”²

6. Desta forma, os juros cuja inserção no CPC se busca a partir do projeto de lei em exame poderiam ser classificados, quanto à sua origem, como legais, vez que estariam dispostos em lei e não poderiam ser livremente modificados pelas partes envolvidas no processo.

1 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 157.

2 BAPTISTA, André Zanetti. *Juros: taxas e capitalização*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 149.

7. Sua classificação quanto ao fundamento, no entanto, seria bem mais problemática. Isto porque a parte recorrente, ao interpor o recurso cujo não-conhecimento ou improvimento desencadearia a incidência de juros progressivos, não estaria em mora quanto ao cumprimento de uma obrigação qualquer, muito menos obrigada a compensar alguém pelo fato de tê-lo privado da disponibilidade de um capital. Em síntese: os juros em questão não seriam remuneratórios nem compensatórios.

8. A dificuldade de se encontrar a verdadeira natureza jurídica de tais juros termina por revelar uma certa distorção no uso do instituto. Da maneira como consta da proposta, a lei processual não faria qualquer distinção quanto à existência ou não de precedentes jurisprudenciais favoráveis ou desfavoráveis aos argumentos ofertados pelo recorrente, quanto ao grau de complexidade do caso oferecido à apreciação dos tribunais ou quanto à presença ou não de intenção procrastinatória no manejo do recurso. Atuando desta forma, os juros propostos no projeto em análise revelam provável inconstitucionalidade, pois, embora a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição não esteja prevista no texto da Constituição da República,³ podem privar uma lesão ou ameaça de lesão da apreciação de órgãos do Poder Judiciário.⁴ Para que tal situação ocorra, basta que uma determinada ação judicial tenha seus pedidos julgados procedentes e o réu, receoso da imposição de juros progressivos, não interponha apelação, embora seus argumentos sejam juridicamente relevantes e apresentem chance razoável de êxito.

9. Ademais, o duplo grau de jurisdição, embora não tenha caráter obrigatório, é desejável. Neste sentido é o escólio de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

É mais conveniente dar ao vencido uma oportunidade para o reexame da sentença com a qual não se conformou. Os tribunais de segundo grau, formados em geral por juízes mais experientes e constituindo-se em órgãos colegiados, oferecem maior segurança; e está psicologicamente demonstrado que o juiz de primeiro grau se cerca de maiores cuidados no

3 STF, AI-AgR 513044 / SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 22.2.05, DJ 8.4.05, p. 31, entre outros.

4 Em situação que poderia ser considerada como assemelhada à presente, qual seja a da fixação de custas como possível óbice ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, esclarecem Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery: "Garantia de acesso à justiça não significa que o processo deva ser gratuito. No entanto, se a taxa judiciária for excessiva de modo a criar obstáculo ao acesso à justiça, tem-se entendido ser ela inconstitucional (RT 112/34)" (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *CPC comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 128).

juízo quando sabe que sua decisão poderá ser revista pelos tribunais da jurisdição superior.

Mas o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau é de natureza política: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles. O Poder Judiciário, principalmente onde seus membros não são sufragados pelo povo, é, dentre todos, o de menor representatividade. Não o legitimaram as urnas, sendo o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional ainda incipiente em muitos ordenamentos, como o nosso. É preciso, portanto, que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciais. Eis a conotação política do princípio do duplo grau de jurisdição.²⁵

10. Para a imposição de juros progressivos enquanto sanção processual, o projeto de lei em exame parte de um pressuposto, com a devida vênia, equivocado: o de que todo recurso cujo conhecimento ou provimento é negado pelo Poder Judiciário é, necessariamente, desnecessário ou protelatório. Isto não corresponde à verdade, pois o recurso é o único instrumento por meio do qual determinadas discussões chegam à apreciação de órgãos judiciais como os tribunais de segundo grau, o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores. Adequadamente utilizado, o recurso se revela instrumento valiosíssimo para a uniformização do Direito por meio da segurança jurídica no processo, evitando decisões divergentes em casos semelhantes.

11. Sem prejuízo de tais considerações, a consequência mais grave da fixação de juros progressivos contra recorrentes cujos recursos não foram conhecidos ou não foram providos é, sem dúvida, a desigualdade que ela estabelece entre as partes litigantes. O art. 293 do CPC se reporta aos juros legais compreendidos no pedido, ainda que a eles o autor não se refira explicitamente em sua petição inicial. Como a sentença de improcedência não condena o autor ao pagamento de quaisquer juros (os ônus de sucumbência, nesse caso, se limitariam às despesas processuais – custas, honorários periciais *etc.* – e aos honorários de advogado), conclui-se que o desestímulo à interposição de recursos se dirige apenas ao réu, e não ao proponente da ação. Este poderia interpor recursos flagrantemente procrastinatórios e, ainda assim, não seria alvo da sanção cuja inserção no art.

5 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 74-75.

293 do CPC se propõe. Uma situação que tornaria o Código de Processo Civil incongruente com seus próprios ditames, vez que o art. 125, inciso I, do mesmo *codex* determina ao juiz que trate as partes de forma isonômica. Uma posição, aliás, adequada ao princípio da igualdade previsto constitucionalmente.

12. Deve ser observado ainda que a utilização de juros progressivos como instrumento de desestímulo à interposição de recursos falharia em seu propósito maior, que é o de desafogar a máquina judiciária, porque não identifica, dentre os recorrentes, aqueles com motivos plausíveis para não terem se conformado com a decisão recorrida e aqueles que provocam a manifestação da instância superior simplesmente para retardar os efeitos da condenação. Um determinado recorrente, cujo apelo foi improvido pelo voto de desempate do presidente do órgão julgador após a exposição de argumentos tanto contrários quanto favoráveis, seria tão apenado quanto aquele que sequer teve seu recurso conhecido pelos desembargadores ou ministros, por ser manifestamente improcedente.

13. A manifesta improcedência, aliás, é um dos instrumentos de que se pode valer o Poder Judiciário para evitar o manejo irresponsável ou abusivo de recursos, estando disciplinada pelo art. 557 do CPC juntamente com a manifesta inadmissibilidade, a perda do objeto recursal e outras situações nas quais o relator poderá, por decisão monocrática, negar seguimento – ou, ao revés, dar provimento, também por decisão monocrática, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior – aos recursos submetidos à apreciação do tribunal.⁶ Discorrendo sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero esclarecem:

Pode o relator julgar monocraticamente qualquer recurso a partir do art. 557, CPC, podendo inclusive invocá-lo para decidir o reexame necessário (Súmula 253, STJ: “O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário”). Trata-se de expediente que visa

6 “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.”

a compatibilizar as decisões judiciais e racionalizar a atividade judiciária. A Constituição não determina o juiz natural recursal. O CPC, no entanto, define o juiz natural recursal como sendo o órgão colegiado do tribunal a que compete o conhecimento do recurso. Nesse sentido, o relator, alçando mão do art. 557, CPC, apenas representa o órgão fracionário – a possibilidade de decisão monocrática representa simples delegação de poder do colegiado ao relator. O relator tem o dever de julgar o recurso monocraticamente, preenchidos os requisitos inerentes à espécie, porque aí estará a prestigiar a autoridade do precedente e a patrocinar sensível economia processual.⁷

14. A este instrumento se juntam outros, igualmente já incorporados ao CPC e à Constituição da República, como as súmulas vinculantes (art. 103-A da Constituição⁸), as súmulas impeditivas de recursos (§ 1º do art. 518 do CPC⁹) e a aplicação de multas contra embargos de declaração protelatórios (parágrafo único do art. 538 do CPC¹⁰) e agravos manifestamente inadmissíveis ou

7 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. CPC comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 581.

8 “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

Ademais, como divulgado no sítio do Supremo Tribunal Federal em 15 de agosto de 2008, “na sessão plenária de quarta-feira (13), durante a aprovação da 11ª Súmula Vinculante, que limitou o uso de algemas a casos excepcionais, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, também, conferir a todas as demais Súmulas Vinculantes caráter impeditivo de recursos. Isto significa que as decisões tomadas com base no entendimento do STF não serão passíveis de recurso. O efeito impeditivo de recurso permite aos tribunais negar admissibilidade a Recursos Extraordinários e Agravos de Instrumento que tratem de tema estabelecido nas Súmulas Vinculantes, de modo que esses recursos nem sejam encaminhados à instância superior, isto é, não cheguem ao Supremo. Dessa forma, os tribunais poderão inadmitir, já na origem, os agravos contrários às decisões que negarem a subida dos recursos extraordinários.”

9 “Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.”

10 “Art. 538. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes.

Parágrafo único. Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.”

infundados (§ 2º do art. 557 do CPC). Mas o mais importante dos mecanismos contidos na legislação e à disposição do juiz para a obtenção da razoável duração do processo é, sem dúvida, a imposição de multa e do pagamento de indenização por litigância de má-fé,¹¹ que pode ser aplicada ao recorrente que faz mau uso de seu direito processual por não apenas uma, mas sim três das situações hipoteticamente previstas no art. 17 do CPC: opor resistência injustificada ao andamento do processo, provocar incidentes manifestamente infundados e, mais especificamente, interpor recurso com intuito manifestamente protelatório. A respeito deste tema e da necessidade de serem efetivamente usados os instrumentos postos à disposição dos órgãos julgadores, assim discorreu o ilustre Ministro Mauro Campbell Marques, do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NÃO CONHECIMENTO DE APELAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. NECESSIDADE DA JUNTADA AOS AUTOS DE DOCUMENTO QUE COMPROVE O TERMO INICIAL DO PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DESSE RECURSO. PEÇA FACULTATIVA ESSENCIAL AO DESENVOLVIMENTO DA LIDE. RECURSO ESPECIAL MERAMENTE PROTTELATÓRIO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. APLICAÇÃO DOS ART. 17 E 18 DO CPC. CUMULAÇÃO COM A MULTA IMPOSTA COM BASE NO ART. 538, P. ÚN., DA LEI ADJETIVA CIVIL PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE.

1. A certidão de publicação de sentença é documento facultativo para a formação do instrumento, mas, se se pretende discutir o acerto de decisão que deixa de receber a apelação por intempestividade, esse documento torna-se imprescindível para o enfrentamento da matéria controversa.
2. Em tempos de severas críticas ao Código de Processo Civil brasileiro, é preciso pontuar que pouco ou nada adiantará qualquer mudança legislativa destinada a dar agilidade na apreciação de processos se não houver uma revolução na maneira de encarar a missão dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal.

11 “Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. (Redação dada pela Lei nº 9.668, de 1998).

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.”

3. Na falta de modificação no comportamento das partes e de seus advogados – que seria o ideal –, torna-se indispensável que o Judiciário não compactue com expedientes utilizados unicamente com o objetivo de procrastinar o feito.

4. A razão de ser da multa imposta no Tribunal a quo pelo art. 538, p. ún., do CPC (oposição de embargos de declaração protelatórios) é diferente do motivo por trás da aplicação dos art. 17, incs . IV e VII, e 18 desse mesmo diploma no presente momento (abuso do direito de recorrer caracterizado pela interposição de recurso especial manifestamente procrastinador). Além disso, diversamente do que ocorre para os casos dos embargos de declaração e do agravo previsto no art. 557, o Código de Processo Civil não prevê norma específica para as hipóteses de manejo de recursos extraordinários (em sentido lato) protelatórios.

5. Tendo em conta essa realidade normativa, é possível cumular a multa imposta pelo Tribunal de origem com base no art. 538, p. ún., do CPC com aquela prevista para situações em que restar configurada a litigância de má-fé na interposição de recurso especial (art. 17 e 18 do CPC).

6. Recurso especial não-provido.”

(STJ, REsp 979.505/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 26/8/2008, DJe 24/09/2008, sem destaques no original)

15. Os institutos processuais citados, portanto, além de já estarem previstos na legislação processual civil, são muito mais eficazes na contenção dos recursos meramente procrastinatórios ou abusivos do que uma eventual imposição de juros progressivos, pois evitam que órgãos colegiados dos tribunais superiores se mobilizem para apreciar recursos que não satisfazem pressupostos de admissibilidade, além de tratarem autores e réus de forma isonômica.

CONCLUSÃO

16. Por todo o exposto, pode-se concluir, em linhas sintéticas, que:

- a) os juros cuja inserção no CPC se propõe não são remuneratórios nem compensatórios, faltando-lhes um suporte fático que justifique sua imposição pela legislação processual civil;
- b) tais juros não fariam qualquer distinção entre recursos com argumentação juridicamente relevante e aqueles interpostos de maneira abusiva, no

- caso de não-conhecimento ou de improvimento, de tal modo que poderiam se revelar inconstitucionais por limitar o acesso à jurisdição e por ignorar as diferenças entre recursos úteis para a formação da jurisprudência acerca de determinado assunto e aqueles meramente desnecessários ou procrastinatórios;
- c) mais grave ainda, o projeto de lei trata autores e réus de maneiras distintas quanto ao direito de recorrer, impondo sanções apenas aos últimos, quando a Constituição da República e o Código de Processo Civil não os distinguem unicamente por estarem neste ou naquele pólo da relação processual;
 - d) por estas razões, os juros progressivos que se pretende sejam acrescentados ao art. 293 do CPC não se revelam instrumento constitucional e legalmente válido para limitar a interposição de recursos abusivos, além de serem de eficácia duvidosa por não impedir a mobilização da máquina judiciária na segunda instância ordinária, nos Tribunais Superiores e no Supremo Tribunal Federal;
 - e) de outro lado, há mecanismos de controle do direito de recorrer já encartados no CPC, como as súmulas impeditivas de recursos, a multa e a indenização por litigância de má-fé, que têm maiores chances de êxito na tarefa de auxiliar os órgãos julgadores na busca por uma maior razoabilidade na duração do processo, além de não violarem o princípio da isonomia processual, previsto no art. 125, inciso I, do CPC, e também no art. 5º, *caput*, da Constituição da República.
17. Por tais razões, entendo que falta ao projeto de lei em questão respaldo constitucional.

À consideração de Vossa senhoria.

Amílcar Ramirez Figueiredo M. de Lemos

Assessor Jurídico

De acordo. De fato, como consta da justificativa da proposta legislativa ora examinada, o foco da proposição é impedir ou reduzir a interposição de recursos “desnecessários ou meramente protelatórios”, o que contribuiria para uma prestação jurisdicional mais célere. Contudo, como demonstrado pelo Dr. Amílcar Ramirez Figueiredo M. de Lemos, a proposição ofende o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. Além disso, o Código de Processo Civil já coloca à disposição do Poder Judiciário normas capazes de impedir as partes de se valerem de recursos meramente protelatórios para retardamento da prestação jurisdicional.

Ao senhor Procurador-Geral, em razão da matéria.

Luiz Ribeiro de Andrade
Subprocurador-Geral

Adoto, nos termos do despacho do Subprocurador-geral, a opinião legal assentada pelo Assessor Jurídico Amílcar Ramirez Figueiredo M. de Lemos, que bem aprecia a matéria.

Remeta-se ao Gabinete do Presidente, para conhecimento, indo depois à Aspar, a fim de que ofereça resposta à Assessoria para Assuntos Parlamentares do Ministério da Fazenda, conforme a origem da consulta.

Francisco José de Siqueira
Procurador-Geral

Parecer PGBC-254/2008

Análise da legitimidade, legalidade e natureza jurídica da Comissão de Permanência. Considerações acerca da relação da Comissão de Permanência com a correção monetária, os juros moratórios, a multa moratória e os juros compensatórios. Informações encaminhadas ao Superior Tribunal de Justiça, a título de subsídios para julgamento dos recursos especiais nº 1.063.343/RS e nº 1.058.114/RS sob o rito do art. 543-A do Código de Processo Civil, relativo a recursos repetitivos

Amílcar Ramirez Figueiredo M. de Lemos

Assessor Jurídico

Flávio José Roman

Subprocurador-Geral do Banco Central substituto

Parecer PGBC-254/2008

Proc. 0801428330

Proc. 0801428319

OFÍCIO Nº 006458/2008-CD2S E OFÍCIO Nº 006455/2008-CD2S, AMBOS DA ILUSTRE MINISTRA NANCY ANDRIGHI, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – COMUNICAM A AFETAÇÃO DO JULGAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAIS Nº 1.063.343/RS E Nº 1.058.114/RS PARA OS EFEITOS DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – VIABILIDADE DE MANIFESTAÇÃO ESCRITA PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL – ART. 3º, INCISO I, DA RESOLUÇÃO Nº 8, DE 7 DE AGOSTO DE 2008, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – CONTRATOS BANCÁRIOS – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – COMPREENSÃO A PARTIR DA RESOLUÇÃO CMN Nº 1.129, DE 1986 – REVISÃO PARCIAL (ITEM 37) DO PARECER PGBC-207/2008 – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA E A IMPOSSIBILIDADE DE SUA LIMITAÇÃO AOS JUROS REMUNERATÓRIOS PREVISTOS PARA A ADIMPLÊNCIA – POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COM OUTRAS PARCELAS – RELAÇÃO DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIAS COM CORREÇÃO MONETÁRIA, JUROS MORATÓRIOS, MULTA MORATÓRIA E JUROS COMPENSATÓRIOS – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA E A SUA ABUSIVIDADE – IMPERTINÊNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DA MORA – INFORMAÇÕES AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

ASSUNTO

A ilustre Ministra Nancy Andrichi, do Superior Tribunal de Justiça, relatora dos Recursos Especiais nº 1.063.343/RS e nº 1.058.114/RS, por meio dos Ofícios nº 006458/2008-CD2S e nº 006455/2008-CD2S, ambos de 22 de outubro de 2008, encaminhados ao senhor Presidente do Banco Central do Brasil, dá conhecimento da afetação do julgamento dos referidos recursos à Segunda

Seção, para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil, que trata do processamento de recursos especiais “quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito”, e informou que a autarquia, se quiser, poderá, em 15 dias, se manifestar sobre as matérias debatidas nos referidos recursos.

2. Tais ofícios foram acompanhados de cópia da decisão de afetação, mediante a qual se esclarece que, embora os acórdãos recorridos envolvam diversas matérias relativas aos contratos bancários, quer-se discutir especificamente “sobre a legalidade da cláusula que, em contratos bancários, prevê a cobrança da comissão de permanência na hipótese de inadimplência do consumidor.” (trecho da decisão de afetação).

3. Os acórdãos recorridos, ambos proferidos pelo egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no que toca à matéria relativa à comissão de permanência, foram vazados nos seguintes termos:

APELAÇÃO CÍVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO REVISIONAL.

[...]

ENCARGOS MORATÓRIOS.

– **Comissão de Permanência.** *É vedada a cumulação de comissão de permanência com correção monetária, juros remuneratórios, juros de mora e multa contratual. Também proibida a cobrança de comissão de permanência sem prévia estipulação de índice, em especial quando a sua apuração é contratualmente franqueada à instituição financeira.*

[...]

Comissão de permanência. A comissão de permanência, fruto de elucubrações usurárias, foi a primeira invenção não prevista expressamente em lei, para driblar a taxa de juros de mora limitada legalmente.

[...]

[...] é abusiva a cobrança de comissão de permanência sem prévia estipulação de índice, porque o devedor fica à mercê das disposições do credor

[...]

A súmula 294 do STJ assenta que a comissão de permanência só não é postestativa se for calculada pela taxa média de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil. O Contrato, porém, permite que a comissão de permanência seja apurada pela própria instituição financeira, o que é vedado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, é abusiva a cobrança da comissão, não sendo outra a posição desta Câmara.

(trecho da ementa e do voto do acórdão objeto do Recurso Especial nº 1.063.343/RS, os grifos são do original).

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO GARANTIDO COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.

[...]

COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. Obrigação acessória que vai afastada, na esteira de jurisprudência consolidada. A correção monetária é suficiente, e mais confiável, para servir como fator de recomposição da perda do valor da moeda, corroída pela inflação.

[...]

A Súmula nº 30 do Superior Tribunal de Justiça (‘a comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis’) e o item 7 da Portaria nº 4, de 13/3/1990, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que aditou o elenco de cláusulas abusivas do art. 51 do CDC (são nulas de pleno direito as cláusulas a cobrança de comissão de permanência e correção monetária’) são claros no sentido de vedar a possibilidade de cumulação destes dois fatores na medida em que teriam a mesma finalidade: a de, no mínimo, corrigir o valor real da moeda’) são claros no sentido de vedar a possibilidade de cumulação destes dois fatores na medida em que teriam a mesma finalidade: a de, no mínimo, corrigir o valor real da moeda.

[...]

Assim, vai afastada a comissão de permanência, vez que a unilateralidade conferida ao credor para a fixação do seu valor ofende o disposto no art. 122, “segunda parte”, do novo Código Civil (mera repetição do art. 115, “segunda parte”, da codificação revogada).

(trecho da ementa e do voto do acórdão objeto do Recurso Especial nº 1.058.114/RS).

4. Vale destacar, ainda, que os Ofícios remetidos pela ilustre ministra do Superior Tribunal de Justiça se fizeram acompanhar, além da cópia integral dos acórdãos recorridos, das razões de recurso especial, da certidão de que não foram apresentadas contra-razões ao especial e das decisões de admissão dos recursos especiais e extraordinários.

5. Considerando que a questão relativa à comissão de permanência merece o pronunciamento desta Autarquia, em especial pelo fato de que a cobrança é autorizada por ato normativo editado pelo Conselho Monetário Nacional, passa-se, sem mais delongas, à análise da matéria.

ANÁLISE

Esclarecimentos preliminares: o julgamento do Recurso especial nº 1.061.530/Rs

6. É sabido que a comissão de permanência já mereceu pronunciamento desta Procuradoria-Geral, para fins de recurso especial afetado à Segunda Seção para julgamento nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, em resposta ao Ofício nº 004253/2008-CD2S, do ilustre Ministro Ari Pargendler.

7. Naquela oportunidade, foi elaborado o Parecer PGBC-207/2008, encaminhado por meio do Ofício PGBC-13643/2008, à consideração do colendo Superior Tribunal de Justiça. No Ofício, fez-se questão de consignar que:

o recurso especial em apreço [referia-se ao Recurso Especial nº 1.061.530/RS] aborda diversas questões, como destacou Vossa Excelência: a) juros remuneratórios, b) capitalização de juros, c) mora, **d) comissão de permanência**, e) inscrição do nome do devedor em cadastro de proteção ao crédito; e f) disposições de ofício no âmbito de julgamento da apelação acerca de questão não devolvidas ao tribunal. Portanto, não se mostrou tarefa simples abordar tais questões em prazo relativamente exíguo. A matéria envolveu, por não ser exclusivamente jurídica, a área técnica especializada da Autarquia. Assim, caso Vossa Excelência entenda pela insuficiência ou pela necessidade de complementação de qualquer informação para o julgamento do recurso especial, o Banco Central coloca-se à inteira disposição desse colendo Tribunal. (o grifo não é do original).

8. No julgamento do Recurso Especial nº 1.061.530/RS pela ilustrada Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, inicialmente, na sessão do dia 8 de outubro de 2008, a Ministra Nancy Andrichi, relatora, proferiu pelo voto pelo não-conhecimento do recurso especial, pois que não caracterizada a divergência

jurisprudencial. Logo, não havia se pronunciado sobre o mérito da matéria. Contudo, na sessão do dia 22 de outubro de 2008, a ilustre Ministra reformulou seu voto para considerar que o dissídio jurisprudência era notório e, no mérito, negar provimento ao recurso da instituição financeira por considerar ilegal a cobrança da comissão de permanência.

9. É mister salientar que a ilustre ministra relatora, em seu voto,¹ destaca a dificuldade em se chegar a uma definição ou mesmo conhecer a natureza jurídica da comissão de permanência. Nesse passo, destacou trecho do pronunciamento do Parecer PGBC-207/2008:

O Banco Central do Brasil, ao responder o convite para se manifestar neste incidente de processo repetitivo, afirmou, expressamente, desconhecer os encargos que compõem a comissão de permanência:

“Não é possível saber com antecedência os encargos que a instituição financeira deverá arcar para reequilibrar sua situação líquida após o atraso no pagamento, ante a existência de inúmeras variáveis (como a disponibilidade de crédito no mercado, os custos operacionais de cada instituição financeira, sua situação patrimonial, etc.), razão pela qual a **permanência no inadimplemento** gera diferentes encargos em cada contrato, a depender de suas especificidades e do momento em que o atraso no pagamento ocorre.” (grifo no original).

10. As informações prestadas pela Federação Brasileira de Bancos (Febraban), segundo o voto da ministra relatora, também destacam a total falta de uniformidade na maneira como as instituições financeiras calculam a comissão de permanência, “o que dificulta sobremaneira qualquer categorização definitiva.” (trecho do voto). Mais à frente, destacou a ministra que:

As enormes variações constatadas das respostas ao ofício demonstram que cada banco trata da cláusula de comissão de permanência de maneira particular e diferenciada, o que impossibilita o conhecimento pelo consumidor daquilo que está pagando, além de inviabilizar a comparação dos custos da inadimplência face aos outros bancos.

1 Embora o acórdão ainda não tenha sido publicado, o sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça já disponibilizou o relatório e o voto proferidos pela ilustre relatora, que lavrará o acórdão.

11. Não obstante tais dificuldades, o voto da ministra relatora esclarece que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acabou por firmar a natureza tríplice da comissão de permanência: “índice de remuneração do capital (juros remuneratórios), atualização da moeda (correção monetária) e compensação pelo inadimplemento (encargos moratórios).” Daí por que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça teria assentado que a comissão de permanência não deve ser cumulada com nenhum outro encargo, seja a título de remuneração, atualização ou mora. Em síntese, segundo a relatora, a atual jurisprudência da Segunda Seção está pacificada no sentido de admitir a cobrança da comissão de permanência, desde que não cumulada com nenhum outro encargo — seja a título de remuneração, correção monetária ou de mora —, limitada às taxas contratuais.

12. A ilustre relatora, contudo, não abona a jurisprudência da Corte, pois pretende mais: considera, ao final de seu voto, que a comissão de permanência, justamente em razão da variabilidade de formas de apuração adotadas pelas instituições financeiras, constatadas nas respostas aos ofícios requisitados à Febraban e ao Banco Central, impede o conhecimento, pelo consumidor bancário, dos valores a que estará sujeito a pagar em caso de inadimplência. Cita, no ponto, expressamente a manifestação da Febraban: “*é impossível apontar critérios uniformes de cálculo da comissão de permanência*”. Nessas condições, a ilustre relatora considera que a cobrança de comissão de permanência infringe diversos princípios da legislação consumerista, que exemplifica: transparência, boa-fé, equilíbrio contratual, direito à informação adequada e clara sobre os produtos e serviços e direito à informação prévia. Daí a conclusão enfática de seu voto:

Logo, deve ser definitivamente excluída a cláusula de comissão de permanência, mesmo quando expressamente pactuada, permitindo-se aos bancos-credores, para o período de inadimplência, a cobrança especificada dos seguintes encargos, numericamente individualizados: (i) juros remuneratórios, limitados pela taxa pactuada ou calculados à taxa média de mercado; (ii) juros moratórios, de acordo com a lei aplicável; (iii) multa moratória de 2%, nos termos do art. 52, § 1º, do CDC; e (iv) correção monetária, se for a hipótese.

13. A força dos argumentos da ilustre relatora, contudo, não foi suficiente para sensibilizar os demais ministros da colenda Seção. Assim, vencida a relatora e o ilustre Desembargador convocado Carlos Fernando Mathias, decidiu-se pelo não-conhecimento do recurso especial quanto à matéria relativa à comissão de permanência, pois o recorrente não havia realizado devidamente o cotejo analítico entre os julgados tidos como divergentes.

14. Como destacado no início dessa análise, a comissão de permanência já mereceu pronunciamento desta Procuradoria-Geral. Contudo, naquela oportunidade, em prazo enxuto, foi preciso abordar diversos aspectos relativos aos contratos bancários, o que permitiu um pronunciamento extremamente sintético quanto à comissão de permanência. Assim, a conclusão do parecer limitou-se a assegurar que: “não há relação direta entre as taxas médias divulgadas pelo Banco Central e a comissão de permanência, cuja finalidade é compensar a instituição financeira pelo não-pagamento no prazo acordado.”

15. Assim, nesta oportunidade, faz-se necessária uma reapreciação da matéria, com a finalidade de desenvolvê-la de forma mais analítica. Principalmente, é preciso considerar, embora vencidos, os doutos argumentos lançados pela ilustre relatora no julgamento do Recurso Especial nº 1.061.530/RS. É mister, portanto, abordar outros aspectos não tratados no primeiro pronunciamento e, se necessário, revisar outros pontos já abordados. É o que se passa a fazer.

Compreensão da natureza jurídica da Comissão de Permanência A partir das normas editadas pelos órgãos de regulação do mercado financeiro

16. O instituto da comissão de permanência foi previsto pela primeira vez no item XIV da, hoje revogada, Resolução CMN nº 15, de 28 de janeiro de 1966, editada com fundamento nos artigos 4º, incisos VI, IX e XII, e 9º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e Decreto-lei nº 1, de 13 de novembro de 1965. Referida resolução dispunha no seguinte sentido:

XIV – Aos títulos descontados ou caucionados e aos em cobrança simples liquidados após o vencimento é permitido aos bancos cobrar do sacado, ou de quem o substituir, “comissão de permanência”, calculada sobre os dias de atraso e nas mesmas bases proporcionais de juros e comissões cobrados ao cedente na operação primitiva.

17. Posteriormente, a Diretoria Colegiada considerou que a Resolução CMN nº 15, de 1966, até então vigente, que abrangia apenas os bancos comerciais, deveria ser estendida a outras instituições financeiras, tudo com a finalidade de se permitir uma atuação uniforme no mercado financeiro, razão pela qual ofereceu minuta de nova resolução, por meio do Voto BCB nº 231, de 13 de maio de 1986. Cabe destacar que a proposta previa, como inovação, a possibilidade de cobrança cumulada de comissão de permanência e juros de mora, na forma da legislação em vigor. Entre outras razões para a ampliação da possibilidade de cobrança da comissão de permanência, o referido Voto BCB salientava que esse instrumento vinha se destacando como “instituto bastante eficaz para **compensar** atrasos no pagamento de débitos” (o destaque não é do original). Daí que, pelo Voto CMN nº 139, de 14 de maio de 1986, a minuta de Resolução foi aprovada e, enfim, foi editada a Resolução CMN nº 1.129, 15 de maio de 1986, com fundamento no art. 4º, incisos VI e IX, da Lei nº 4.595, de 1964, que, logo no seu item I, faculta aos:

bancos comerciais, bancos de desenvolvimento, bancos de investimento, caixas econômicas, cooperativas de crédito, sociedades de crédito, financiamento e investimento e sociedades de arrendamento mercantil cobrar de seus devedores por dia de atraso no pagamento ou na liquidação de seus débitos, além de juros de mora na forma da legislação em vigor, ‘comissão de permanência’, que será calculada às mesmas taxas pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado do dia do pagamento.

18. Não obstante a autorização contida no item I, logo no item seguinte, a Resolução determina a impossibilidade da cobrança de “quaisquer outras quantias **compensatórias** pelo atraso no pagamento dos débitos vencidos.” (o grifo não é do original).

19. Da leitura do ato normativo do CMN que autorizou sua cobrança, percebe-se que a comissão de permanência não diz respeito à remuneração do empréstimo, mas sim aos encargos devidos pelo mutuário no caso de mora no

pagamento, de modo que as chamadas “taxas médias de mercado”, divulgadas pelo Banco Central, a ela **diretamente** não dizem respeito, como, aliás, informou o Depec (Departamento Econômico do Banco Central do Brasil) ao esclarecer que “a taxa de juros relativa à comissão de permanência, mencionada nos autos, não está incluída dentre as modalidades de crédito contempladas na Circular nº 2.957”, justamente o normativo pelo qual a autarquia recebe, das instituições financeiras, os dados utilizados na análise e posterior divulgação das taxas médias mensais de juros praticadas pelo Sistema Financeiro Nacional. Equivale dizer que a comissão de permanência não é cobrada no período de normalidade do contrato, mas sim para a hipótese de inadimplemento como **compensação** pelo atraso.

20. Para que seja possível entender a inexistência de vinculação direta entre a comissão de permanência e a remuneração do contrato, embora a instituição financeira possa utilizar, para fins de ressarcimento pelo atraso no pagamento, as mesmas taxas pactuadas no contrato original, é preciso esclarecer que **a mora do mutuário gera um déficit de caixa cuja cobertura deve ser feita a partir de outros recursos, além daqueles inicialmente pactuados**. Em outras palavras, ao celebrar um contrato de mútuo, o agente financeiro aloca recursos à sua disposição em favor do mutuário, pactuando com este último um cronograma de pagamento; o desrespeito a este cronograma obriga o mutuante a alocar outros recursos para suprir a ausência daqueles que adviriam do pagamento efetuado pelo mutuário, e que acabou não se realizando. Este segundo deslocamento de numerário, por óbvio, não se faz sem custos, pois além da mobilização de sua própria estrutura administrativa, a instituição financeira poderá ser obrigada a buscar, junto a outras instituições que compõem o Sistema Financeiro Nacional, inclusive o Banco Central, o capital faltante para recompor seu patrimônio. A alocação de recursos também poderá ser obtida junto ao público poupador em geral, mediante a promessa de pagamento de juros na oportunidade em que os valores forem sacados; basta imaginar que a instituição estimule outros clientes a fazerem depósitos em contas de poupança. Esse fenômeno foi bem percebido por Marcos Cavalcante de Oliveira:

Todo crédito concedido por um banco comercial está lastreado em um “empréstimo” que esse tomou junto a alguém do público em geral, seja

na forma da emissão de um CDB, de uma caderneta de poupança ou do acatar um depósito em uma conta corrente. Todo empréstimo registrado no ativo do balanço de uma instituição financeira tem como contrapartida um valor registrado no passivo. O banco só empresta aquilo que ele toma emprestado. As pessoas que estão dispostas a prover ao banco seus recursos (ou seja, emprestar ao banco, p. ex., comprando um CDB) só o fazem porque a instituição financeira faz a promessa de devolver o principal e os juros após um certo período de tempo. Essa promessa tem de ser honrada pelo banco independentemente de ele ter conseguido realizar ou não o empréstimo.

[...]

Disso decorre que, quando há o inadimplemento, surge para o banco a necessidade de manter o empréstimo no seu ativo por um prazo mais longo do que o passivo (p. ex., o CDB) que lastreou. Em uma situação como essa, a instituição financeira tem de voltar aos provedores de fundo da economia e fazer uma nova captação de recursos, de modo a lastrear, isto é, financiar o valor do empréstimo que ela tendo registrado no seu ativo. Nesse contexto, há o chamado risco de refinanciamento, pois pode a remuneração dos provedores de fundos ser elevada, enquanto os juros compensatórios contratados continuariam com taxa inalterada, gerando um prejuízo ao credor.²

21. Foi justamente para cobrir os custos de refinanciamento, tanto de origem interna quanto externa, que a cobrança da comissão de permanência foi autorizada. Não é possível saber com antecedência os encargos que a instituição financeira deverá arcar para reequilibrar sua situação líquida após o atraso no pagamento, ante a existência de inúmeras variáveis (como a disponibilidade de crédito no mercado, os custos operacionais de cada instituição financeira, sua situação patrimonial etc.), razão pela qual a **permanência no inadimplemento** gera diferentes encargos em cada contrato, a depender de suas especificidades e do momento em que o atraso no pagamento ocorre.

22. Cabe melhor esclarecer esse ponto, vez que, aparentemente, gerou incompreensões no julgamento do Recurso Especial nº 1.061.530/RS. Não se trata aqui de afirmar o desconhecimento acerca do que, à luz dos normativos editados

2 OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. **Moeda, Juros e Instituições Financeiras: regime jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 400, o destaque é do original. Cf., do mesmo autor, "Comissão de permanência: legalidade e necessidade". *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set., 2006, ano 9, vol. 33, p. 41 e segs.

pelo Conselho Monetário Nacional, deve compor a comissão de permanência. Mas sim de assentar que não é possível afirmar de forma completamente padrão ou uniforme a quais custos estarão sujeitas as instituições financeiras para recompor a sua situação de liquidez em razão da inadimplência. O perfil diferenciado de cada instituição ensejará custos diferentes.

23. Portanto, para tentar bem esclarecer a natureza jurídica da comissão de permanência, convém por em destaque o seu caráter compensatório da inadimplência. Não por outra razão que a mesma resolução desautoriza a cobrança de outras parcelas compensatórias do atraso. Logo, sua finalidade é a mesma dos juros compensatórios ou remuneratórios, que já não deveriam ser cobrados, pois já ultrapassado o período de vigência do contrato. Em síntese, a comissão de permanência é a contraprestação devida pela indisponibilidade do dinheiro emprestado no período de inadimplência. Nesse sentido, novamente, a doutrina de Marcos Cavalcante de Oliveira:

Quanto à natureza jurídica, a comissão de permanência é juro compensatório. Sua finalidade é conferir ao credor uma contraprestação pelo valor do dinheiro no tempo, e é exatamente esta característica que a define como tal. Esta característica remuneratória, de preço pelo uso da moeda alheia, tem escapado a muitos dos que têm analisado o tema.³

24. Mas então, caberia questionar, qual é o valor que será devido pelo tomador inadimplente na oportunidade do pagamento? É aquele praticado no mercado no dia do pagamento. Ou seja, um valor suficiente para ressarcir às instituições financeiras credoras as despesas decorrentes da necessidade de recompor sua liquidez, caso a variação na taxa de juros, especialmente nos contratos de mais longo prazo, tenha variado em favor do devedor inadimplente. Por isso, o ato normativo editado pelo Conselho Monetário autoriza a cobrança dos seguintes encargos: (i) juros de mora; e (ii) os juros à taxa prevista no contrato originário ou à taxa de mercado do dia.

25. A racionalidade econômica por trás dessa autorização não é difícil de compreender. O devedor inadimplente, por óbvio, não pode se beneficiar da sua impontualidade. As taxas de juros, por sua vez, podem variar entre o momento do pagamento e o da contratação. Assim, se as taxas de juros, no momento do

3 Marcos Cavalcante de Oliveira, *Moeda...* cit, p. 400, e, do mesmo autor, "Comissão..." cit., p. 37.

pagamento, são maiores que as previstas no contrato de financiamento, não deve a instituição financeira se ver obrigada a prosseguir indefinidamente a refinanciar a dívida pela mesma taxa de juros estabelecida originalmente no contrato descumprido. É efetivamente isso que poderia acontecer, não fosse a autorização contida na Resolução CMN nº 1.129, de 1986. É que o devedor inadimplente poderia, em tese, deixar de pagar – eis que as taxas contratuais no pagamento lhe são favoráveis – e aguardar o momento de baixa na taxa de juros – quando, então, as taxas contratuais já não lhe seriam interessantes – para fazer o pagamento. Vê-se aí que a instituição financeira seria obrigada a sempre refinanciar a dívida às mesmas taxas pactuadas, bastaria a inadimplência. A autorização prevista na resolução impede essa prática, pois permite a estipulação de pagamento pela taxa de mercado do dia do pagamento.

26. E não se pode deixar de anotar que a edição da resolução é anterior à conquista de estabilidade econômica. Assim, variações fortes nas taxas de juros justificavam – ainda mais – a previsão dessa autorização para a cobrança de comissão de permanência à taxa de mercado do dia do pagamento. Em especial quando se tem presente que a cobrança de juros moratórios é limitada a um por cento ao mês, na forma da legislação e da mais autal jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.⁴ Portanto, uma variação superior a um por cento nas taxas de juros de mercado, entre a pactuação do financiamento e o pagamento devido, já poderia, em tese, torna atrativa ou vantajosa a inadimplência.

27. Compreendida a finalidade da cobrança de comissão de permanência e, portanto, sua natureza exclusivamente compensatória, cabe enfrentar a legalidade da autorização prevista em Resolução do Conselho Monetário Nacional. Sobre a questão, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal em antigo *leading case* da lavra do Ministro Oswaldo Trigueiro, cuja ementa destaca:

I. Mútuo. Juros e Condições.

II. A Caixa Econômica faz parte do Sistema Financeiro Nacional – art. 1º, inciso V, da Lei 4.595/1964, e, em consequência, está sujeita às limitações e a disciplina do Banco Central, inclusive quanto às taxas de juros e mais encargos autorizados.

4 No julgamento do Recurso Especial nº 1.061.530/RS, a “2ª Seção mantém [manteve] o entendimento de que, nos contratos bancários não alcançados por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês.”

III. O art. 1º do Decreto 22.626/33 está revogado “não pelo desuso ou pela inflação, mas pela Lei 4.595/64, pelo menos ao pertinente às operações com as instituições de crédito, públicas ou privadas, que funcionam sob o estrito controle do Conselho Monetário Nacional”.

IV. RE conhecido e provido.”

(Recurso Extraordinário nº 78.953/SP, Plenário, rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. em 5 de março de 1975, DJ de 9 de abril de 1975, v.u.).

28. Em determinado trecho de seu voto, o ilustre relator assegura o seguinte:

O art. 4º, no item VI, dá competência ao Conselho para disciplinar o crédito em todas as modalidade, e as operações creditícias em todas as suas formas. No item IX, dá-lhe o encargo de limitar as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros

[...]

Que o Conselho Monetário e seu agente executivo, o Banco Central, estejam desempenhando essa tarefa com a amplitude prevista na Lei 4.595, é fato que dispensa qualquer esforço de demonstração. Que, na época inflacionária em que vivemos, aquela tarefa estaria de todo frustrada se condicionada à remota proibição da lei de usura, é inferência que, a meu ver, paira acima de qualquer dúvida razoável.

Penso que o art. 1º do Decreto nº 22.626 está revogado, não pelo desuso ou pela inflação, mas pela Lei 4.595, pelo menos no pertinente às operações com as instituições de crédito, públicos ou privados, que funcionem sob o estreito controle do Conselho Monetário Nacional.

29. No mesmo sentido, seguiram-se outros pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, cf., por exemplo, o Recurso Extraordinário nº 81.640, Segunda Turma, rel. Min. Djaci Falcão, j. em 6 de setembro de 1977, DJ de 23 de setembro de 1977, v.u., e o Recurso Extraordinário nº 103.051-8/SP, Primeira Turma, rel. Min. Rafael Mayer, j. em 16 de novembro de 1984, DJ de 7 de dezembro de 1984, v.u.⁵ Esses precedentes finalmente culminaram na edição da conhecida

5 Cabe a referência, ainda que em nota, das ementas desses precedentes. RE nº 81.640: “Contrato de financiamento. Legitimidade da chamada Comissão de Permanência (Circular nº 82/67, do Banco Central do Brasil). Revogação do art. 1º do Decreto nº 22.626/33 pela Lei nº 4.595/64. Precedentes do STF – RE 78.953 (RTJ 73/916 a 920).” RE nº 103.051-8/SP: “Comissão de permanência. Natureza (Lei 4.595/64; Circular nº 82 do BC. Correção Monetária (Lei nº 6.899/81). Compatibilidade. A aplicação da correção monetária do débito ajuizado, nos termos da Lei 6.899/1981, incide sobre a parcela resultante da comissão de permanência, autorizada em norma competente do Sistema Financeiro Nacional.”

Súmula nº 596 do Supremo Tribunal Federal, cujo enunciado dispõe que: “As disposições do Decreto nº 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional.”

30. Portanto, desde os anos 1970, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assegura a legitimidade da previsão, em resolução do Conselho Monetário Nacional, da autorização para a cobrança da comissão de permanência, pois que editada com fundamento na Lei nº 4.595, de 1964.

31. Vale destacar, ainda sobre a legitimidade dessa autorização, que a cláusula de comissão de permanência não é potestativa, eis que sua estipulação não fica a cargo exclusivamente da instituição financeira, mas deriva de uma conjugação de forças de mercado no momento do pagamento a determinar a taxa vigente na data do pagamento. **A taxa da comissão de permanência não fica, portanto, ao puro arbítrio da instituição financeira.** Ora, na oportunidade em que editadas as Resoluções CMN nº 15, de 1966, e nº 1.129, de 1986, a previsão da cobrança da “taxa de mercado do dia” não era mais que uma simples reprodução, quase literal, do art. 1.124 do Código Civil de 1916, segundo o qual era lícito às partes “deixar a fixação do preço à taxa do mercado, ou da bolsa, em certo e determinado dia e lugar.” Dispositivo que foi reproduzido no art. 486 do Código Civil de 2002. Afinal, os juros não deixam de ser o preço do financiamento pactuado.⁶ Não por outra razão, o enunciado da Súmula 294 do Superior Tribunal de Justiça assegura que “não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato.”

32. Enfim, destacada a natureza compensatória da comissão de permanência, sua finalidade de resguardar a instituição financeira de variações bruscas nas taxas de juros, a legalidade de sua previsão em ato normativo infralegal e a inexistência de potestatividade em sua estipulação, cuida-se de questões mais pontuais relativas a esse instituto.

6 Nesse sentido, mais uma vez a lição de Marcos Cavalcante de Oliveira: “a comissão de permanência é um expediente contratual em tudo equivalente ao que é permitido no art. 486 do Código Civil: deixa-se o valor dos juros para ser apurado pela taxa de mercado em dia certo – o do pagamento. Isto foi expressamente reconhecido pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça no REsp. nº 271.214-RS, julgado em 12/3/2003 e publicado no DJ em 4/8/2003”. *Moedas...* cit., p. 399.

A Comissão de Permanência e a limitação aos juros contratuais

33. O já referido enunciado da Súmula nº 294 e também o enunciado da Súmula nº 296, ambos do Superior Tribunal de Justiça estabelecem que a comissão de permanência é “limitada ao percentual contratado.”

34. Com as considerações antes desenvolvidas sobre a natureza e a finalidade da comissão de permanência, fica fácil perceber que essa limitação aos termos do contrato não se pode referir aos juros remuneratórios ou compensatórios antes pactuados para o período de vigência do contrato. Caso contrário, a comissão de permanência perderia por completo sua razão de ser, qual seja, preservar a instituição financeira dos riscos do refinanciamento dos valores que deveriam ter sido pagos e não o foram.

35. Como destacado no item 25, *supra*, o devedor inadimplente poderia, em tese, deixar de pagar no prazo contratado – eis que as taxas contratuais no pagamento lhe são favoráveis – e aguardar o momento de baixa na taxa de juros – quando, então, as taxas contratuais já não lhe seriam interessantes – para, enfim, fazer o pagamento. Vê-se aí que a instituição financeira seria obrigada a sempre refinarciar a dívida às mesmas taxas pactuadas, bastaria a inadimplência. A autorização prevista na resolução impede essa prática, pois permite a estipulação de pagamento pela taxa de mercado do dia do pagamento. A comissão de permanência assegura que a taxa de juros pactuada, no período de inadimplência, é *rebus sic stantibus*, vale dizer, somente será cobrada se não houver variação nas taxas de mercado, entre a data da pactuação e a do pagamento fora do prazo contratado.

36. A partir dessa compreensão, fácil ver que a finalidade da comissão de permanência é evitar o que se chama de risco de refinanciamento da instituição financeira. Dessa forma, caso se entenda que as súmulas do Superior Tribunal de Justiça limitam a cobrança de comissão de permanência aos juros compensatórios já fixados nos contratos, essa finalidade perde por completo o seu sentido. Pior: essa incompreensão acerca da finalidade do instituto inflaciona as taxas de juros remuneratórios praticadas pelas instituições financeiras, pois será preciso embutir os riscos de refinanciamento nas taxas remuneratórias, vez que já não será possível, depois de vencido o contrato, elevar as taxas de juros. Sob outra perspectiva, a possibilidade de inadimplência faz com que os juros pagos pelos

adimplentes sejam mais elevados, esvaindo-se, pois, a **finalidade social** da norma editada pelo Conselho Monetário Nacional. Numa síntese, os bons pagadores arcarão com os riscos decorrentes da existência de maus pagadores. Daí por que no Parecer PGBC-207/2008, fez-se questão de consignar que:

38. Conseqüências mais severas, talvez, podem advir da tentativa de supressão, pura e simples, da comissão de permanência. Como ela constitui um mecanismo flexível, destinado a se adaptar às características de cada contrato e à conjuntura econômica em que será cobrada, sua substituição por uma outra taxa, fixa, pode resultar no encolhimento da oferta de crédito ou mesmo na elevação dos juros remuneratórios (um mecanismo que poderia ser utilizado pelas instituições financeiras para fazer frente aos custos advindos do inadimplemento de seus clientes). Fenômeno similar ao ocorrido a partir dos tabelamentos de preços do final do século passado, que resultaram em falta de produtos de consumo nas prateleiras em razão de a venda não ser economicamente vantajosa.

37. A interpretação literal dos enunciados das súmulas do Superior Tribunal de Justiça retira o caráter flexível e dinâmico ínsito à comissão de permanência, e, por isso, implica o encolhimento da oferta de crédito, em especial nos empréstimos de longuíssimo prazo, como os de financiamento imobiliário, pois as instituições podem simplesmente se recusar a arcar com os riscos de refinanciamento por um prazo indefinido ao final do prazo do contrato descumprido. Ou, caso se dispuserem a sofrer os riscos do refinanciamento, as instituições financeiras, certamente, elevarão as taxas de juros remuneratórios pactuadas, pois será preciso incluir esse risco no preço.

38. Não só, essa compreensão vai totalmente de encontro com os próprios dizeres da Resolução CMN nº 1.129, de 1986, que expressamente autoriza a cobrança da comissão de permanência, que “será calculada às mesmas taxas pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado do dia do pagamento”. Portanto, essa interpretação vai diretamente de encontro ao texto da resolução e indiretamente de encontro ao texto do art. 4º, incisos VI e IX, da Lei nº 4.595, de 1964, que, legitimamente, na forma da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desse Superior Tribunal de Justiça, atribuem ao Conselho Monetário Nacional, competência para regular o crédito em todas as suas modalidades, bem como para limitar, sempre que necessário, as taxas de juros e comissões cobrados nas operações bancárias.

39. Evidenciando consciência dos aspectos econômicos e da necessidade de um instrumento flexível, que evite os riscos de refinanciamento, bem como da legalidade e impositividade dos termos da Resolução CMN nº 1.129, de 1986, o já bastante citado Marcos Cavalcante de Oliveira propõe uma nova leitura da parte final dos enunciados das súmulas nº 294 e nº 296 do Superior Tribunal de Justiça. O trecho é um pouco longo, mas merece transcrição:

Outro ponto polêmico em torno da aplicação da comissão de permanência está nas decisões que têm dado à expressão final da Súmula 296 – “limitada à taxa do contrato” – uma interpretação restritiva, entendendo que a mesma limitaria a cobrança da comissão de permanência à taxa de juros pactuada para os juros remuneratórios estipulados para o período normal, isto é, antecedente ao vencimento da operação.

Essas decisões, antes de mais nada, violam o texto da norma que criou a comissão de permanência, uma vez que a norma diz textualmente que a comissão pode ser “calculada às mesmas taxas pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado do dia do pagamento”. Não há qualquer limitação no texto normativo que coloque na “taxa de mercado do dia do pagamento” a taxa contratada como um teto.

Se assim fosse, a norma seria inútil, tanto para credor, como devedor.

Em relação ao credor, a norma perderia sua função, econômico-financeira, de protegê-lo do risco da taxa de juros, isto é, do risco de refinanciamento. A função social e econômica dessa comissão é justamente proteger o credor quando ocorre de ele se ver obrigado a refinarciar o empréstimo concedido e não pago no vencimento a um custo superior ao contratado originalmente. Se os juros compensatórios ficarem limitados à taxa do contrato, não terá qualquer utilidade a cláusula contratual de comissão de permanência.

Em relação ao devedor, a comissão de permanência, também se tornaria uma irrelevância, pois o credor – limitado à taxa do contrato – optaria sempre pela taxa do contrato, deixando de lado a comissão, e cobrando, aí sim, a correção monetária, a multa e, até, a indenização suplementar prevista no art. 406 do CC.

Limitar a comissão de permanência à taxa prevista no contrato para os juros compensatórios deixa as duas partes do contrato em situação pior do que estavam antes da intervenção judicial.

Se assim é, como, então, interpretar-se a expressão final dos dizeres dessa súmula – “limitada ao percentual contratado”?

Como já visto acima, a comissão de permanência, para ser devida, deve

ser objeto de estipulação contratual. Ao contratarem a comissão de permanência podem as partes apenas remeter seu cálculo à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central ou, então, dispor quanto ao seu valor máximo. O que a Súmula 296 do STJ faz é dizer que se as partes estipularem uma taxa específica para a comissão de permanência, esta deve ser entendida como um teto para a taxa média de mercado, aplicando-se das duas – de mercado ou contratada – a que for menor. A não ser esse o entendimento, que deflui da leitura atenta dos acórdãos que precederam à edição da súmula 296 do STJ, a comissão de permanência perderia completamente o seu significado de proteção do credor contra o risco de refinanciamento.⁷

40. Daí a necessidade de o Superior Tribunal de Justiça explicitar a possibilidade de cobrança da comissão de permanência à taxa de mercado, ainda que esse valor seja superior aos juros remuneratórios antes pactuados, sob pena de violação direta da norma infralegal que criou a comissão de permanência e violação indireta da lei atributiva de competência normativa ao Conselho Monetário Nacional. Ademais, essa compreensão evita que a comissão de permanência perca, por completo, sua finalidade econômica e social, impactando indevidamente e desnecessariamente os juros remuneratórios praticados no Sistema Financeiro.

Comissão de Permanência e outros encargos cobrados durante a mora

41. A compreensão do caráter compensatório da comissão de permanência e de sua finalidade de eliminação do risco de refinanciamento facilita sobremaneira a indicação de outros encargos que podem ser cobrados no período de inadimplência.

42. Ora, se a comissão de permanência possui natureza exclusivamente compensatória, como se extrai do ato normativo infralegal que a instituiu, fácil perceber que somente estão vedadas as cobranças de outras parcelas com as mesmas características, como, aliás estabelece o item II da Resolução CMN nº 1.129, de 1986.

⁷ Marcos Cavalcante de Oliveira, “Comissão...” cit., p. 54-6, o grifo não é do original. Cf., do mesmo autor, Moeda... cit., p. 403.

43. Logo, não é abusiva – até mesmo porque expressamente autorizada na Resolução CMN nº 1.129, de 1986 – a cobrança de **juros de mora**. Afinal, a comissão de permanência tem finalidade compensatória, já os juros de mora têm a finalidade de penalizar o devedor inadimplente que insiste no não-pagamento. Assim, mês a mês, incidem novos juros com a finalidade de instigá-lo a realizar, no menor prazo possível, o pagamento combinado e já em atraso.

44. O mesmo se passa com a **multa moratória contratual**, pois a finalidade dessa estipulação é penalizar o devedor pelo descumprimento do contrato. Por isso, incidirá uma única vez, diante da impuntualidade.

45. Os **juros remuneratórios**, por sua vez, têm a mesma natureza compensatória da comissão de permanência, razão pela qual é abusiva sua a cobrança cumulada com a comissão de permanência.⁸ Não se justificaria, sob nenhuma ótica, a cobrança de parcelas com a mesma natureza, sob pena de *bis in idem*. Aliás, essa é a única compreensão possível da parte final do item I da Resolução CMN nº 1.129, de 1986: ou a instituição financeira insiste na cobrança dos juros remuneratórios contratados ou na comissão de permanência à taxa de mercado do dia de pagamento.

46. Por fim, a **correção monetária** merece uma análise um pouco mais detida. Não se nega aqui que o enunciado da Súmula 30 do Superior Tribunal de Justiça veda expressamente a cobrança cumulada de correção monetária e comissão de permanência, mas não parece, com a devida vênia à compreensão da ilustrada Corte, que essa seja uma solução de equidade, para todas as hipóteses. É que, antes de tudo, é preciso apurar se o contrato de crédito em apreço prevê a cobrança cumulada de juros remuneratórios e correção monetária, ou se, ao contrário, não há a previsão dessa cobrança acumulada, pois que os juros remuneratórios já embutem a perspectiva de inflação imaginada pelas partes. Nesse último caso, a cobrança de comissão de permanência, à taxa de mercado, cumulada com correção monetária é abusiva. Já no segundo caso, justamente porque os juros compensatórios foram fixados em patamar mais baixo porque não embutem essa perspectiva de inflação, a cobrança, em tese, não é abusiva. Daí a necessidade de distinguir taxa pré-fixadas e pós-fixadas. Nas taxas de juros para financiamentos pós-fixados, geralmente aplicado aos contratos de mais longo prazo, é possível a cobrança cumulada de comissão de permanência e correção monetária, pois os

⁸ Nesse ponto, faz-se uma revisão da compreensão adotada no item 37 do Parecer PGBC-207/2008.

juros compensatórios praticados naquele mercado não incluem a perspectiva inflacionária, que é remetida a um índice qualquer estipulado no contrato. Nesse sentido, vez mais, a lição de Marcos Cavalcante de Oliveira:

Em todos esses casos onde é legítima a cobrança de juros compensatórios mediante a aplicação de uma taxa pós-fixada, também é lícita a cobrança de uma comissão de permanência a taxa pós-fixada, pois esta tem a mesma natureza daqueles.

[...]

Se as partes convencionaram, para o prazo normal da operação, juros compensatórios a taxas pós-fixadas, a Súmula 30 do STJ não incide sobre a hipótese e a comissão de permanência terá de ser estimada com base na taxa (pós-fixada) contratada ou taxa (também pós-fixada de mercado).⁹

47. Conclusivamente, no período de inadimplência, a partir da compreensão das normas legais e infralegais que regulamentam a comissão de permanência, é possível a cobrança cumulada da comissão de permanência com juros de mora e multa contratual, não de juros remuneratórios. Já a cobrança de correção monetária irá variar segundo a forma de juros remuneratórios praticado pelas partes no período de normalidade do contrato; se os juros serão pós-fixados, a cobrança é possível, se os juros são pré-fixados, a cobrança já não é possível.

Comissão de Permanência, abusividade e caracterização da mora

48. Falta ainda definir o que se entende por taxa de mercado do dia do pagamento. Já no Parecer PGBC-207/2008, fez-se consignar que o Banco Central não divulga índices de juros relativos à comissão de permanência. Logo, **não existe uma taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central relativa às comissões de permanência**. Bem por isso, a remissão a “taxa de mercado”, a que alude a parte final da Resolução CMN nº 1.129, de 1986, deve ser entendida como aquela praticada pela instituição financeira para aquela espécie de contrato e perfil de cliente no dia do pagamento. Até mesmo porque, antes da edição

⁹ Marcos Cavalcante de Oliveira, “Comissão...” cit., p. 54.

da Circular nº 2.957, de 1999, não se conhecia a publicação periódica sobre os índices de juros para o período de normalidade contratual.

49. Essa compreensão, contudo, convém assinalar, não prevaleceu perante o Judiciário. Os precedentes jurisprudenciais apontam que essa é uma visão muito estreita do que se deve entender por “taxa de mercado”. Daí os enunciados das Súmulas nº 294 e nº 296, que remetem às taxas médias de juros “estipuladas” ou “apuradas” pelo Banco Central.

50. Logo, só a compreensão do caráter compensatório da comissão de permanência permite conciliar a inexistência de índices de taxas médias relativas especificamente às comissões de permanência, que sejam divulgados pelo Banco Central, e os enunciados das súmulas. Se, como se sustentou, as comissões de permanência têm natureza compensatória, faz sentido perquirir pelos índices divulgados pelo Banco Central, na data do pagamento, para aquele tipo de contrato e perfil de cliente para o período de normalidade. Portanto, na compreensão da atual jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça, deve a instituição cobrar comissão de permanência em níveis compatíveis com as taxas médias divulgadas pelo Banco Central.

51. É aqui que se vislumbra, de forma bastante clara, o equívoco da tese da natureza tríplice da comissão de permanência. Como se viu nos item 11 deste pronunciamento, essa compreensão sobre a natureza tríplice da comissão de permanência assegura que a comissão refletiria “índice de remuneração do capital (juros remuneratórios), atualização da moeda (correção monetária) e compensação pelo inadimplemento (encargos moratórios).” Daí por que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça teria assentado que a comissão de permanência não deveria ser cumulada com nenhum outro encargo, seja a título de remuneração, atualização ou mora. Ora, se se pretende reconduzir a comissão de permanência aos índices divulgados pelo Banco Central, que são todos, indiscutivelmente, índices remuneratórios, não faz qualquer sentido falar em natureza tríplice. Afinal, as taxas divulgadas pelo Banco Central não apresentam a “natureza tríplice” sustentada por esses precedentes jurisprudenciais – elas não revelam qualquer perspectiva moratória, pois são taxas para o período de adimplência –, e as súmulas do Superior Tribunal de Justiça cairiam num sem-sentido.

52. Nessas condições, em que não se permite a cumulação da comissão de permanência com qualquer outro índice de natureza moratória ou de atualização

da moeda, qual a razão de reconduzir essa comissão aos índices divulgados pelo Banco Central, que são reflexos das taxas remuneratórias praticadas no mercado? Ora, fácil perceber que a tese da natureza tríplice da comissão de permanência não se ajusta à jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça consolidada no enunciado de duas súmulas.

53. Assim, com a finalidade de conciliar os enunciados das súmulas nº 294 e nº 296, é imprescindível reconhecer que a natureza da comissão de permanência é exclusivamente remuneratória ou compensatória, o que permitiria a recondução da comissão de permanência às taxas de juros remuneratórios médias divulgadas pelo Banco Central. Dessa forma, em caso de inadimplência, na forma da atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, enunciada em suas súmulas, a instituição financeira poderia cobrar as taxas remuneratórias inicialmente pactuadas ou as taxas médias de mercado divulgadas pelo Banco Central.

54. É certo, porém, que essa noção proposta pelo Superior Tribunal de Justiça se ressentia de uma série de problemas e não reflete as idiosincrasias das partes contratantes. Ademais, a finalidade da divulgação desses dados referentes à taxa de juros praticadas no mercado financeiro passa longe da pretensão de se tornar “teto” para a cobrança da comissão de permanência. Valem aqui, pois, as razões já suscitadas e encaminhadas, em outro contexto, ao egrégio Superior Tribunal de Justiça no Parecer PGBC-207/2008, que se transcreve na seqüência para a comodidade da leitura, mediante as quais se destacou a finalidade dessa divulgação de taxas médias e as incongruências que seriam geradas ao se estabelecer um teto remuneratório a partir da divulgação desses dados:

18. É importante informar que a divulgação desses dados se presta ao propósito de fomentar a concorrência bancária, mediante a oferta de dados aos consumidores que lhes possibilitem comparar as taxas praticadas no mercado. A prática da divulgação constava de estudo, realizado pelo Departamento de Estudos e Pesquisas (Depep) do Banco Central, sobre medidas que poderiam ser adotadas com a finalidade de reduzir os Juros e Spread Bancário no Brasil (disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?SPREAD>>), realizado em outubro de 1999, que culminou na edição da já citada Circular BCB nº 2.957, de 1999. Entre as medidas propostas, o estudo destacou o seguinte:

i) **maior concorrência no cheque especial** – não obstante as medidas

que vem adotando para aumentar a concorrência e transparência no setor financeiro, o BC identifica e vê com preocupação alguns segmentos de operações, principalmente com pequenos e médios clientes, onde a competição deixa a desejar, como no caso do cheque especial. Para reverter esse quadro o BC pretende valer-se dos instrumentos e informações de que dispõe para aumentar a competição nesses segmentos. **Entre outras ações que se pretende adotar, o BC promoverá a divulgação pública diária das taxas médias de cheque especial** efetivamente praticadas por todos os bancos, contribuindo para que as pessoas físicas tenham melhores informações na escolha da instituição em que decidem ter conta.

(BANCO CENTRAL DO BRASIL, Departamento de Estudos e Pesquisas. Juros e spread bancário no Brasil, outubro de 1999, p. 25, o grifo não é do original.)

19. O projeto de estudo, no ano seguinte, avaliou a medida adotada e concluiu pela necessidade de a autarquia continuar essa divulgação, considerando em especial os resultados obtidos pelo segmento pessoas jurídicas, embora reconhecendo que o resultado foi aquém do esperado no tocante ao segmento pessoas físicas. Vale a pena conhecer trecho desse estudo, também disponível na íntegra no sítio virtual do Banco Central:

Com o objetivo de estimular a concorrência entre as instituições financeiras e proporcionar uma maior transparência das operações bancárias, o BC vem promovendo uma maior e melhor divulgação de informações básicas sobre os juros cobrados pelas instituições financeiras. Desde outubro do ano passado [refere-se a 1999], o BC vem divulgando em sua *home-page* na *internet* as taxas de juros praticadas pelas instituições financeiras em suas principais operações de crédito. Para fomentar uma maior concorrência no cheque especial, foi estabelecida também a obrigatoriedade dos bancos informarem as taxas efetiva, máxima e mínima praticadas (Circular nº 2.936, de 14/10/1999) e reduzido para dois dias úteis (D+2) o prazo para a remessa ao BC destas informações (Circular nº 2.957, de 30/12/1999). [...]

As iniciativas do Banco Central para aumentar a transparência e concorrência já têm produzido resultados animadores, particularmente no tocante as operações com pessoas jurídicas. No entanto, em algumas operações com pessoas físicas, em especial no cheque especial, os resultados obtidos até o momento estão aquém do esperado.

(BANCO CENTRAL DO BRASIL, Departamento de Estudos e Pesquisas. Juros e spread bancário no Brasil: avaliação de 1 ano do projeto, novembro de 2000, p. 35 e 36).

20. Nessa perspectiva, já se vislumbra um dos objetivos do Banco Central **da coleta e divulgação das informações**: oferecer instrumentos aos tomadores para comparar as taxas de crédito praticadas no mercado e, assim, fomentar a concorrência.

21. Contudo, os objetivos não se resumem a esse propósito. Como bem anotado pelo Depep, as informações também servem como subsídios para as tomadas de decisões do Banco Central na condução da política econômica do País. Ademais, esses dados permitem vislumbrar os efeitos das medidas já adotadas:

[...] há necessidade de esclarecimentos adicionais no sentido de delinear a finalidade do cálculo das taxas de juros médias das operações de crédito, bem como a sua divulgação. A Circular nº 2.957 foi instituída com o objetivo de fornecer ferramentas para o acompanhamento dos efeitos decorrentes da condução da política econômica, especialmente a política monetária, entre outros, tais como, por exemplo, a produção e divulgação de estatísticas para a sociedade em geral.

(documento anexo.)

22. Esclarecidos quais são os dados divulgados pelo Banco Central e qual a finalidade da apuração desses dados, resta examinar se esses dados se prestam como critério indicativo de prática abusiva na relação contratual bancária.

23. As finalidades apontadas na legislação, nos normativos do Banco Central e nos anexos pronunciamentos do Depec e Desig, já evidenciam que os propósitos da divulgação passam ao largo da questão. Os escopos são diversos: ora quer se fomentar a concorrência, ora se quer dados consistentes para avaliar a política econômica praticada pelo Banco Central.

24. Ademais, os pronunciamentos do Depec e Desig, que são anexados a este pronunciamento, indicam o completo desacerto de se pretender transformar as taxas divulgadas pelo Banco Central em 'teto' para a prática de juros no Sistema Financeiro. As informações técnicas coletadas esclareceram, com sobra de razão, que os números consolidados **divulgados envolvem operações com perfis completamente distintos**, daí a impossibilidade de se cotejar esse taxa com a praticada em contrato específico, no qual o preço (taxa efetivamente praticada) refletirá as idiosincrasias das pessoas e empresas envolvidas no caso concreto. Nesse contexto, não se pode deixar de transcrever trechos dos documentos anexos:

9. Por fim, esclarece-se que **a taxa média geral divulgada pelo Banco Central**, por envolver modalidades de diferentes escopos e características, **não deve ser visualizada como uma medida unívoca**, mas sim como parâmetro de tendência das taxas de juros das operações de crédito. Nesse espectro, há modalidades que praticam taxas muito acima da média, caso do

cheque especial, bem como modalidades com taxas relativamente baixas, caso do crédito consignado. Além disso, há a prática da reciprocidade, na qual clientes com maior relacionamento com a instituição tendem a ser “bonificados” com taxas de juros mais atrativas.

“Assim, como cada modalidade contratual possui características próprias em virtude das diferentes finalidades, origens de recursos e garantias, considera-se inapropriada qualquer tentativa de padronização ou aplicação de uma taxa única a todas operações.

[...]

Adicionalmente, as taxas de juros divulgadas pelo BCB incluem outros custos imputados ao devedor como é o caso dos encargos operacionais (seguros e quaisquer outros valores cobrados por serviços necessários à realização das operações, previstos contratualmente) e fiscais (os valores percentuais referentes aos tributos incidentes sobre as operações e que são pagos pelos tomadores dos créditos). Quando esses custos são incluídos, as instituições financeiras divulgam a taxa com a denominação de Custo Efetivo Total (CET), conforme dispõe a Resolução nº 3.518, de 6 de dezembro de 2007.

Finalmente, ante todos os fatos expostos, as taxas divulgadas pelo BCB visam apenas estimular a concorrência com base na transparência das taxas praticadas, não recebendo tratamento algum para que possa ser considerado como taxa média do mercado.

(Nota-Técnica Desig/Gabin-2008/001, anexa, o grifo não consta do original).

25. Em face das razões expostas, é acertado concluir que a utilização das taxas divulgadas pelo Banco Central como marco, único e exclusivo, para a indicação da prática de juros abusivos, constitui **flagrante erro**. É preciso, portanto, considerar as características particulares do caso para, enfim, apurar se, naquele específico caso, houve infringência do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Isso porque as taxas divulgadas pelo Banco Central consolidam contratos com características muito diferentes no que tange a prazos, que podem ser mais longos ou mais curtos; à existência ou não de garantias; aos processos de fidelização do cliente, o que garante taxas mais baixas; ou ainda relativas aos encargos pós-fixados. Portanto, somente a análise casuística seria capaz de caracterizar um contrato bancário com obrigações que serão consideradas abusivas e, em razão disso, nulas de pleno direito na forma da legislação consumerista. Em síntese, com o perdão pelo uso da expressão popular, usar apenas e somente a taxa média de juros divulgada pelo Banco Central como critério para a caracterização da abusividade é comparar alhos com bugalhos.

(trecho do Parecer PGBC-207/2008, os destaques são do original).

55. Dessa forma, ao determinar a aplicação das taxas médias divulgadas pelo Banco Central, o colendo Superior Tribunal de Justiça, a um só tempo, distorce as finalidades dessa divulgação e, mais grave, desconsidera por completo as particularidades incidentes naquele contrato específico que foi submetido à revisão judicial. Portanto, mais correto é permitir que a cobrança se faça de acordo com as taxas de mercado praticadas pela instituição para aquela modalidade de contrato e perfil de cliente no dia do pagamento. Somente assim se poderá assegurar que a fixação da comissão de permanência será a mais próxima possível das características particulares do contrato.

56. Vale destacar que, no julgamento do Recurso Especial nº 1.061.530/RS, a colenda Segunda Seção, não obstante a redação das Sumulas nº 294 e nº 296, já revelou sensibilidade suficiente para perceber o desacerto de se utilizar única e exclusivamente as taxas médias divulgadas pelo Banco Central na caracterização da abusividade dos juros remuneratórios. Vale destacar trecho do voto da ilustre relatora que, nesse ponto, observa:

Todavia, esta perquirição acerca 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. (o destaque não é do original).

57. A mesma situação se passa com a comissão de permanência: os juros compensatórios devidos no período de inadimplência devem, tanto quanto possível, refletir as particularidades do caso concreto, vale dizer, do contrato submetido à apreciação jurisdicional. Assim, a cobrança da comissão de permanência deveria, em tese, se pautar pelas características da instituição credora, das garantias oferecidas, do perfil do cliente. Daí que a melhor opção de interpretação do item I da Resolução CMN nº 1.129, de 1986, quando remete à taxa de mercado, é pela compreensão de que a instituição financeira deverá indicar a taxa de juros remuneratórios de mercado praticada por essa mesma instituição credora no dia do pagamento, para aquela modalidade contratual e perfil de cliente.

58. Nessa perspectiva, eventuais abusos na cobrança das comissões de permanência deverão, enfim, ser solucionados caso a caso, mediante a prudente

avaliação do juízo relativamente ao caso concreto que as partes lhe submetem. Eis a razão por que não se mostra acertada a jurisprudência quando ignora essas particularidades do caso particular para, distorcendo as finalidades da divulgação de taxas pelo Banco Central, transformá-las em “teto” para a cobrança da comissão de permanência.

59. Por fim, convém ressaltar que a comissão de permanência pressupõe a mora do devedor. Vale dizer, a cobrança da comissão de permanência pressupõe um devedor inadimplente. Bem por isso, e só por isso, eventual abuso na cobrança da comissão de permanência ou sua cumulatividade abusiva com outros encargos não é capaz de descaracterizar a mora do devedor.

CONCLUSÃO

60. À luz de todo o exposto, em especial a partir da compreensão dos atos normativos editados pelo Conselho Monetário Nacional, com amparo na Lei nº 4.595, de 1964, pode-se concluir que:

- a) é legítima a cobrança de comissão de permanência, que não se constitui cláusula potestativa, como revela a jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal; no mesmo sentido é a posição do ilustrado Superior Tribunal de Justiça, consolidada no enunciado de sua Súmula nº 294;
- b) a natureza jurídica da comissão de permanência é a de juros compensatórios, cuja finalidade é preservar a instituição financeira dos riscos de refinanciamento da dívida inadimplida;
- c) a cobrança da comissão de permanência reduz os riscos da contratação, evitando que os custos do refinanciamento da dívida impactem as taxas de juros remuneratórios contratuais;
- d) a comissão de permanência não pode ser limitada às taxas previstas contratualmente para o período de adimplência contratual, sob pena de perder sua função econômica e social, com infração direta à Resolução CMN nº 1.129, de 1986, e indireta à Lei nº 4.595, de 1964;
- e) é legítima a cobrança de comissão de permanência cumulada com juros moratórios e multa moratória, pois são três encargos de natureza diversa, incidentes sobre a prestação inadimplida;

- f) é defesa, na forma da regulamentação em vigor, a cobrança cumulativa de comissão de permanência e juros remuneratórios, pois são encargos de natureza idêntica na relação obrigacional;
- g) a cobrança da comissão de permanência cumulada com correção monetária só é admitida nos contratos com juros pós-fixados, nos quais a taxa remuneratória ajustada não é impactada pela expectativa de inflação futura;
- h) a composição das taxas de juros médias das operações de crédito divulgadas pelo Banco Central tem a finalidade de permitir ao tomador comparar as taxas de crédito praticadas no mercado, bem como oferecer dados consistentes para avaliar a política própria do Banco Central, não constituindo “teto” ou limite à cobrança da comissão de permanência, que deve obediência à equação de custo de cada instituição financeira.

É o parecer, que se remete à consideração da Segunda Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça, para fins de instrução dos Recursos Especiais nº 1.063.343/RS e nº 1.058.114/RS, em conformidade com o inciso I do artigo 3º da Resolução nº 8, de 7 de agosto de 2008.

Amílcar Ramirez Figueiredo M. de Lemos
Assessor Jurídico

Flávio José Roman
Subprocurador-Geral Substituto

Petição PGBC-10581/2008

Contestação apresentada nos autos da Ação Civil Pública nº 2008.72.01.002881-4/SC, ajuizada pelo Ministério Público Federal, sustentando a ilegitimidade passiva do Banco Central e a improcedência do pedido de declaração de ilegalidade de cobrança de tarifa pela emissão de cheques de pequeno valor antes da Resolução nº 3.518, de 2007, uma vez que a competência para regular a matéria é do Conselho Monetário Nacional, e que somente com a entrada em vigor dessa resolução o BCB passou a ter fundamento jurídico-normativo para exercer ação fiscalizadora tendente a reprimir a cobrança de tarifas sobre a emissão de cheques, independentemente de seu valor.

Yuri Restano Machado
Procurador do Banco Central

Lademir Gomes da Rocha
Subprocurador Regional do Banco Central

Petição PGBC- 10581/2008

Proc. 0801423204

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL DA 1ª VARA FEDERAL
DE JOINVILLE – SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTA CATARINA**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 2008.72.01.002881-4/SC

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉUS: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

BANCO CENTRAL DO BRASIL

UNIÃO FEDERAL

BANCO CENTRAL DO BRASIL, pelos procuradores que a presente subscrevem (Lei Complementar 73/93, art. 17, I, c/c Lei 9.650/1998, art. 4º, I), nos autos do processo em epígrafe, vem perante V. Exa. apresentar sua

CONTESTAÇÃO

com base nos fatos e fundamentos adiante articulados.

I – SÍNTESE DOS FATOS

Trata-se de Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público Federal (MPF), por meio da qual o *parquet* sustenta ser ilegal a cobrança de tarifa pela emissão de cheques de pequeno valor, por parte da instituição financeira demandada, e pede que ela seja compelida a se abster de cobrar a referida tarifa, bem como promova o ressarcimento em dobro dos valores já cobrados dos correntistas.

2. Alega, também, que o Banco Central do Brasil (BCB) e o Conselho Monetário Nacional (CMN) teriam se omitido na adoção das medidas de

polícia administrativa para inibir a cobrança da tarifa impugnada, por parte da instituição submetida a seu poder regulador e fiscalizador.

3. O MPF alega não ignorar que o art. 2º, inciso I, *h* da Resolução CMN nº 3.518, de 6/12/2007, vedaria, desde abril deste ano, a cobrança de tarifa sobre a emissão de cheques. Todavia, sustenta que, antes mesmo disso, a cobrança já era proibida, porquanto violaria as disposições dos artigos 6º, incisos IV e VI,¹ 39, inciso V² e art. 51, incisos IV e XV³ da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC) e, indiretamente, os preceitos do art. 5º, inciso XXXII⁴ e 170, inciso V⁵, da Constituição Federal, que erigem à categoria de princípios constitucionais da proteção ao consumidor.

4. Após exaustiva fundamentação, o MPF pediu: (a) a condenação da instituição financeira a ressarcir em dobro (artigo 42, parágrafo único⁶, do CDC) os consumidores pelos danos individuais homogêneos causados aos consumidores, em todo o território nacional, durante os últimos dez anos, em função da cobrança pela compensação de cheques de “valor baixo”, apuráveis em liquidação de sentença; (b) subsidiariamente, caso o pedido “a” seja rejeitado, a condenação da instituição financeira a ressarcir o valor indevidamente cobrado dos consumidores, localizados na área de abrangência territorial da Subseção Judiciária de Joinville/SC, durante os últimos dez anos, apuráveis em liquidação de sentença; (c) a condenação do BCB e da União em obrigação de fazer, consistente em “adotar as medidas afetas ao seu poder-dever de polícia administrativa, determinando-se que não permitam (seja por ação ou omissão), no exercício efetivo da incumbência legal de fiscalização das Instituições Financeiras, a criação de serviços, taxas, tarifas, ou quaisquer obstáculos à expedição de cheques de

1 “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; [...] VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos [...]”

2 “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva [...]”

3 “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...] XV – estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor [...]”

4 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor [...]”

5 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V – defesa do consumidor [...]”

6 “Art. 42. [...] Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.”

‘baixo valor’, bem sejam compelidos a instaurar processo administrativo para aplicação das penalidades cabíveis”; (d) a condenação do BCB e da União em obrigação de fazer, consistente em acompanhar, fiscalizar e regular, dentro de suas atribuições legais, o cumprimento do pedido descrito nos itens “a” ou “b”, de modo a tornar a decisão proferida no feito e o CDC eficazes; (e) no caso de descumprimento das determinações eventualmente resultantes do acolhimento dos pedidos “c” e “d”, a aplicação de multa diária de R\$10.000,00, em desfavor dos responsáveis legais, dirigentes ou diretores do Banco Central do Brasil e do CMN, sem prejuízo das sanções penais, administrativas e civis cabíveis; (g) pagamento de indenização pelos danos difusos causados a todos os consumidores em todo o território nacional, que estiveram sujeitos à propaganda enganosa, porque omissa, no que tange à cobrança da “taxa” de expedição de cheques de pequeno valor, a ser apurada em liquidação; (h) caso rejeitado o pedido “g”, a condenação ao pagamento pelos danos difusos causados aos consumidores que residem, ou que sejam clientes de alguma das agências da instituição financeira ré, na área de abrangência territorial da Subseção Judiciária de Joinville/SC, e que estiveram sujeitos à propaganda enganosa, porque omissa, no que tange à cobrança da “taxa” de expedição de cheques de pequeno valor, a ser apurada em liquidação.

5. A adequada solução da lide cobra esforço de compreensão dos fatos, submetidos à prudente apreciação judicial.

6. As atribuições do BCB e do CMN no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (SFN) são definidas na Lei nº 4.595, de 1964, a chamada Lei de Reforma Bancária. Sempre convém destacar que o referido diploma ingressou na ordem jurídico-constitucional em vigor com o status de lei complementar, no que toca à estrutura e ao funcionamento do SFN.

7. No exercício da competência normativa prevista no art. 4º, inciso IX, da Lei de Reforma Bancária, o CMN editou, e o Banco Central do Brasil tornou pública (art. 9º da Lei nº 4.595) a Resolução 2.303, de 25 de julho de 1996, disciplinando a cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.⁷

7 A norma vedava a cobrança dos serviços de: fornecimento de cartão magnético ou de um talonário de cheques com, pelo menos, 20 (vinte) folhas, por mês, independentemente de saldo médio na conta corrente; substituição do cartão magnético, exceto por motivos não imputáveis à instituição emitente; entrega de cheque liquidado, ou cópia, ao respectivo emitente, desde que solicitada até 60 (sessenta) dias após sua liquidação; expedição de documentos destinados à liberação de garantias de qualquer natureza; devolução de cheques pelo Serviço de Compensação de Cheques e Outros Papéis (SCCOP), exceto por insuficiência de fundos; manutenção de contas de depósitos de poupança (exceto quando a

8. Presentemente, o assunto da cobrança de tarifas é regulado por três Resoluções do CMN, datadas de 6 de dezembro de 2007: a Resolução nº 3.516, que veda a cobrança de tarifa em decorrência de liquidação antecipada de contratos de concessão de crédito e de arrendamento mercantil financeiro e estabelece critérios para cálculo do valor presente para amortização ou liquidação desses contratos; a nº 3.517, que dispõe sobre a informação e a divulgação do custo efetivo total (CET) correspondente a todos os encargos e despesas de operações de crédito e de arrendamento mercantil financeiro, contratadas ou ofertadas a pessoas físicas), e a nº 3.518 (que disciplina, de modo específico, a cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil).

9. As referidas Resoluções transferiram ao Banco Central competência para as medidas necessárias à implementação de suas normas. Em cumprimento a isso, o Banco Central editou as Circulares nºs 3.371, de 6 de dezembro de 2007, instituindo a tabela padronizada de serviços prioritários e pacote básico padronizado, na forma prevista na Resolução nº 3.518, de 2007, e 3.377, de 21 de fevereiro de 2008, dispondo sobre a remessa de informações relativas aos serviços tarifados e respectivos valores, por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

10. No que interessa à compreensão da presente lide, ganham relevo as Resoluções CMN nºs 2.303, hoje revogada, e 3.518. Na sistemática da Resolução anterior, não havia norma vedando expressamente a cobrança de tarifa sobre cheques de pequeno valor, desde que a instituição financeira adotasse procedimentos com vistas a assegurar transparência à sistemática adotada. Já sob a sistemática atual, em vigor desde 30 de abril deste ano (art. 16 da Resolução nº 3.518), de modo que a cobrança da tarifa pela emissão de “cheques de pequeno valor” passou a não mais encontrar amparo no normativo editado pelo Conselho Monetário Nacional, *ex vi* do disposto no art. 2º, inciso I, alínea *h* da novel Resolução, *in verbis*:

Art. 2º É vedada às instituições de que trata o art. 1º a cobrança de tarifas para prestação de **serviços bancários essenciais** a pessoas físicas, assim

conta tivesse saldo fosse igual ou inferior a R\$20,00 e não apresentasse registros de depósitos ou saques no período de seis meses), à ordem do poder judiciário, de depósitos de ações de consignação em pagamento e de usucapião criadas pela Lei nº 8.951, de 13/12/1994; fornecimento de um extrato mensal contendo toda a movimentação do mês.

considerados aqueles relativos a: I – conta corrente de depósitos a vista: [...] h) compensação de cheques [...].

11. Observe-se que o art. 2º da Resolução nº 3.518, de 2007, não se limita, na definição do preceito, a manejar uma fórmula normativa semanticamente vaga, expressa no conceito jurídico indeterminado de “serviços bancários essenciais”, mas enumera, para os fins da regulação e do exercício do poder administrativo sancionador, a cargo do Banco Central, quais os serviços bancários que, sendo essenciais, desautorizam a cobrança de tarifas, dentre eles a compensação de cheques nas contas-corrente de depósitos à vista.

12. Dadas as implicações jurídicas envolvidas, é importante atentar para isso: a atuação exclusivamente normativa do CMN e preponderantemente executiva do BCB, relativamente à regulação do SFN, encontra amparo na Lei da Reforma Bancária, cujo âmbito de incidência não se confunde com o do Código de Defesa do Consumidor. Não há, evidentemente, hierarquia entre essas normas, nem cabimento de se indagar sobre eventuais antinomias entre a Lei de Reforma Bancária e o CDC, mas de atentar para o fato de que se tratam de diplomas legais que regulam, em sentido amplo, âmbitos distintos da vida econômica e social, o que traz profundas implicações na adequada compreensão e solução do presente litígio.

II – PRELIMINARES

a) Ilegitimidade passiva *ad causam* do Banco Central do Brasil

13. O fato de o Banco Central ser o ente supervisor do SFN não lhe confere, por si só, legitimidade passiva para integrar a lide. Fosse assim, em todas as ações ajuizadas em que se discutem vícios contratuais na relação entre instituições financeiras e seus clientes, haveria de comparecer o órgão fiscalizador.

14. A definição do papel do Banco Central, como um dos entes supervisores do SFN, e de sua ilegitimidade para responder a ação de natureza coletiva que vise declarar a abusividade de determinadas práticas contratuais, empreendidas pelas empresas reguladas, tendo por base na legislação consumerista, cobra

adequada compreensão dos âmbitos normativos da Lei nº 4.594, de 1964, e a Lei nº 8.078, de 1990.

16. A Lei da Reforma Bancária trata do SFN propriamente dito, definindo seu órgão normativo – CMN –, a entidade supervisora – BCB – e os operadores: instituições financeiras, outros intermediários financeiros e outros captadores de recursos de terceiros, ressalvados os entes tratados em legislação específica, como é o caso das administradoras de consórcio.⁸

17. As entidades que operam no SFN estão sujeitas a legislações diversas. O recente julgamento da ADI nº 2.591-1, pelo Supremo Tribunal Federal, resolveu a questão da aplicação do CDC às instituições financeiras, ratificando a constitucionalidade, antes presumida, do § 3º do art. 2º da Lei nº 8.078, de 1990, rejeitando o argumento da incompatibilidade entre o CDC e a Lei da Reforma Bancária. Na fundamentação deste julgado, o Ministro Cezar Peluso assinalou que não é de se estranhar que uma mesma classe de fatos de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária sofra a regulamentação simultânea de sistemas diversos. Desse modo, a legislação que derivar do art. 192 da Constituição – espaço normativo atualmente ocupado pela Lei nº 4.595, de 1964 – disciplinará as relações entre as instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional e os clientes, sob o prisma estritamente financeiro ou político-monetário, ao passo que a disciplina do relacionamento entre a instituição financeira e o cliente, sob o enfoque do CDC, limita-se aos aspectos próprios da relação de consumo.

18. Por outro lado, as competências do órgão normativo, o CMN, e da entidade supervisora, o BCB, encontram-se delineadas fundamentalmente na Lei de Reforma Bancária, não no CDC, atentando-se para o pressuposto hermenêutico de que competência não se presume, tendo que estar expressamente definida na lei. Nesse sentido, a lição de Carlos Maximiliano:

323 – Competência não se presume; entretanto, uma vez assegurada, entende-se conferida com a amplitude necessária para o exercício do

8 A expressão Sistema Financeiro Nacional pode ser compreendida em dois sentidos: um amplo, abrangendo não só o mercado financeiro propriamente dito, mas também o mercado de valores mobiliários, o mercado de seguros e o de previdência complementar; outro restrito, cujo âmbito compreende apenas o mercado estritamente financeiro. Em ambos sistemas atuam órgãos normativos, entidades supervisoras e agentes econômicos que operam no setor financeiro.

poder ou desempenho da função a que se refere a lei.⁹

19. No mesmo sentido, o art. 11 da Lei nº 9.784, de 28 de janeiro de 1999, a chamada Lei do Processo Administrativo, *in verbis*:

Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.

20. As atribuições do CMN são definidas na Lei nº 4.595, de 1964, especificamente no art. 2º, que traça os objetivos gerais da política monetária e creditícia, e no 4º, que enumera as competências, destacadamente normativas, daquele Colegiado.¹⁰

21. Já o Banco Central do Brasil cabem funções essencialmente executivas, por vezes normativas, nos limites de delegações dadas pelo CMN. Conforme destaca Hellwig:

Delineado, assim, pela Lei nº 4.595/1964, o perfil do Conselho Monetário Nacional como sendo o órgão responsável pela “formulação da política da moeda e do crédito”, com clara atribuição de responsabilidade normativa na área, coube ao Banco Central do Brasil, de acordo com o mesmo diploma, o exercício de atribuições de caráter preponderante executivo, competindo-lhe “cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional (artigo 9º)”. Ao Bacen foi conferida, para tanto, natureza autárquica e personalidade jurídica própria, estando no

9 Hermenêutica e aplicação do direito – 19ª ed. Rio de Janeiro, 2007, Editora Forense, 217.

10 Conforme o art. 2º da Lei da Reforma Bancária, cabe ao CMN “formular a política da moeda e do crédito como previsto nesta lei, objetivando o progresso econômico e social do País”. Para tanto, o art. 4º do referido diploma legal outorga-lhe, no seu artigo 4º, competência para, entre outras tarefas, “fixar as diretrizes e normas da política cambial” (inciso V); “disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas” (inciso VI); “regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas à Lei nº 4.595/1964, bem como a aplicação das penalidades previstas” (inciso VIII); “Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central da República do Brasil, assegurando taxas favorecidas aos financiamentos que se destinem a promover: – recuperação e fertilização do solo; – reflorestamento; – combate a epizootias e pragas, nas atividades rurais; – eletrificação rural; – mecanização; – irrigação; – investimento indispensáveis às atividades agropecuárias;” (inciso IX); “Determinar a percentagem máxima dos recursos que as instituições financeiras poderão emprestar a um mesmo cliente ou grupo de empresas” (inciso X); “Estipular índices e outras condições técnicas sobre encaixes, mobilizações e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas instituições financeiras” (inciso XI); “expedir normas gerais de contabilidade e estatísticas a serem observadas pelas instituições financeiras” (inciso XII); “disciplinar as atividades das bolsas de valores e dos corretores de fundos públicos” (inciso XXI); e, ainda, “baixar normas que regulem as operações de câmbio” (inciso XXXI).

conjunto de suas incumbências legais, entre outras, “exercer o controle do crédito sob todas as suas formas (art. 10, VI)”;

“efetuar o controle dos capitais estrangeiros (art. 10, VII)”;

“exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas (art. 10, IX)”;

“conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam funcionar no país (art. 10, X, a)”;

“efetuar, como instrumento de política monetária, operações de compra e venda de títulos públicos federais (art. 10, XII)”;

“atuar no sentido do funcionamento regular do mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio no balanço de pagamentos (art. 11, III)”;

e “exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais (art. 11, VII)”.

Como se vê, além de competências que dizem respeito à execução da política monetária propriamente dita, nos termos estipulados pelo Conselho Monetário Nacional, a Lei nº 4.595/1964 conferiu também ao Bacen o exercício da supervisão da atividade financeira. Dessa forma, a autarquia não apenas desempenha, como todos os bancos centrais, uma função essencial na execução de políticas relativas à oferta de moeda e ao nível das taxas de juros, para manter a estabilidade de preços e um nível adequado de liquidez na economia nacional, como também, por força do previsto na Lei nº 4.595/1964, exerce funções e responsabilidades relativas à salvaguarda e estabilidade do sistema financeiro nacional.

Tendo encampado funções antes executadas pela Superintendência da Moeda e do Crédito (Sumoc), pelo Banco do Brasil e pelo Tesouro Nacional, o Bacen regulamenta e supervisiona todos os tipos de instituições financeiras que recebem depósitos, fazem a intermediação e concedem crédito, fiscalizando a solvência e o cumprimento das normas aplicáveis a estas instituições.

Os objetivos que orientam, atualmente, a atividade de supervisão desempenhada pelo Bacen, de acordo com o *Manual de Supervisão* editado pela própria Autarquia, são os seguintes: proteger a estabilidade do sistema financeiro nacional; assegurar que as instituições financeiras não assumam riscos que não possam controlar dentro de limites prudenciais, baseados em sua solidez financeira e em sua capacidade gerencial; promover maior transparência nas informações prestadas ao público pelas instituições financeiras; e assegurar, pelo monitoramento e pela verificação direta, que as instituições financeiras executem suas atividades observando a legislação que lhes é aplicável.¹¹

22. Verdade é, nos termos do art. 9º da Lei da Reforma Bancária, cabe ao órgão supervisor cumprir as normas expedidas pelo CMN e as disposições que

11 HELLWIG, Guilherme Centenaro. O STF e a autoridade monetária. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 38, p. 49-50, outubro-dezembro, 2007.

são expressamente atribuídas pela lei. Na ausência de norma ‘cemenista’ ou de lei que expressamente lhe atribua competência, descabe ao Banco Central atuar, sob pena de violação ao art. 11 da Lei do Processo Administrativo.

23. Nesse sentido, cumpre ressaltar que as resoluções que tratam de tarifa bancária, ao contrário do que consta em diversas passagens da peça inicial da Procuradoria da República, **não são deste Banco Central**, mas sim do **Conselho Monetário Nacional**. O BCB, na forma prevista no art. 11, VIII, da Lei nº 4.595, de 1964, tem a atribuição de prover os serviços de secretaria ao citado Conselho, dando, no caso das citadas resoluções, publicidade aos normativos aprovados pelo CMN.

24. Ademais, recorde-se que a tese esgrimida pelo MPF na inicial é de que mesmo antes da edição da Resolução CMN nº 3.518, de 2007, a cobrança de tarifa pela emissão de cheques de pequeno valor era vedada pelas disposições dos artigos 6º, incisos IV e VI, 39, inciso V e art. 51, incisos IV e XV da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC) e, indiretamente, pelo art. 5º, inciso XXXII e 170, inciso V, da Constituição Federal, que erigem à categoria de princípios constitucionais da proteção ao consumidor.

25. Quanto a isso é necessário destacar duas questões: primeiro, a questão referente ao âmbito de exercício da discricionariedade normativa legalmente atribuído ao CMN; segundo, à questão da inaptidão das fórmulas normativas semanticamente expressas no CDC para, na ausência de integração normativa, legitimar o exercício do poder administrativo sancionador.

26. Quanto à primeira questão, é de se ver que o CDC não atribuiu ao CMN competência baixar normas de proteção ao consumidor, nem tampouco investe o BCB de competência para fiscalizar a observância das normas de proteção contratual previstas na legislação consumerista. Nesse sentido, é de se atentar que o voto do Ministro Eros Grau, proferido durante o julgamento da ADI nº 2.591-1, delimitou o âmbito de exercício da discricionariedade normativa legalmente conferida ao CMN, ao destacar que:

A questão a considerar respeita à determinação do significado, no contexto do preceito – isto é, no mencionado artigo 4º, inciso VIII – do vocábulo funcionamento. É unicamente sobre esta matéria que o Conselho Monetário Nacional está autorizado a dispor texto normativo.

Os que exercem atividades subordinadas à Lei nº 4.595/1964 são as

instituições financeiras. Logo, é do funcionamento das instituições financeiras de que se trata. Podemos, portanto, dizer: desempenho de suas atividades pelas instituições financeiras. O Conselho Monetário Nacional regula o desempenho de suas atividades pelas instituições financeiras. O vocábulo funcionamento é, porém, mais forte, na medida em que expressivo da circunstância de as instituições cumprirem uma função no quadro do sistema financeiro nacional.

O vocábulo tem a virtude de tornar bem explícito o fato de a lei ter estabelecido que para funcionar, para desempenhar a atividade de intermediação financeira, a empresa deverá cumprir o que determina o Conselho Monetário Nacional no que concerne a sua adequação a esse desempenho. Vale dizer, **quanto ao nível de capitalização, à solidez patrimonial, aos negócios que poderá realizar [por exemplo, câmbio, captação de depósitos à vista, etc.], à sua constituição de conformidade com as regras legais [lei das sociedades anônimas, com todas as suas implicações].**

Vê-se bem, destarte, que **a função das instituições financeiras é sistêmica, vale dizer, respeita ao seu desempenho no plano do sistema financeiro.** Ainda em outros termos, essa função somente pode ser cumprida no plano do sistema financeiro.

Ora, **o Conselho Monetário Nacional é competente apenas para regular – além da sua constituição e da sua fiscalização – o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. Tudo quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional.**

27. Portanto, segundo o entendimento do STF, a atuação normativa do CMN não poderia ter como base a legislação consumerista, na ausência de previsão legal, seja no CDC, seja na Lei da Reforma Bancária, autorizando o exercício da capacidade normativa de conjuntura, por parte do CMN, nesse âmbito da vida econômica e social. Veja-se que a fundamentação da regulação das tarifas bancárias, por parte do CMN, não se assenta no CDC, e sim do art. 4º, inciso IX, da Lei nº 4.595, de 1964, conforme se pode ver no preâmbulo das Resoluções CMN nºs 2.303, 3.516, 3.517 e 3.518.

28. No que toca à segunda questão, é importante atentar para a diferença de

escopo das sanções de natureza civil e das sanções de natureza administrativa.

29. Sanções de natureza civil resolvem-se na recomposição do direito lesado ou em pagamento de indenização. Nesse âmbito, tem crescido o uso de formulas semanticamente vagas, ora cláusulas gerais, ora conceitos jurídicos indeterminados. Basta ver as formulações normativas referidas nas disposições do CDC que, segundo o *parquet* federal, teriam sido violadas pela instituição financeira demanda, por configurarem práticas contratuais abusivas – apenas para recordar as expressões usadas: “vantagem manifestamente excessiva”, “obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”, e “estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor”.

30. Se tais formulações são idôneas para justificar a aplicação de sanções de natureza civil – nulidade dos atos negociais praticados, recomposição dos direitos lesados e indenização – elas se revelam inaptas para, na ausência de integração normativa, justificar o exercício do poder administrativo sancionador, ante a exigência de tipicidade das condutas.

31. Pense-se na imposição de sanções baseadas apenas na noção semanticamente vaga de que determinada prática foi considerada pelo agente fiscalizador como contrária à boa-fé, ou violadoras do sistema de proteção ao consumidor. Daí a necessidade, prevista no art. 55 do CDC, de que União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixem normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços, densificando os preceitos do CDC, de modo a torná-los aptos a justificar a imposição das sanções previstas no art. 56 da Lei nº 8.078, de 1990.

32. Assim sendo, ainda que se admita que a regulação da cobrança das tarifas bancárias, por parte do CMN, pudesse se fundamentar na legislação consumerista, o Banco Central só poderia atuar se houvesse produção de normas que, ao densificarem os preceitos semanticamente vagos do CDC, regulassem por meio de “regras tipificadoras” quais condutas seriam especificamente proibidas, sob pena de sanção administrativa.

33. Isso porque o princípio da segurança produz efeitos diversos na esfera do direito consumerista e do direito administrativo sancionador. Sobre a tensão entre o uso de fórmulas semanticamente vagas e o princípio da segurança

jurídica, em sua dimensão de proteção à confiança do administrado, dentre os quais, como destaca Odete Medauar, estaria a indeterminação dos termos da lei, mediante o uso de termos vagos nos textos normativos.¹²

34. Ou seja, antes de maio deste ano, **ausente norma específica proibindo, sob pena de sanção administrativa, a cobrança de tarifa sobre a emissão de cheques**, notadamente de ‘pequeno valor’, **não poderia o Banco Central do Brasil ter exercido sua ação fiscalizadora**, visando reprimir a prática contratual reputada abusiva. Somente com a **entrada em vigor da Resolução CMN nº 3.518**, de 06/12/2007, editada com base no **art. 4º, IX, da Lei da Reforma Bancária**, é que o BCB passou a ter fundamento jurídico-normativo para agir com vistas a reprimir a cobrança de tarifas sobre a emissão de cheques, independentemente de seu valor.

35. Isso não impede que o Ministério Público, investido de legitimidade extraordinária, atue na defesa dos interesses individuais homogêneos lesados por práticas contratuais que, no livre convencimento daquela autoridade, ela repute abusivas, buscando, seja o ajustamento de conduta de quem lesou os consumidores, seja a recomposição dos direitos lesados ou o pagamento de indenizações. Todavia, todas essas são sanções de natureza civil, que não tem a ver com o exercício do poder administrativo sancionador, o qual se governa por princípios outros, que se assentam no princípio da segurança jurídica.

36. Veja-se que várias outras ações civis públicas foram ajuizadas perante a Seção Judiciária da Justiça Federal de São Paulo, ocasião em que esta **autarquia nem sequer constava no pólo passivo da ação**. Nos termos do art. 5º, §2º da Lei nº 7347/1985¹³, a intervenção desta autarquia naqueles processos suscitados pelo Ministério Público Federal em São Paulo era facultativa, sendo certo que a lide posta não atinge a esfera de interesses econômicos ou jurídicos desta autarquia.

37. Ora, o ingresso ou a manutenção do Banco Central na lide pressupõe a existência de interesse jurídico (art. 50 do Código de Processo Civil) ou econômico (parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.469, de 1997). De pronto, pode-se afirmar inexistir interesse econômico na lide, pois, procedente ou improcedente o pedido, não se vislumbra repercussão no patrimônio do Banco Central.

12 MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima. In: ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito**: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 114-119.

13 “Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes”.

38. Igualmente, não se vislumbra interesse jurídico do Banco Central no presente caso. Ainda que possa caber ao Banco Central exercer papel ativo na defesa do direito consumerista, não seria o caso de atuar como réu no presente caso. Com efeito, a competência para regulamentar a “remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros” é do Conselho Monetário Nacional, consoante dispõe o multicitado art. 4º, IX, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Trata-se de competência discricionária que lhe foi outorgada para melhor cumprir as finalidades que lhe foram afetas, principalmente as de “propiciar o aperfeiçoamento das instituições e dos instrumentos financeiros, com vistas à maior eficiência do sistema de pagamentos e de mobilização de recursos” (art. 3º, V, da Lei nº 4.595, de 1964) e “zelar pela liquidez e solvência das instituições financeira” (art. 3º, VI, da Lei nº 4.595, de 1964). Nesse sentido, aliás, decidiu, recentemente, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO, ESSENCIALMENTE, À DECLARAÇÃO DA NULIDADE DA PRÁTICA BANCÁRIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

Demanda não teria condições de prosperar em relação ao co-réu Banco Central do Brasil, dada a ausência de relação causal entre a conduta deste e a prática do Banco do Brasil S/A que o demandante entendeu abusiva ao propor a ação.

Prática do Banco do Brasil S/A que vulnera o disposto nos art. 6º, 30 e 51, do CDC, e induz a aplicação da repetição dobrada a que alude o art. 42, parágrafo único, do mesmo Código.

(TRF 4. 4ª Turma. Apelação Cível 2004.72.00.016821-0/SC. Rel. Des. Valdemar Capeletti. DJ 23/6/2007)

39. Resta-se evidenciada, portanto, a ilegitimidade do Banco Central do Brasil para figurar no pólo passivo da presente ação civil pública (art. 267, VI do CPC).

b) Impossibilidade jurídica do pedido

40. Não bastasse a ilegitimidade de parte da autarquia, o MPF pede algo juridicamente impossível em relação ao Banco Central.

41. Reiteramos aqui que antes da entrada em vigor da Resolução CMN nº 3.518, de 2007, não havia fundamento jurídico para que o Banco Central exercesse seu poder sancionador em relação à cobrança de tarifas sobre a emissão de cheques.

42. Sabemos todos que a criação de uma autarquia, assim como sua atuação, está sempre vinculada à edição de uma lei, que é seu estatuto básico, devendo este ente da Administração Pública Indireta pautar suas ações com base nesse plexo legal. Sobre o tema, confira-se a doutrina que segue:

Há, na doutrina, duas formas distintas de configurar tal condição da ação. Uma delas sustenta que se estará, sempre, diante de pedido juridicamente possível, quando o ordenamento contiver, ao menos em tese, em abstrato, portanto, previsão a respeito da providência requerida. Outra sustenta que haverá pedido juridicamente possível sempre que inexistir vedação expressa quanto àquilo que concretamente se está pedindo em juízo. No entanto, e ainda nessa linha de compreensão da questão, há autorizada doutrina demonstrando que é preciso mesclar as duas posições para se concluir que, em matéria de direitos contidos na esfera do direito provado, é suficiente a inexistência de vedação expressa quanto à pretensão trazida a juízo pelo autor. Assim, ainda que inexistam previsão expressa na lei (norma material) quanto ao tipo de providência requerida, se proibição não houver, estar-se-á diante de pedido juridicamente possível.

Em sede de direito público, todavia, a questão assume contornos diferenciados, pois é princípio básico desse ramo do direito (exs. Direito Administrativo e Direito Tributário) que só se tem permitido aquilo que a lei expressamente autorizar. Sendo vedado aquilo a respeito de que a lei deixe de fazer qualquer referência.¹⁴

43. Como decorrência lógica, não há como se admitir o pedido formulado pelo Ministério Público Federal, vez que, se assim for deferido, estar-se-á diante de uma ampliação proibida de competências, por ato diverso de lei, violando o princípio da legalidade. Isso porque o Poder Judiciário não pode ampliar,

14 Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.), *Curso Avançado de Processo Civil*. vol I, 6. ed., p. 140-141, editora Revista dos Tribunais.

de forma oblíqua, esta esfera de competência, que, no caso de uma autarquia federal, é estabelecida por leis federais.

44. É certo que o Poder Judiciário pode determinar o cumprimento, por qualquer ente da Federação, de obrigação ou dever que lhe incumba. Mas, obviamente, tal *munus* já deve estar previsto dentre aqueles de responsabilidade do ente. Ao reverso, se não há, inexistente legitimidade tanto ao pleito formulado pela parte adversa, quanto à ordem judicial sem fundamento no ordenamento.

45. A propósito do tema, vale transcrever esclarecedor aresto do Superior Tribunal de Justiça, o qual, *mutatis mutandis*, aplica-se ao presente caso:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos.

2. Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano.

3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.

4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e a independência dos Poderes.

5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle de mérito.

6. As atividades de realização dos fatos concretos pela Administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecido pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente. Recurso Provido

(Resp nº 169876/SP – Primeira Turma – Relator Ministro José Delgado – Publicado no DJ de 21/9/1998, pág. 70).

46. Repita-se: antes da vigência da Resolução CMN nº 3.518, de 2007, não havia

norma que obrigasse o Banco Central a impedir que as instituições financeiras cobrassem tarifas sobre a emissão de cheques, prática administrativamente vedada pelo art. 2º, inciso I, *h* da Resolução do nº CMN nº 3.518, de 6/12/2007, não sendo viável, portanto, que o Poder Judiciário imponha tal dever a esta autarquia, sob pena de se violar frontalmente o princípio constitucional da independência e harmonia entre os poderes (artigo 2º da Constituição Federal).

47. Portanto, impor a um ente público obrigação de fazer não estabelecida por lei ou pela Constituição Federal assume contornos de flagrante ilegalidade, diante do próprio regime de direito público e competência atribuídos aos componentes da Administração Pública.

48. Não se deve olvidar que o manejo da ação civil pública, com vistas a impor ao Poder público obrigações da fazer ou não fazer relacionadas à defesa do meio ambiente, do consumidor, dos bens e direitos de valor histórico, artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico ou qualquer outro interesse difuso ou coletivo, ou para exigir reparação por lesões a esses interesses, só é possível se houver norma jurídica pré-existente que fundamente a obrigação que se quer impor.

49. **Sem fundamento jurídico**, conseqüentemente, o **manejo de ação civil pública para inaugurar, para a Administração, deveres não previstos em lei**, vez que, sem isso, **não há competência para a regular atuação administrativa**.

50. A propósito, vale conferir a lição de Frontini¹⁵, doutrinador e membro do Ministério Público em São Paulo:

Cumpra, entretanto, não perder de vista que a ação civil pública pode ter por objeto, também, cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, nos termos do artigo 11 da Lei nº 7.347 (ver *supra*, item 1.3).

Fazer ou deixar de fazer o quê?

A resposta é óbvia: cumprir a prestação de fazer ou a prestação de não fazer a que o devedor dessa obrigação está juridicamente vinculado.

E, novamente, desponta o relevo que, no tema, tem o pressuposto da existência de uma lei regendo a hipótese. Assim, embora com freqüência, a obrigação como vínculo jurídico entre as partes, tendo por objeto uma prestação de caráter econômico, tenha por fonte um contrato ou um ato

15 FRONTINI, Paulo Salvador. Ação Civil Pública (coord. Edis Milaré), em texto intitulado Ação Civil Pública e Separação dos Poderes do Estado, p. 740-741, 2. ed., Revista dos Tribunais.

unilateral de vontade (...), deve necessariamente existir uma lei que tenha autorizado a formação do vínculo obrigacional.

51. Note-se que a inviabilidade do manejo de Ação Civil Pública com o intuito de inaugurar deveres na ordem jurídica não só vem sendo repelida pelo Judiciário, conforme já demonstrado em preliminar, como também, na doutrina. Confira-se, sobre o tema, a seguinte passagem:¹⁶

A hipótese tem especial gravidade se o caso envolve pedido de condenação à obrigação de fazer, pois representa avaliação formulada no âmbito do Ministério Público, entendendo-se legitimado a demandar a intervenção do judiciário em assuntos do Poder Executivo.

[...]

E, por aí, não raro se verificará que a obrigação que se pretende tenha seu cumprimento decretado pelo Judiciário não está lastreada em lei. Ou se perceberá que esta não vincula inexoravelmente o Poder Executivo, de modo que pode a autoridade requerida simplesmente invocar as prerrogativas de independência de Poder para não praticar o ato pretendido.

A gravidade do problema fica destacada pela circunstância de que a intromissão, por via judicial, em questões internas de alçada do Poder Executivo – o que sempre é admissível se há fraude ou desrespeito à lei – é questão altamente sensível, já que interfere numa das chamadas cláusulas pétreas da Constituição, como se lê no artigo 60, § 4º, III.

52. Ao que se vê, porém, o Ministério Público Federal, por meio da presente ação, no entanto, não pretende exigir o cumprimento de obrigações de fazer ou mesmo de deveres jurídicos, pois estes pressupõem a existência de um vínculo jurídico prévio, baseado em lei. Objetiva sim, ao arrepio da Constituição Federal, inaugurar novos deveres jurídicos para o Poder Público, tomando o lugar do legislador e buscando o respaldo a sua conduta no Poder Judiciário.

53. Em tais condições, evidencia-se a impossibilidade jurídica do pedido, gerando por conseqüência a declaração de carência de ação e extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do

16 Ação Civil Pública (coord. Edis Milaré), em texto intitulado Ação Civil Pública e Separação dos Poderes do Estado, Paulo Salvador Frontini, p. 745-746, 2. ed., Revista dos Tribunais.

Código de Processo Civil.

c) Falta de interesse de agir

54. Embora o Ministério Público Federal sustente que o valor auferido da cobrança é ilícito mesmo anteriormente à edição da Resolução nº 3.518/2007, eis que a prática já seria vedada diante das normas contidas na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor, cumpre reiterar que o resultado útil do processo, qual seja a restituição, em dobro ou não, aos consumidores, dos valores que lhes teriam sido indevidamente cobrados, não exige a presença do Banco Central no pólo passivo da demanda, nem há utilidade/necessidade da presença do ente supervisor para assegurar o cumprimento de eventual decisão judicial de caráter reparatório ou inibitório.

55. Pelas razões fartamente apresentadas nos itens anteriores, o Banco Central do Brasil não tinha fundamento legal e normativo (art. 9º¹⁷ da Lei nº 4.595, de 1964) para reprimir a cobrança da tarifa sobre emissão de cheques, ditos de pequeno valor. Com a entrada em vigor da Resolução CMN nº 3518/2007 o Banco Central passou a ter instrumento para reprimir a conduta vedada por norma administrativa legalmente fundada, de modo que a fiscalização, agora devidamente autorizada a agir, passará a atuar independentemente de provimento judicial, que se mostra, por isso, desnecessário.

56. Sabe-se que o interesse de agir reside exatamente na imprescindibilidade do provimento jurisdicional, como única forma de obter o bem da vida objeto da pretensão, segue-se a conclusão de que, no caso, não se configura esta condição da ação, visto que, antes da entrada em vigor Resolução CMN nº 3518/2007, o Banco Central não tinha autorização legal para agir, e após isso, passou a dispor do instrumento normativo necessário ao exercício de sua competência. Num noutro caso, o provimento judicial pretendido, visando forçar o Banco Central a agir, era descabido, inútil e desnecessário.

57. Ademais, é de se assinalar que não há interesse jurídico em que o Banco

17 “Compete ao Banco Central da República do Brasil cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional”.

Central seja guindado a *longa manus* do Ministério Público na fiscalização do cumprimento de eventual condenação da instituição financeira em obrigação de fazer ou não fazer.

58. As decisões judiciais gozam de auto-executoriedade extrema, superior inclusive à auto-executoriedade das decisões e atos administrativos. Contra a eficácia das decisões judiciais são manejáveis apenas recursos judiciais ou sucedâneos recursais, como, em casos estritos, o mandado de segurança. De qualquer sorte, a questão se resolve no âmbito interno da Justiça.

59. Coisa diversa ocorre com os atos e decisões administrativas, passíveis de impugnação judicial, sempre que lesarem ou puderem lesar direitos, nos termos da garantia da ubiqüidade da Justiça inscrita no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República.

60. Certo é que o Judiciário tem condições de valer por si próprio suas decisões, não apenas para recompor danos consumados, mas para cessar práticas lesivas ou mesmo evitá-las, dispondo para tanto de diversos mecanismos como a tipificação do crime de desobediência e o manejo de penas cominatórias, cuja imposição, aliás, foi pedida pelo Ministério Público na peça vestibular da presente ação.

61. Ora, se assim é, qual a utilidade ou necessidade do pedido formulado em relação ao Banco Central para que fiscalize a observância de uma medida judicial, como se a eficácia dos provimentos judiciais dependesse da aquiescência das autoridades administrativas. Aliás, uma tal pretensão, que condiciona a eficácia das decisões da Justiça a atuação de um ente do Poder Executivo.

62. A desnecessidade da atuação do Banco Central para emprestar eficácia ao que for eventualmente decidido pelo Juízo, em termos de restituição do que foi indevidamente cobrado (se é que foi), ou em termos de impedimento a que as tarifas continuem sendo cobradas (o que hoje é expressamente vedado), evidencia a falta de interesse de agir, relativamente ao ente supervisor (art. 267, VI, do CPC).

III – MÉRITO

63. Muitos dos argumentos esgrimidos nas preliminares podem ser reiterados para enfrentar o mérito. Com efeito, o que se argumentou em respeito à legalidade como pressuposto e limite para atuação supervisora do Banco Central, relativamente aos agentes econômicos que operam no SFN, pode ser usado aqui, no contexto da discussão meritória.

64. A atuação supervisora do Banco Central, se compreende o exercício de deveres-poderes sancionadores, que devem ser eficientes (art. 37, *caput*, da Constituição da República), não dispensa, para o legítimo exercício desses deveres ou poderes, a observância de pressupostos (garantias) procedimentais e substantivos, sob pena de deslegitimar a ação punitiva do Estado.

65. Dentre as garantias, ressalta a de que a atuação das autoridades administrativas deve se basear em normas expressamente atributivas de competência. A competência, como se sabe, constitui-se em aspecto plenamente vinculado de qualquer ato ou procedimento administrativo, conforme depreende do art. 11 da Lei nº 9.784, de 9 de janeiro de 1999, a chamada Lei do Processo Administrativo.

66. No caso, o CDC não atribuiu ao CMN competência para produzir normas proibindo, sob pena de sanção administrativa, práticas negociais abusivas. Tanto é assim que a Resolução CMN nº 3.518, de 6/12/2007, não se assenta em qualquer dispositivo do CDC, mas no art. 4º, inciso IX, da Lei de Reforma Bancária.

67. No que se refere especificamente ao fundamento legal de legitimidade das normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, há que atentar para duas coisas: primeiro, a edição de normas infralegais deve se assentar em expressa atribuição legal de competência, sob pena de configurar não uma situação de discricionariedade e sim de arbitrariedade normativa (ou seja, sem a existência de uma norma legal que expressamente atribua a determinado órgão ente administrativo competência normativa discricionária, a produção normativa carece de fundamento legal de validade); segundo, que à vista do princípio da separação dos poderes, o exercício desta competência normativa discricionária somente é controlável em situações excepcionais, que não se verificam no caso concreto.

68. No caso, o CDC não atribuiu ao CMN competência para produzir

normas proibindo, sob pena de sanção administrativa, práticas negociais abusivas. Tanto é assim que a Resolução CMN nº 3.518, de 6/12/2007, não se assenta em qualquer dispositivo do CDC, mas no art. 4º, inciso IX, da Lei de Reforma Bancária.

69. Por outro lado, o inciso IX do art. 4º da Lei nº 4.595, de 1964, ao mesmo tempo em que autoriza a produção de normas pelo CMN, não predetermina o momento em que a norma deverá ser editada, nem estabelece seu conteúdo. Aliás, seria irracional e ineficiente se o fizesse, pois é justamente a flexibilidade do preceito que garante sua adaptação às mudanças ocorridas nesse setor regulado da atividade econômica, permitindo-lhe regular um número indefinido de fatos.

70. Está-se, pois, aqui no âmbito da discricionariedade normativa da Administração, que, se não é indevassável ao controle judicial, só o será pelos instrumentos processualmente adequados (controle de inconstitucionalidade por omissão, se for o caso) e em limites bastante estreitos, haja vista o significado normativo do princípio da separação de poderes. Vale dizer, ou bem há discricionariedade normativa – e daí a existência de uma ampla abertura para o CMN regular a questão das tarifas, levando em consideração os efeitos sistêmicos da regulação normativa – ou bem não se pode cogitar de capacidade normativa de conjuntura, para usar a expressão cunha pelo Min. Eros Roberto Grau.

71. Aplica-se aqui, com precisão, o modelo heurístico sugerido por Humberto Ávila, quando afirma que o âmbito de controle do Poder Judiciário relativamente aos atos dos demais poderes é inversamente proporcional à: (a) incerteza quanto aos efeitos futuros da lei ou ato administrativo; (b) dificuldade e tecnicidade do juízo exigido no trato da matéria; e (c) abertura da prerrogativa dada pela Constituição ao legislador para a formulação das leis, ou pela lei ao administrador para a adoção de medidas normativas complementares ou mesmo para a adoção de medidas de efeitos concretos.¹⁸

72. De fato, no presente caso – e usando os parâmetros acima delineados – tudo conspira contra a pretensão do Ministério Público Federal de invadir a esfera de discricionariedade normativa que a lei atribui ao CMN para normatizar as questões referentes à supervisão do SFN.

73. Primeiro porque, em se tratando de norma que refletirá na alocação

18 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 126.

de recursos materiais e humanos escassos por parte do supervisor do SFN, primordialmente voltados, nos dias de hoje, à regulação prudencial, sistêmica, não cabe ao Judiciário definir como o Banco Central deve exercer sua função fiscalizadora, na medida em que a atribuição do dever de fiscalizar o cumprimento de uma dada decisão judicial envolve o risco de deixar a descoberto o cumprimento de outras funções inerentes à atuação supervisora. A incerteza quanto aos desdobramentos de uma tal decisão alocativa de recursos impedem que o Judiciário se substitua ao administrador na definição do que se deve fazer na seara da supervisão do SFN.

74. Vale dizer, por todos os critérios que asseguram a discricionariedade da Administração, não haveria possibilidade de se impor, pela via da ação civil pública, um dever de normatizar ou de fiscalizar o cumprimento de uma ordem judicial, na medida em que: a) não há segurança quanto aos efeitos futuros da decisão alocativa dos recursos escassos; b) a matéria relativa ao *modus operandi* da supervisão bancária é de tal complexidade técnica que descabe a imposição de uma determinada obrigação de atuar, sob pena de comprometer a eficiência do sistema de supervisão, e c) se se cogita de discricionariedade normativa para o exercício da capacidade normativa de conjuntura, então não pode haver interferência estranha no sentido de substituir o administrador, no caso o Colegiado do CMN, naquilo que lhe competiria normatizar, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes.

75. Essa é, em linhas gerais, a posição que tem reverberado nos Tribunais Superiores:

CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA
– PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO – EXERCÍCIO
PELO JUIZ – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA HARMONIA
ENTRE OS PODERES. O juiz não pode substituir a Administração Pública
no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a
verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de
administração, tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma
de hospital público. O princípio da harmonia e independência entre os
Poderes há de ser observado, ainda que, em tese, em ação civil pública,
possa o Município ser condenado à obrigação de fazer. Agravo a que se
nega provimento (AGRESP 252083/RJ)

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

1. O Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, deve observância aos princípios constitucionais, inclusive ao da independência e harmonia entre poderes (art. 2º, CF). 2. A observância das normas constitucionais delimita a interpretação e o âmbito de aplicação da legislação infraconstitucional. 3. Não compete ao Judiciário, no seu mister, editar normas genéricas e abstratas de conduta, nem fixar prioridades no desenvolvimento de atividades de administração. 4. Ao Poder Executivo compete analisar a conveniência e oportunidade da adoção de medidas administrativas. 5. Agravo desprovido (AgRg no REsp 261144/SP; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2000/0053271-1 Ministro PAULO MEDINA (1121) T2 – SEGUNDA TURMA; 6/9/2001; DJ 10/3/2003, p. 143)

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos. 2. Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano. 3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.

4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes. 5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito. 6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente. 7. Recurso provido”. (REsp 169876/SP; RECURSO ESPECIAL 1998/0023955-3; Ministro JOSÉ DELGADO (1105); T1 – PRIMEIRA TURMA16/6/1998)

76. Conspira, ademais, contra o manejo de sanções administrativas baseadas

exclusivamente nas formulações semanticamente vagas do CDC, a necessidade de tipificação das condutas, garantia fundamental do administrado contra o exercício do poder sancionador da Administração.

77. O direito privado admite o uso de sanções legais baseadas em normas semanticamente vagas e abertas à complementação de sentido por ‘standards’ valorativos extra-sistêmicos. Com efeito, o uso de fórmulas normativas semanticamente vagas tanto pode se dar pelo recurso a conceitos indeterminados – quando se trata da fixação da premissa para a aplicação da sanção normativamente prevista – como pelo uso de cláusulas gerais – quando se optar por remeter ao julgador a tarefa de concorrer ativamente para a formulação na norma de conduta.¹⁹

78. Entretanto, contrariamente ao que ocorre no direito privado, não se admite, na seara do direito público sancionador, a imposição de sanções (penalidades) lastreadas exclusivamente em tipos penais abertos. Não que não possa a lei construir tipos penais em branco ou com recurso a fórmulas semanticamente vagas, presentes, por exemplo, nas noções de “gestão fraudulenta” e de “gestão temerária”. Nessa hipótese, contudo, terá que haver indispensável integração normativa infralegal, suficiente para completar o sentido da norma semanticamente vaga. Caso isso não ocorra – ou seja, se não houver integração normativa ou se ela não suprir de modo adequado a vagueza semântica da norma que ela pretende integrar – haverá lesão ao princípio da tipicidade das condutas e, com ele, ao sobreprincípio

19 Conquanto não haja consenso doutrinário a respeito, a distinção entre conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, se assenta na função que uns e outros exercem no sistema jurídico. Nesse sentido, Martins-Costa pondera que: “[...] os conceitos formados por termos indeterminados integram, sempre, a descrição do ‘fato’ em exame com vistas à aplicação do direito. Embora permitam, por sua vagueza semântica, abertura às mudanças de valorações (inclusive as valorações semânticas) – devendo, por isso, o aplicador do direito averiguar quais são as conotações adequadas e as concepções éticas efetivamente vigentes, de modo a determiná-los *in concreto* de forma apta –, a verdade é que, por se integrarem na descrição do fato, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa. Por essa razão ‘uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência ou a não-coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada’. O caso é, pois, de **subsunção**. Não haverá, aí, ‘criação do direito’ por parte do juiz, mas **apenas interpretação**.”

Já por aí se percebe que, inobstante conter cláusula geral, em regra, termos indeterminados, tais como os conceitos de que ora se trata (alguns destes conceitos indeterminados podendo indicar também princípios), a **coincidência não é perfeita**, pois a cláusula geral **exige que o juiz concorra ativamente para a formação da norma**. Enquanto nos conceitos indeterminados o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (vago) indicado na *fattispecie* (devendo, pois, individualizar os confines da hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente), na cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa. Ela deverá além de averiguar a possibilidade de subsunção de uma série de casos-limite da *fattispecie*, averiguar a exata individualização das mutáveis regras sociais às quais o envia a metanorma jurídica. Deverá, por fim, determinar também quais são os efeitos incidentes no caso concreto, ou, se estes já vierem indicados, qual a graduação que lhes será conferida no caso concreto, à vista das possíveis soluções existentes no sistema [...]” (MARTINS-COSTA, Judite. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 326-327).

da segurança jurídica, base de nosso direito constitucional.

79. De qualquer sorte, não se coaduna com a segurança jurídica aplicar penalidades administrativas na ausência de normas legais e infralegais atribuindo **expressamente** de competência para agir por parte do Banco Central e com base em conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, tais como as referidas nos artigos 6º, incisos IV e VI, 39, inciso V e art. 51, incisos IV e XV, do Código de Defesa do Consumidor.

80. Em verdade, o CDC, como não poderia deixar de ser, cria e regula a aplicação de sanções de natureza civil, ensejando anulação de disposições contratuais abusivas, fixando deveres de indenização por danos materiais e morais, invertendo ônus probatórios e estabelecendo normas de responsabilidade subjetiva e (preponderantemente) objetiva. De outra parte, o CDC também regula o acesso dos individual e coletivo dos consumidores (bem como de co-legitimados extraordinários) ao Judiciário, disciplinando os instrumentos jurídico-processuais que irão realizar a norma constitucional do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República.

81. Todavia, o direito fundamental de acesso ao Judiciário, em face de situações de lesão ou ameaça de lesão a direito, não implica num dever de sancionar penal ou administrativamente todas as ilicitudes, haja vista não só o caráter subsidiário do direito sancionador, como os pressupostos jurídico-constitucionais do exercício do poder de punir, que exige não só a distribuição legal das competências, como a definição precisa das condutas vedadas, em atenção ao princípio da tipicidade.

82. Quanto ao pedidos articulados contra a instituição financeira, relativos à restituição das tarifas cobradas e impedimento de novas cobranças, não há o que manifestar, ante a evidente falta de interesse e legitimidade do Banco Central do Brasil para tratar do assunto. Apenas reitera-se que, por ser prática administrativamente vedada desde abril deste ano, cabe ao Banco Central reprimir a cobrança de tarifas pela emissão de cheques (art. 2º, inciso I, *h* da Resolução CMN nº 3.518, de 6/12/2007), sem que, contudo, possa fazê-lo retroativamente.

83. Isso porque, até abril vigiam as regras da Resolução CMN 2.303. Esta Resolução não vedava a cobrança de tarifa por serviço de compensação de cheques. Com o advento da Resolução CMN nº 3.518 é que restou vedada a

cobrança de tarifa por tais serviços, com expressa revogação da Resolução CMN nº 2.303, através de seu art. 16.

84. Não havia qualquer vedação à cobrança de tarifa pela emissão de cheques de pequeno valor quando da vigência da Resolução CMN nº 2.303, de 1996, desde que a instituição financeira adotasse procedimentos com vistas a assegurar transparência à sistemática adotada.

85. Posteriormente, com o advento da Resolução CMN nº 3.518, de 6 de dezembro de 2007, a fixação de tarifas pelas instituições financeiras passou a adotar nova sistemática, sendo que a cobrança da tarifa pela “cobrança de tarifa pela emissão de cheques de pequeno valor” passou a não mais encontrar amparo no normativo editado pelo Conselho Monetário Nacional.

86. O art. 14 da Resolução CMN nº 3.518/2007 previu expressamente que até 29 de abril de 2008 ainda poderiam ser cobradas as tarifas nos termos da Resolução CMN nº 2.303, *in verbis*:

Art. 14. Em relação aos contratos firmados até a data de vigência desta resolução, as instituições referidas no art. 1º devem utilizar, até 29 de abril de 2008, as tarifas divulgadas conforme as disposições da Resolução nº 2.303, de 1996, e, a partir de 30 de abril de 2008, as tarifas estabelecidas na forma desta resolução.

87. Assim, são de todo improcedentes as alegações de que o Banco Central foi omissos na fiscalização das instituições financeiras, pois não havendo vedação expressa para sua cobrança, não há que se falar em falha de fiscalização. Tudo isto considerando as cobranças ocorridas até 30 de abril de 2008, quando passou a vigorar as disposições da Resolução CMN nº 3.518, de 2007.

IV – CONCLUSÃO

88. Conforme restou demonstrado, o Banco Central do Brasil é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente ação, assim como o autor é carecedor de ação em face desta autarquia, em razão da inexistência de resultado prático do presente feito em relação ao Banco Central. Ademais, os pedidos articulados contra a autarquia são juridicamente impossíveis; sem falar da falta

de interesse de agir relativamente ao Banco Central.

89. Mesmo no mérito, a presente ação não possui fundamento fático e jurídico que conduza à procedência da ação em face desta autarquia. Não havia vedação à cobrança da tarifa pela emissão de cheques de baixo valor até 30 de abril de 2008, desde que adotados os devidos procedimentos relacionados à transparência pela instituição financeira. Após a nova sistemática de cobrança de tarifas trazida pela Resolução CMN nº 3.518, a instituição financeira não mais cobrou a referida tarifa, de modo que não há qualquer infringência legal no presente caso que demande a atuação do Banco Central nos limites fiscalizatórios da Lei nº 4.595/1964.

90. Ante o exposto, requer sejam acolhidas as preliminares suscitadas, para o fim de ser extinto o processo, sem julgamento do mérito, (CPC, art. 267, VI) ou, se assim não entender esse douto julgador, no mérito seja julgado improcedente o pedido do autor.

Nesses termos, pede deferimento.

Porto Alegre, 1º de outubro de 2008.

Yuri Restano Machado

Procurador

Lademir Gomes da Rocha

Subprocurador-Regional

Petição PGBC-11518/2008

Contestação apresentada nos autos da Ação Civil Pública nº 2006.61.00.011828-2/SP, ajuizada pelo Ministério Público Federal, sustentando que as administradoras de cartão de crédito não se enquadram no conceito legal de instituição financeira, não estando assim sujeitas à fiscalização do Banco Central.

Patrícia Ornelas Gomes da Silva
Procuradora do Banco Central

Maria Macarena Guerado de Daniele
Subprocuradora-Regional do Banco Central

Petição PGBC- 11518/2008
Proc. 0601337973

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR FEDERAL DA 7ª VARA CÍVEL
DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO**

PROCESSO Nº 2006.61.00.011828-2
AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RÉU: UNIÃO E BANCO CENTRAL DO BRASIL

BANCO CENTRAL DO BRASIL, Autarquia Federal criada pela Lei nº 4.595/1964, com sede e foro em Brasília, DF, e Procuradoria Regional em São Paulo, SP, na Avenida Paulista nº 1804, CNPJ/MF 00.038.166/0009-54, por seus Procuradores que esta subscrevem, vêm, respeitosamente, perante Vossa Excelência, apresentar **contestação** ao pedido aduzido na exordial, com base nos fundamentos de fato e de direito a seguir expostos.

I – DOS FATOS

2. O Ministério Público Federal ajuizou a presente ação civil pública para que o Poder Judiciário declare serem as sociedades operadoras de cartão de crédito instituições financeiras e assim submetidas e subordinadas à disciplina da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Busca ainda sejam os réus, União e Banco Central, condenados ao cumprimento de obrigação de fazer consistente em exercer em caráter permanente e definitivo a atividade administrativa de fiscalização em relação às sociedades operadoras de cartão de crédito.

3. Não obstante a louvável preocupação com a tutela dos interesses coletivos, não há como prosperar a pretendida responsabilização desta Autarquia, dado que calcada na falsa premissa de que as administradoras de cartão de crédito seriam instituições financeiras e, como tal, deveriam ser fiscalizadas pelo Banco Central. É o que passamos a esclarecer com as considerações a seguir.

II – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

4. A Constituição Federal, em seu artigo 192, estabelece que o Sistema Financeiro Nacional será regulado por leis complementares. Como é cediço, a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, é que atualmente dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias do país.

5. O referido diploma legal elenca as características necessárias para o enquadramento de uma pessoa jurídica como instituição financeira. Outrossim, atribui ao Conselho Monetário Nacional a regulação do Sistema Financeiro Nacional.

6. Como ficará demonstrado, as operadoras de cartão de crédito não se enquadram na conceituação legal de instituições financeiras. Destarte, o que o Ministério Público busca, com a presente Ação Civil Pública, é que o Poder Judiciário legisle positivamente, incluindo as operadoras de cartão de crédito no rol das instituições financeiras e, por conseguinte, sujeitas ao regramento do Sistema Financeiro Nacional.

7. Este douto juízo, ao examinar a petição inicial (fl. 57), já constatou que: “*Vê-se que* pretende-se um provimento de cunho legal e regulatório, também inadequada com a própria atribuição do Poder judiciário.”

8. Para que haja a inclusão de determinada atividade no âmbito de fiscalização de um ente autárquico, faz-se necessária a edição de Lei, sendo vedado ao Judiciário atuar nessa seara.

9. O Supremo Tribunal Federal, reiteradas vezes, já se manifestou pela impossibilidade do juiz atuar como legislador positivo:

Esse poder de criar o direito material é, em princípio, do Legislativo, segundo as competências constitucionalmente distribuídas, cabendo, em outros casos, delegação de poderes normativos complementares a órgãos administrativos, que os exercem como atribuições. É o que acontece com o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil, no campo ora focalizado.

[...]

Nesse ponto, o nobre Magistrado não se limitou a praticar ato de seu ofício, prestando jurisdição. Ou seja, não cuidou de declarar o direito, mesmo em caráter liminar, em face de uma situação concreta entre partes determinadas e conhecidas, ou mesmo envolvidas em interesses coletivos.

Na verdade, o que fez foi, mediante provocação do ministério Público, criar normas genéricas de conduta dos Bancos-réus perante seus clientes, quaisquer que eles sejam, a serem observadas no curso do processo, até final sentença.

10. Normas genéricas, que, além de não competirem ao Judiciário, no estrito exercício de sua função jurisdicional, colidem frontalmente com as já baixadas pelos órgãos administrativos competentes, no exercício de poder normativo legalmente conferido (Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil).

Não se trata, pois, apenas de incorreta interpretação de lei, no exercício de estrita jurisdição. Mas de exercício indevido de poder normativo delegado a órgãos administrativos, que já o exerceram. (Conflito de Atribuições nº 35, Relator Sydney Sanches, DJ 1º/12/1989)

11. Inexistindo norma determinando a atuação fiscalizatória do Banco Central do Brasil junto às pessoas jurídicas que não sejam consideradas instituições financeiras (como as operadoras de cartão de crédito) não pode e não deve atuar, sob pena de estar exorbitando sua competência, o que fatalmente ensejaria excesso de poder.

12. Sem dúvida, o provimento do pedido autoral configuraria uma interferência indevida na esfera do Poder Legislativo e do Poder Executivo, afrontando diretamente a independência, a harmonia e a competência dos Poderes do Estado, garantidas no Texto Constitucional.

13. Neste diapasão, José Afonso da Silva ensina que “**A independência dos poderes significa:** (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que no exercício das atribuições que lhes são próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observada apenas as disposições constitucionais e legais”.¹

14. Da mesma forma, sendo o Banco Central do Brasil uma autarquia federal, submete-se aos princípios norteadores da Administração Pública, notadamente ao princípio da **legalidade**.

1 SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo, ed. Malheiros, 20. ed., pg.110.

15. Como é cediço, o princípio da legalidade estabelece a completa submissão da Administração Pública às leis. Além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*. Como resume de forma brilhante Celso Antonio Bandeira de Mello,² o princípio da legalidade é “a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.”

16. O artigo 9º, da Lei nº 4595/1964 dispõe que:

Compete ao Banco Central da República do Brasil cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.

17. Não existe lei do Congresso Nacional ou norma do Conselho Monetário Nacional que estabeleça atribuições de fiscalização do Banco Central em relação às operadoras de cartão de crédito. Momento anterior à fiscalização do Banco Central em relação a qualquer ente é a necessidade de normatização de como será esta atuação. Tal normatização não cabe ao Banco Central.

18. Importante, também, frisar que subordinar as administradoras de cartão não integrantes do sistema financeiro à regulação do CMN ou desta Autarquia sem mobilizar pessoas e materiais em quantidade e qualidades suficientes para adaptar a regulamentação vigente ou editar novas normas poderia comprometer a execução de projetos de regulação essenciais para a manutenção da segurança e solidez do sistema financeiro nacional.

19. Um dos objetivos da presente Ação Civil Pública é uma tutela inibitória positiva (imposição de um fazer). Como já demonstrado, o Banco Central não atua como órgão fiscalizador em relação às operadoras de cartão de crédito em razão da ausência de normativos específicos, ante a já ressaltada ausência de normas regulatórias.

20. Caso existissem determinações legais para fiscalização das operadoras de cartão de crédito e o Banco Central se omitisse em fiscalizar, aí, sim, caberia uma ação judicial para buscar uma obrigação de fazer do ente autárquico.

21. Destarte, por inexistir previsão legal de atuação fiscalizatória desta autarquia

2 MELLO, Celso Antonio Bandeira, *Curso de Direito Administrativo*, ed. Malheiros, 18. ed., pg.91.

junto às operadoras de cartão de crédito, torna-se impossível juridicamente o pedido formulado pelo autor, devendo pois ser extinto o processo sem julgamento do mérito, com amparo no artigo 267, VI, do Código Processual.

III – MÉRITO

22. O pedido autoral se fundamenta na falsa premissa das operadoras de cartão de crédito se enquadrarem na conceituação legal de instituição financeira. Assim, passa-se à análise das características das instituições financeiras e das operadoras de cartão de crédito.

23. Verifica-se, no art. 17, da Lei nº 4.595/1964, a delimitação do conceito de instituição financeira, *in verbis*:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros. (g.n.)

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

24. Em artigo publicado na *Revista de Direito Mercantil* 74, p. 63-64, Maria Elizabete Vilaça Lopes bem dimensiona a caracterização das instituições financeiras, *in verbis*:

O conceito de instituição financeira é dado pelo *caput* do art. 17, do qual deve destacar-se, em primeiro lugar, a expressão **atividade** (as pessoas jurídicas que tenham como **atividade** a coleta, intermediação ou aplicação de recursos próprios ou de terceiros). Requer-se, pois, que a coleta, intermediação ou aplicação de recursos e a custódia de bens de terceiros, sejam exercidas profissionalmente, no sentido empresarial, constituindo o objeto principal ou acessório do empreendimento.

O termo em questão conduz necessariamente à idéia de habitualidade. Pressupõe a prática reiterada de um conjunto de atos tendentes a um mesmo fim. A celebração ocasional de contratos de mútuo, p. ex., não estaria abrangida pelo conceito de instituição financeira.

Cumpre, agora, verificar qual a **atividade** que a pessoa jurídica tem de exercer, para ser considerada instituição financeira. O dispositivo em exame discrimina os seguintes atos: **coleta**, **intermediação** ou **aplicação** de recursos próprios ou de terceiros e a **custódia** de valor de propriedade de terceiros. Indaga-se se a prática desses atos pode ser isolada ou precisa ser conjunta.

[...]

O intérprete deve, por premissa, afastar a exegese que conduza ao absurdo. Se cada um dos atos discriminados pela lei fosse considerado isoladamente, qualquer empresa que aplicasse recursos próprios no mercado financeiro ou os coletasse, v. g., via debêntures, poderia ser caracterizada como instituição financeira.

Com referência à custódia, parece-nos irrelevante sua inclusão no artigo em tela, para o efeito de definir a atividade das instituições financeiras. De fato, esse negócio não é privativo dessas entidades; quando realizado pelos estabelecimentos bancários, qualifica-se como custódia bancária.

Afastada a possibilidade de interpretar-se, de maneira isolada, cada um dos atos referidos, impõe-se tomá-los em conjunto.

Esse entendimento, aliás, vem ao encontro da definição da atividade bancária. O banco, na verdade, exerce uma **intermediação econômica**. Os banqueiros realizam essa interposição por meio de duas atividades necessárias e dependentes, que constituem o chamado 'binômio bancário'. Coletam dinheiro no mercado e o aplicam mediante empréstimos" (grifos do original).

25. E, citando Ernane Galvêas, arremata aquela articulista:

Sob o ponto de vista econômico, Ernane Galvêas explica: "consideram-se instituições financeiras as empresas que desempenham, no mercado, as funções de **intermediários** entre os que têm recursos ou economias disponíveis e os que necessitam de financiamento para seus gastos de consumo ou de investimento. Essas empresas servem de caixa única para a comunidade (depósitos bancários) e efetuam o "transporte financeiro" da produção, provendo os recursos necessários ao processo produtivo, através de financiamentos para aquisição de matérias-primas, para vendas a prazo de bens de consumo, etc." (grifo do original).

26. Agora, vamos analisar as empresas operadoras de cartão de crédito. Os cartões de crédito funcionam envolvendo, essencialmente, três partes: uma empresa emitente/administradora do cartão, um vendedor/fornecedor e o beneficiário, como comprador/devedor. Obviamente, há, neste caso, uma série de relações jurídicas distintas. Há, primeiro, um contrato entre a emitente/administradora do cartão e o vendedor. Este fica obrigado a aceitar compras “pagas” com cartão, recebendo daquela o pagamento efetivo, com dedução de uma certa importância (‘comissão’). Aquela se compromete a pagar as importâncias correspondentes às vendas, deduzidas as comissões, indo receber, no vencimento convencionado, do comprador. Há, no caso, implícita ou explicitamente, uma cessão de créditos, do vendedor para a emitente/administradora. Entre o vendedor e o comprador há uma relação de compra e venda (a vista, para uns; a prazo, para outros), embora haja quem veja aí, também, uma prestação de serviços. Por fim, há relações contratuais entre a emitente/administradora e o comprador, agora dela devedor. Dentre essas relações destacam-se a obrigação daquela de pagar as aquisições do comprador e a obrigação deste de pagar àquela o valor de suas compras, no prazo ajustado, podendo esse pagamento ser parcelado. Nesse caso, o saldo devedor será acrescido dos encargos pactuados.

27. Em resumo, há no mecanismo de utilização dos cartões de crédito uma abertura de crédito, por parte do emissor ao titular, uma venda a prazo do fornecedor ao comprador, a transferência desse crédito por parte do vendedor ao emissor e a posterior cobrança e recebimento da dívida pelo emissor ao comprador.

28. Em geral, as empresas emitentes dos cartões, em decorrência de mandatos outorgados pelos usuários, se estes optam por pagar apenas parte do débito, contratam financiamentos, até o valor das dívidas remanescentes, junto a instituições financeiras. Nesse caso, são cobrados dos usuários encargos, incidentes sobre os saldos devedores, às taxas vigentes no mercado financeiro, correspondentes aos respectivos prazos de pagamento.

29. Ora, as atividades das administradoras de cartões de crédito, pelo menos as realizadas estritamente dentro do seu campo de atuação, não envolvem captação, intermediação ou aplicação de recursos próprios ou de terceiros, nem sequer a exploração do dinheiro como mercadoria. Ao contrário, como acima se observou, uma vez ocorrendo pagamento parcelado dos bens/serviços

adquiridos, o financiamento da importância não paga é bancado por instituição financeira autorizada, agindo a administradora em nome do usuário, amparada em mandato a ela outorgado por ocasião da assinatura do contrato de cartão de crédito. Essa representação gera custos operacionais para as administradoras, que devem ser ressarcidos pelos titulares dos cartões.

30. Por todo o exposto, forçoso concluir que as empresas administradoras de cartão de crédito são meras empresas comerciais e prestadoras de serviços. Não se equiparam, para os efeitos jurídicos, às instituições financeiras. As relações jurídicas inerentes aos cartões de crédito são simplesmente civis e comerciais. Assumem o caráter de operação financeira somente no caso de o titular do cartão resolver financiar o seu débito perante a administradora, hipótese em que esta, representando o titular, recorre a uma instituição financeira, para esse fim. Mas as administradoras dos cartões propriamente ditas não são consideradas instituições financeiras.

31. Logo, como visto, seja pagamento por aquisição de créditos futuros, ou mesmo pagamento antecipado por obrigações devidas pela administradora junto ao lojista conveniado, **de pagamento se cuida** e nunca de intermediação financeira.

32. Não se verifica a captação de recursos para aplicação em finalidade previamente concertada, com objetivo de ganho financeiro de per si. A administradora de cartão de crédito não obtém recursos no mercado para emprestar a outrem, haja vista que seu objetivo final não é a especulação sobre recursos alheios, mas sim a prestação de serviços, cujo mecanismo foi acima explanado.

33. Como se observa, após a consolidação do conceito de instituição financeira, verifica-se que as administradoras de cartão de crédito não se enquadram no art. 17 da Lei nº 4.595, de 1964, haja vista que suas atividades não envolvem captação, intermediação ou aplicação de recursos próprios ou de terceiros, nem a exploração do dinheiro como mercadoria. Ao contrário, consta que, uma vez ocorrendo pagamento parcelado dos bens/serviços adquiridos, o financiamento da importância não paga é bancado por instituição financeira autorizada, agindo a administradora em nome do usuário, amparada em mandato a ela outorgado por ocasião da assinatura do contrato de cartão de crédito.

34. Portanto, a administradora de cartão de crédito, ao buscar junto às instituições financeiras crédito para suprir o inadimplemento de seus clientes,

fá-lo em nome e por conta destes, autorizadas por cláusula-mandato constante do contrato de cartão de crédito, sendo certo que os custos da representação, consubstanciados em juros e demais encargos despendidos com a obtenção do crédito, devem ser àquela ressarcidos.

35. Não há, no caso, a exploração do dinheiro como mercadoria, mas a exploração profissional de um serviço (atividade acessória, acidental, de obtenção de financiamento em favor dos seus clientes, como mandatárias destes). O objeto da atividade das administradoras não é o comércio do dinheiro, mas a prestação – remunerada, óbvio – de um serviço. A obtenção de recursos não é feita em nome próprio.

36. Inexiste, desse modo, ingerência das administradoras de cartão de crédito (mandatárias) sobre as taxas de juros praticadas pelas instituições financeiras no caso em análise, ficando à mercê da fixação daqueles pelo Sistema Financeiro Nacional, cabendo-lhes repassá-los a seus clientes, efetivos contratantes (mandantes).

37. Em conseqüência, não há como limitar as administradoras de cartão de crédito à cobrança de juros submetidos à Lei da Usura, pois os próprios clientes é que, **por meio dela**, estão indo às instituições financeiras buscar o financiamento das dívidas inadimplidas.

38. A interpretação da Súmula nº 283 do Superior Tribunal de Justiça deve se limitar tão-somente a retirar do âmbito de aplicação da Lei da Usura as administradoras de cartão de crédito, já que estão submetidas aos encargos ditados pelas próprias instituições financeiras, não havendo como lhes impor limitação de juros, sob pena de enriquecimento ilícito dos seus clientes. Nada mais do que isso.

39. Em momento algum, o STJ, no julgamento do *leading case* que originou referida súmula, buscou incorporar às administradoras de cartão de crédito no grupo das instituições financeiras, submetendo-as, portanto, à fiscalização do Banco Central.

40. E não poderia ser de outra forma porque a Constituição Federal não prevê competência para o Superior Tribunal de Justiça atuar como legislador positivo a fim de fixar competência normativa e fiscalizadora não prevista em lei para esta autarquia.

41. Ao Poder Judiciário não é dada a atribuição de definir a competência de órgãos e entidades públicos. Tal atribuição está inserida no âmbito competencial do Poder Legislativo, que edita normas gerais e abstratas. A esfera de atuação do Banco Central deve seguir estritamente os ditames legais. Como leciona Maria Sylvia Zanella di Pietro:³

Quando o Estado cria pessoas jurídicas públicas administrativas – as autarquias – como forma de descentralizar a prestação de serviços públicos, com vistas à especialização de função, a lei que cria a entidade estabelece com precisão as finalidades que lhes incumbe atender, de tal modo que não cabe aos seus administradores afastar-se dos objetivos definidos na lei; isto precisamente pelo fato de não terem a livre disponibilidade dos interesses públicos. (p. 72)

42. Assim, não prevendo a Constituição Federal competência para o Superior Tribunal de Justiça atuar como legislador positivo a fim de fixar competência normativa e fiscalizadora (intervenção estatal mediante controle) não prevista em lei, é possível concluir que a decisão sumulada não afeta o entendimento de que as administradoras de cartão de crédito não se subsumem à norma do art. 17 da Lei nº 4.595, de 1964, para fins de regulação pelo Conselho Monetário Nacional e fiscalização pelo Banco Central do Brasil.

43. Com relação à aplicabilidade da Lei Complementar nº 105, de 2001, cumpre esclarecer que as administradoras de cartões de crédito são consideradas instituições financeiras apenas **para os efeitos da referida Lei Complementar**. Isso é o que dispõe o art. 1º, § 1º, inciso VI. Desta forma, toda e qualquer informação referente às operações ativas e passivas e serviços prestados pelas administradoras de cartões de crédito estão, por força da LC nº 105/2001, resguardadas pelo dever de sigilo. **Tal não significa que essas empresas sejam instituições financeiras em sentido estrito ou devam ser fiscalizadas pelo Banco Central do Brasil, cujas atribuições são definidas em lei.**

44. Parece óbvio que, se as empresas operadoras de cartão de crédito fossem realmente instituições financeiras, o legislador não precisaria fazer constar expressamente que elas devem ser consideradas como tal no âmbito restrito da Lei Complementar do sigilo bancário.

3 *Direito Administrativo*, 13. ed., São Paulo, Editora Atlas, 2001

45. Ultimando, cumpre esclarecer que a partir de 1998, além dos serviços de financiamento aos usuários de cartão de crédito, as instituições financeiras obtiveram permissão do Banco Central para atuar diretamente na emissão e cobrança de faturas desses cartões, sem a interveniência da administradora, trazendo assim a atividade para dentro de seus próprios demonstrativos contábeis.

46. Sem dúvida, a administração de cartões de crédito tem evoluído ao longo dos últimos anos, com segregação de atividades ou serviços prestados pelas administradoras, agora conhecidas como credenciadores e processadores das operações (*acquires*). Estas contratam os serviços com os lojistas e processam as operações realizadas entre os usuários do cartão e os lojistas que aceitam o pagamento dos bens vendidos e dos serviços prestados por intermédio de cartões de crédito. Sua receita é obtida, basicamente, pela comissão cobrada dos lojistas nas transações efetuadas com a utilização do cartão. Por integrarem o sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), essas empresas, para este fim, são credenciadas e monitoradas pelo Banco central.

47. Os usuários do cartão, por sua vez, se relacionam com uma instituição financeira, usualmente um banco, que emite o cartão, processa as operações realizadas com a utilização do cartão, o que inclui a emissão e a cobrança da fatura mensal, e fornece o financiamento ao usuário nos casos em que a fatura não é quitada plenamente no vencimento. As anuidades, portanto, são receitas das instituições financeiras que emitem os cartões de crédito.

48. A formatação atual, portanto, da administração de cartões de crédito, para a maioria das operações, foge da descrição contida na ação civil pública. É por esta razão que quando a atividade é exercida por instituição financeira, aplicam-se à atividade as normas gerais relativas a crédito, cobrança e relacionamento com seus clientes. As atividades das *acquires*, por não envolver a concessão de crédito, não se sujeitam, e nem devem se sujeitar, à regulamentação e à fiscalização deste Banco central, salvo em relação ao SPB.

49. Dentro desse contexto, as operações com cartões de crédito realizadas por instituições financeiras são analisadas no escopo dos trabalhos de fiscalização do grupamento das operações de crédito, tendo por objetivo principal, a avaliação do risco, imediato ou potencial, que essas operações representam para a situação patrimonial e econômico-financeira da instituição fiscalizada.

50. Que a atividade de administração de cartões de crédito não é financeira ficou bastante claro, mas, quando realizada por instituições financeiras, podendo interferir nos demais negócios bancários, não há como se afastar a regulação e supervisão do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil.

51. É o que se obtém da exegese do inciso VIII do art. 4º da Lei nº 4.595, de 1964, no que concerne à competência do Conselho Monetário Nacional. A norma em comento não estabeleceu os limites da regulação da constituição e do funcionamento das instituições financeiras, mas a interpretação teleológica indica que essa competência deva ser exercida no limite em que se faz necessária a regulação sistêmica, prudencial e concorrencial das instituições reguladas pela legislação em comento.

52. Se a atividade de administração de cartões de crédito, quando realizada por instituições financeiras, pode interferir nos demais negócios da empresa bancária, resta claro que a regulamentação pelo Conselho Monetário Nacional mostra-se necessária. Por exemplo, a Circular nº 2.957, de 30 de dezembro de 1999, que obriga as instituições financeiras a prestarem informações relativas às suas operações de crédito oriundas de cartão de crédito (art. 1º, inciso II, alínea f), e a Resolução nº 3.517, de 6 de dezembro de 2007, que admite expressamente a cobrança de remuneração pela prestação de serviços diferenciados a pessoas físicas, assim considerados os referentes a cartão de crédito, desde que explicitadas ao cliente ou usuário as condições de utilização e de pagamento.

IV – CONCLUSÃO

53. Ante o exposto, requer esta autarquia o acolhimento da matéria argüida em preliminar. No mérito, pede a improcedência do pedido da presente ação civil pública por ter restado suficientemente demonstrado que as operadoras de cartão de crédito não se enquadram no conceito legal de instituição financeira, não estando sujeitas à disciplina da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

54. Embora entendendo tratar-se de matéria exclusivamente de direito, protesta, caso haja instrução, por todas as modalidades de prova admitidas que se revelem pertinentes.

Termos em que,
P. Deferimento.

São Paulo, 23 de outubro de 2008.

Patrícia Ornelas Gomes da Silva

Procuradora

Maria Macarena Guerado de Daniele

Subprocuradora-Regional

Normas para publicação de artigos na Revista da PGBC

1. Os trabalhos devem ser encaminhados ao Conselho Editorial da Revista da PGBC, pelo endereço revista.pgbc@bcb.gov.br, em arquivo Word ou RTE, observando-se as normas de publicação e os parâmetros de editoração adiante estabelecidos.
2. Os autores 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 Prelúdio e histórico do tema: 2.1 A personalidade jurídica; 2.1.1 Entendimento doutrinário; 2.1.2 A personalidade jurídica no Direito brasileiro; 2.1.3 Problemas advindos da personificação; 2.2 Histórico da Desconsideração da Personalidade Jurídica; 2.2.1 Direito comparado. 3 Desconsideração da Personalidade Jurídica: 3.1 A Disregard Doctrine no Brasil; 3.2 O novo Código Civil; 3.2.1 Brevíssimos comentários sobre o art. 50; 3.3 Conceituação da Disregard Doctrine; 3.3.1 Pressupostos de aplicabilidade; 3.4 Inversão da desconsideração; 3.5 Das duas teorias da desconsideração. 4 Tese sobre a Teoria Menor da Desconsideração: 4.1 Intróito; 4.2 Entendimento doutrinário sobre a Teoria Menor; 4.3 Críticas ao entendimento doutrinário; 4.4 Conceituação; 4.5 Fundamentos da Teoria Menor; 4.5.1 Da agressão à Constituição Federal de 1988; 4.5.2 Da proposta de responsabilização patrimonial; 4.5.3 Do direito fidejussório de garantia; 4.6. Sistematização da Teoria Menor; 4.6.1 Ordem de chamamento à responsabilidade nas duas teorias; 4.7 O “tendão de Aquiles” da Teoria Menor: a S/A; 4.8 A jurisprudência do STJ e a Teoria Menor. 5 Considerações finais.

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 seqüência 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:

2 Prelúdio e histórico do tema

2.1.2 A personalidade jurídica no Direito brasileiro

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 Assembléia Geral, com mandato nunca superior a 4 (quatro) anos, sendo obrigatória a renovação de, no mínimo, 1/3 (um terço) do Conselho de Administração. (BRASIL, 1971).

Dessa forma, as cooperativas de crédito no Brasil devem optar por serem administradas por uma [...]

- > *Citação direta com mais de três linhas com o nome do autor exposto no texto:*

[...] Nas palavras de Martins (2001, p.135), a sociedade comercial pode ser conceituada como

[...] a entidade resultante de um acordo de duas ou mais pessoas, [sic] que se comprometeram a reunir capitais e trabalho para a realização de operações com fim lucrativo. A sociedade pode surgir de um contrato ou de um ato equivalente a um contrato; uma vez criada, e adquirindo personalidade jurídica, a sociedade se autonomiza, separando-se das pessoas que a constituíram.

Essa reunião social, conhecida pelos nomes “empresa”, “firma”, “sociedade”, “entidade societária” etc., [...]

- > *Citação indireta sem o nome do autor exposto no texto (não se aplica o critério de número de linhas):*

[...] Críticos a esse modelo argumentam que os administradores podem atribuir a essa busca por atender expectativas dos *stakeholders* a responsabilidade por eventuais resultados negativos do negócio, mas reconhecem sua capacidade em agregar os esforços das partes interessadas em torno de objetivos de longo prazo e o sucesso da empresa. (MAHER, 1999, p. 13).

- > *Citação indireta com o nome do autor exposto 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:

BINENBOJM, Gustavo. Da dicotomia ato vinculado *versus* ato discricionário à teoria dos graus de vinculação à juridicidade.

In: _____. **Uma Teoria do Direito Administrativo** – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 10.523, de 23 de julho de 2002. Cria e transforma, no quadro permanente de pessoa da Secretaria de do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, os cargos que menciona e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 de julho de 2002. Seção 1. p. 3. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 23 dez. 2002.

CONGRESSO LATINO-AMERICANO DE BIBLIOTECONOMIA E DOCUMENTAÇÃO, 1., 1980, SALVADOR. **Anais...** Salvador: FEBAB, 1980, 350 p.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 410, n. 58, p. 13-24, dez. 1969.

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

