

# Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central

Volume 2 – Número 1  
Junho 2008





**BANCO CENTRAL DO BRASIL**

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

Volume 2 • Número 1 • Junho 2008

**Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**  
**Volume 2 • Número 1 • Junho 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 // cejur.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

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

Marusa Vasconcelos Freire

**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:**

Maurício Contreiras de Almeida Dourado

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

Neuza de Fátima Carvalho

**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:**  
Niraldo Faria Baldini

**Coordenadora-Central dos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral:**  
Marusa Vasconcelos Freire

**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>Luiz Ribeiro de Andrade</i> _____	9
Nota da Edição – <i>Marusa Vasconcelos Freire</i> _____	11

## Artigos

Social Money, Central Banking and Constitutive Rules of the International Monetary System. <i>Rodney Bruce Hall</i> _____	15
Comentários ao texto <i>Social Money, Central Banking and Constitutive Rules of the International Monetary System.</i> <i>Vincenzo Demetrio Florenzano</i> _____	57
As Recomendações Internacionais e a Atuação do Regulador Bancário Brasileiro na Prevenção à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo. <i>Arício José Menezes Fortes</i> _____	67
Os Contornos Jurídicos das Medidas Cautelares Previstas no Artigo 9º da Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997. <i>Lucas Alves Freire</i> _____	89
Aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao Sistema Contratual dos Consórcios: distinções necessárias. <i>Lademir Gomes da Rocha</i> _____	119

Governança Cooperativa: as funções estratégicas e executivas em cooperativas de crédito no Brasil.

*Marden Marques Soares e Elvira Cruvinel Ferreira Ventura* \_\_\_\_\_ 139

Responsabilidade por Omissão do Auditor Externo no Âmbito do Sistema Financeiro Nacional: considerações sobre o poder disciplinar do Banco Central do Brasil, a culpabilidade e a justiça da pena.

*Marlos Lopes Godinho Erling* \_\_\_\_\_ 165

Limitação às Taxas de Juros Moratórios: a controvérsia acerca do uso da Taxa Selic na aplicação do artigo 406 do Código Civil brasileiro e a atual sistemática legal da limitação das taxas de juros.

*Alberto André Barreto Martins* \_\_\_\_\_ 181

Desconsideração da Personalidade Jurídica: a Teoria Maior e tese sobre a Teoria Menor.

*Rafael Lovato* \_\_\_\_\_ 199

## **Pronunciamentos**

Petição PGBC-4303/2007

Memorial apresentado nos autos do Recurso Especial nº 914.617/PE, sustentando a constitucionalidade e legalidade do ato normativo instituidor e das demais normas disciplinadoras do Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (Proer).

*Francisco José de Siqueira, Luiz Ribeiro de Andrade e Amílcar Ramirez Figueiredo M. de Lemos* \_\_\_\_\_ 235

Petição PGBC-12169/2007

Memorial apresentado nos autos do Mandado de Segurança nº 22.801-6/DF, sustentando a ilegalidade e inconstitucionalidade de atos do Tribunal de Contas da União que tenham por finalidade assegurar o acesso irrestrito

e indiscriminado daquela Corte de Contas a informações protegidas pelo sigilo bancário.

*Francisco José de Siqueira e Flávio José Roman* \_\_\_\_\_ 255

Petição PGBC-1778/2008

Memorial apresentado nos autos da ADIn nº 2.316-1/DF, ajuizada pelo Partido da República, sustentando a constitucionalidade do artigo 5º, *caput* e parágrafo único, da Medida Provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001, que autoriza a capitalização de juros em período inferior a um ano nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

*Francisco José de Siqueira, Luiz Ribeiro de Andrade e  
Flávio José Roman* \_\_\_\_\_ 267

Parecer PGBC-52/2008

Análise da viabilidade jurídica da criação de órgãos de administração de natureza estatutária cujos membros, associados ou não, sejam escolhidos pelo conselho de administração nas cooperativas de crédito.

*Filogônio Moreira Júnior e Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira* \_\_\_\_ 289

Parecer PGBC-129/2008

Legalidade de multa administrativa aplicada com base na Lei nº 9.817, de 1997, posteriormente revogada pela Lei nº 10.755, de 2003 – informações encaminhadas à 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal nos autos do Mandado de Segurança Preventivo nº 2008.34.00.016217-3.

*Luciana Marques Bombino e Luiz Ribeiro de Andrade* \_\_\_\_\_ 313

**Normas para publicação de artigos na Revista da PGBC** \_\_\_\_\_ 335



## Apresentação

Sinto-me honrado em apresentar o segundo volume da **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, projeto no qual sempre acreditei como eficiente meio de divulgação de estudos, pareceres jurídicos e técnicos diariamente produzidos por procuradores e especialistas desta Casa sobre temas da maior relevância para a administração da política monetária, cambial, econômica e de supervisão bancária deste imenso país.

O primeiro número deste segundo volume da **Revista da PGBC**, assim como o número 1 do volume 1 já o fez e os futuros com certeza o farão, oferecerá aos seus leitores a oportunidade de conhecer e avaliar a importância e o significado do relacionamento destes dois ramos do conhecimento humano: Direito e Economia.

Logo que ingressei no quadro funcional do Banco Central, percebi a importância da Economia, em face do conteúdo econômico do Direito. Essa importância restou ainda mais clara e contundente para meus estudos com o passar do tempo e o enfrentamento, em juízo, na defesa da autarquia, de matérias envolvendo normas legais concretizadoras de políticas econômicas editadas pelo Estado, como os planos econômicos Cruzado, Verão, Collor e Real.

Nos casos concretos, a ciência econômica e a ciência jurídica se complementam. A Economia diz ao Direito o que é economicamente “certo”, e o Direito realiza, como é de sua vocação, ponderações econômicas e financeiras para dizer o “justo”, a partir do direito posto pelo Estado Democrático de Direito.

Vejo, pois, a **Revista da PGBC**, a um só tempo, como veículo capaz de alcançar as experiências e os conhecimentos adquiridos pelo corpo de procuradores e especialistas desta autarquia a todos os rincões deste promissor país e como espaço institucional de construção de um referencial de estudo e interpretação jurídico-econômica das políticas públicas implementadas pelo Banco Central.

Almejo, finalmente, que a **Revista da PGBC** constitua-se em permanente elo entre o que é produzido na autarquia e o que é vivenciado na sociedade, por intermédio das academias e dos centros de estudos jurídicos.

Brasília, 30 de junho de 2008.

**Luiz Ribeiro de Andrade**

Subprocurador-Geral titular da Câmara de Contencioso Judicial

Graduado em Direito pela Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal (AEUDF), pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil (IBDP) e em Direito Econômico e das Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/DF).

## Nota da Edição

A excelência de uma revista somente pode ser assegurada pela qualidade do corpo editorial, do conselho de consultores, dos autores colaboradores e, especialmente, dos resultados que alcança ao angariar apoio e respeito dos seus leitores. No entanto, para a comunidade acadêmica, além desses aspectos, existem procedimentos, critérios e classificações que atestam a qualidade dos veículos de divulgação da produção científica, técnica e artística por área de circulação. O número 1 do volume 2 da **Revista da PGBC** introduz algumas alterações formais em relação ao número anterior, para promover sua adequação aos critérios de implantação do *Qualis* de periódicos da área do Direito, da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), que chancela o padrão de excelência de um periódico acadêmico na área de Direito. Contam-se, dentre tais critérios, a apresentação de palavras-chave e resumos bilíngües antecedendo cada artigo e a publicação de trabalho em idioma estrangeiro.

Para inaugurar essas inovações, com a finalidade de contribuir para o debate institucional sobre o papel do Banco Central num ambiente globalizado em que se discute a necessidade de mudanças estratégicas na governança do sistema financeiro internacional, o Conselho Editorial da Revista da PGBC selecionou o trabalho em inglês *Social Money, Central Banking and Constitutive Rules of the International Monetary System*, de autoria do Doutor Rodney Bruce Hall, Professor de Política Econômica Internacional do Departamento de Desenvolvimento Internacional (*Queen Elizabeth House – QEH*) e do *St. Cross College*, ambos da Universidade de Oxford, Inglaterra. O mencionado trabalho foi apresentado na 48ª Conferência Anual da Associação de Estudos Internacionais em Chicago, EUA, em 2007, estando prevista sua publicação como terceiro capítulo do livro *Central Banking as Global Governance: Constructing Financial Credibility*,

a ser lançado pela editora *Cambridge University Press*, da Universidade de Cambridge, Inglaterra.

Em seu estudo, o professor Hall apresenta análise do caráter social da moeda e do banco central como instituição social utilizando a teoria institucional para identificar o ambiente financeiro internacional como uma esfera de fatos sociais (ou institucionais) rigorosamente distinguível da esfera dos fatos brutos (ou observacionais). A abordagem da moeda como um fato institucional (uma promessa), e não como uma *commodity* ou uma mercadoria, recorre a alguns conceitos fundamentais: os “fatos institucionais” são gerados pela atribuição coletiva de “funções de *status*” a pessoas, instituições e objetos que, dessa forma, adquirem “poderes deônticos” e autoridade em virtude, unicamente, da referida atribuição coletiva de funções de *status*. Em seguida, o autor aplica a teoria aos poderes deônticos dos bancos centrais que se relacionam com funções dessas instituições, tais como a criação e a destruição de moeda e a atuação como prestador de última instância. Com fundamento em tais premissas, o professor Hall discute a conveniência de se lançar uma ótica socializada sobre os sistemas monetários internacionais e sobre a atividade dos bancos centrais.

Tão importantes como a colaboração internacional são os trabalhos elaborados pelos colegas do Banco Central, consolidando uma tendência emblemática que foi observada nos textos publicados no primeiro número da **Revista da PGBC**. Entre a particularidade das questões jurídicas enfrentadas pela autarquia e a generalidade da reflexão filosófica, todos os artigos perpassam relevantes temas.

Arício José Menezes Fortes apresenta as obrigações assumidas pelo Brasil em decorrência das convenções internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, explicando as Recomendações do Grupo de Ação Financeira (Gafi) e comentando a atuação do Conselho Monetário Nacional (CMN) e do Banco Central do Brasil no que se refere à matéria. Lucas Alves Freire examina a possibilidade de o Banco Central do Brasil adotar, no bojo de processos administrativos, medidas cautelares contra pessoas e instituições submetidas à sua fiscalização, respondendo, de modo claro, questões que foram apresentadas pela área técnica da autarquia sobre a utilização do instituto, discutindo diversos aspectos potencialmente controversos presentes na norma em exame e procurando alcançar orientação jurídica capaz de assegurar que o administrador público, quando venha a se valer da tutela acatrelatória prevista

no art. 9º da Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, atue dentro dos estreitos limites da legalidade. Lademir Gomes da Rocha trata das particularidades da aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) ao sistema contratual dos consórcios e sustenta ser necessário distinguir os contratos bilaterais, formados entre a administradora e os participantes dos grupos de consórcio, do contrato plurilateral, que, a partir da constituição dos grupos, vincula os consorciados entre si. Marden Marques Soares e Elvira Cruvinel Ferreira Ventura analisam a dinâmica de funcionamento do conselho de administração das cooperativas de crédito no Brasil e defendem o argumento de que, para boa governança, as atividades de execução devem ser exercidas por diretoria estatutária profissional – diretoria executiva –, integrada ou não por associados, porém sempre independente do conselho de administração, de forma a retornar esse órgão ao papel de responsável pela condução estratégica da sociedade. Marlos Lopes Godinho Erling examina a responsabilidade por omissão do auditor externo no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (SFN), tendo em vista que sua função de atestar a idoneidade e a veracidade das informações contábeis, financeiras e patrimoniais de instituições financeiras e outras instituições autorizadas a funcionar pela autarquia é fundamental para o funcionamento adequado do SFN. Alberto André Barreto Martins trata das controvérsias que envolvem o uso da taxa Selic na aplicação do art. 406 do Código Civil brasileiro e da atual sistemática legal de limitação das taxas de juros, adotando como referência decisões dos tribunais superiores e opiniões encontradas na doutrina nacional. Rafael Lovato analisa a Teoria Maior da desconsideração da personalidade jurídica, apresentando tese sobre a Teoria Menor, muito mais complexa e abrangente do que a Maior e de mais difícil sistematização e aplicação, tema que ganhou mais visibilidade e importância no Brasil com a promulgação do novo Código Civil.

Por último, ao publicar alguns dos seus pronunciamentos, a Procuradoria-Geral tem a oportunidade de compartilhar com a sociedade o conhecimento jurídico que produz sobre complexas questões situadas no âmbito das competências do Banco Central do Brasil. Para esta edição, foram selecionadas peças que versam sobre os seguintes assuntos: a) constitucionalidade e legalidade do ato normativo instituidor e das demais normas disciplinadoras do Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional

(Proer); b) ilegalidade e inconstitucionalidade de atos do Tribunal de Contas da União que tenham por finalidade assegurar o acesso irrestrito e indiscriminado daquela Corte de Contas às informações protegidas pelo sigilo bancário; c) constitucionalidade do artigo 5º, *caput* e parágrafo único, da Medida Provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001, publicada no DOU de 24 de agosto de 2001, que autoriza a capitalização de juros em período inferior a um ano nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional. d) análise da viabilidade jurídica da criação de órgãos de administração de natureza estatutária cujos membros sejam escolhidos pelo conselho de administração nas cooperativas de crédito; e) legalidade de multa administrativa aplicada pelo Banco Central com base na Lei nº 9.817, de 23 de agosto de 1999, posteriormente revogada pela Lei nº 10.755, de 3 de novembro de 2003.

Brasília, 30 de junho de 2008.

**Marusa Freire**

Diretora da Revista da PGBC e Coordenadora-Geral do Centro de  
Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral.

# Social Money, Central Banking and Constitutive Rules of the International Monetary System<sup>\*</sup>

Rodney Bruce Hall<sup>\*\*</sup>

1. Institutional facts. 2. Deontic powers and institutions. 3. Money as an institution. 4. Deontic powers of central banks. 5. Rule determination: money creation and destruction powers. 6. Financial system stabilizer and lender of last resort: liquidity creation and risk socialization powers. 7. Exchange rate and foreign reserves management: international product valuation power. 8. Government debt management: deontic power to monetize debt. 9. Directed lending and “window guidance”: deontic power to allocate credit. 10. Economics as institutional facts and deontic powers: why does it matter?

## Abstract

I present an analytical development of the social character of money and the central bank as a social institution. I draw upon institutional theory to develop the international financial realm as a realm of social, institutional facts that is rigorously distinguishable from the realm of brute or observational facts. Money is developed as an institutional fact, a promise, not a commodity. Institutional facts are generated by the collective assignment of status functions to people, institutions and objects that thereby acquire “deontic powers” and authority only through collective assignment of these status functions. Money as an institution

---

\* For delivery at the 48<sup>th</sup> Annual Convention of the International Studies Association, 27 February – 3 March, 2007, Chicago, IL, U.S.A. // Draft of Chapter 3 of Rodney Bruce Hall, **Central Banking as Global Governance: Constructing Financial Credibility** (Cambridge: Cambridge University Press, 2008 forthcoming).

\*\* University Lecturer in International Political Economy, Queen Elisabeth House and St. Cross College Oxford University.

is developed with recourse to these foundational institutional concepts. The theory is then applied to develop the “deontic” powers of central banks. These include (but are not limited to) the deontic powers of 1) money creation and destruction in the process of setting interest rates, 2) liquidity creation and risk socialization powers (lender of last resort functions) 3) powers to value and revalue the domestic product of the nation through exchange rate and foreign reserves management, 4) the power to monetize government debt, and 5) powers of credit allocation via government directed lending and “window guidance.” I conclude with a discussion of why we should trouble to develop a socialized view of central banking and international monetary systems. Understanding money, credit and central banks as social institutions permits us to begin *to discover the monetary and economic realms as rule-governed spheres of social action*, and make an analytic cut into the rule-based architecture of international monetary affairs.

**Keywords:** Social Money. Central Bank. Institutional Fact. Deontic Powers. Constitutive Rules. International Monetary System

### *Resumo*

*Apresentamos um recorte analítico do caráter social da moeda e do banco central como instituição social. Utilizamos a teoria institucional para desenvolver a esfera financeira internacional como uma esfera de fatos sociais, institucionais, que é rigorosamente distinguível das esferas de fatos brutos ou observacionais. A moeda é abordada como um fato institucional, uma promessa, não uma commodity ou mercadoria. Fatos institucionais são gerados pela designação coletiva de “funções de status” a pessoas, instituições e objetos que, desta forma, adquirem “poderes deônticos” e autoridade, unicamente através da designação coletiva dessas funções de status. A abordagem da moeda como instituição recorre a esses conceitos institucionais fundamentais. A teoria é então aplicada ao desdobramento de poderes “deônticos” dos bancos centrais. Tais poderes incluem os seguintes poderes deônticos, mas não se limitam a eles: 1) poder de criação e destruição de moeda no processo de estabelecimento de taxas de juros; 2) poder de criação de liquidez e de poderes para a socialização de risco (funções de emprestador de última*



*instância); 3) poder para valorizar e revalorizar o produto bruto da nação, por meio da gestão do câmbio e de reservas de divisas; 4) poder de monetizar dívidas governamentais; e 5) poderes de alocação de crédito mediante financiamentos governamentais direcionados e de operações de redesconto. Concluímos com uma discussão sobre a conveniência de lançar uma ótica socializada sobre os sistemas monetários internacionais e a atividade dos bancos centrais. O entendimento do dinheiro, do crédito e dos bancos centrais como instituições sociais nos permite lançar o descobrimento das esferas monetária e econômica como esferas de ação social autogerenciadas, assim como efetuar um recorte analítico da arquitetura (fundamentada em regulamentos) das questões monetárias internacionais.*

**Palavras-chave:** *Moeda Social. Banco Central. Fato Institucional. Poderes Deonticos. Regras Constitutivas. Sistema Monetário Internacional.*

*Economists typically believe in models. This methodological approach can be useful for lots of purposes, but... I am not trying to construct a model; I am trying to advance a theory that states an important set of facts about how society actually works.*

*John R. Searle*

*“Now, what I want is, Facts. Teach these boys and girls nothing but Facts. Facts alone are wanted in life. Plant nothing else, and root out everything else. You can only form the minds of reasoning animals upon Facts: nothing else will ever be of any service to them...Stick to Facts, sir!”*

*Mr. Thomas Gradgrind, in Charles Dickens’ “Hard Times”*

## **1 Institutional facts**

The scientific study of social phenomena must, as we would expect with all scientific endeavors, concern itself with the explication, stipulation and explanation of facts. To apprehend social reality, just as to apprehend physical reality, we want to concern ourselves with facts. Economists concern themselves with a plethora of facts and they have devised numerous metrics to render

these facts in a measurable form. Economic concepts such as Gross Domestic Product, the Capital Account Deficit, the Exchange Rate between Currencies, and the Non-Accelerating Inflation Rate of Unemployment are all considered by economists to be measurable facts that can be assigned a quantitative value. But these facts all have something in common. They are a special form of fact that we may call an “institutional fact.” The economic realm is, as is the social realm, not predominantly concerned with material facts, but with institutional facts. Institutional facts describe observe-dependent phenomena, while brute or “objective” facts describe observer-independent phenomena. Most metrics, while they are designed to measure phenomena thought to be objective, often “in fact” measure observer-dependent phenomena. A Capital Account Deficit relies upon the observer-dependent concept of deficit vs. surplus, for example.

In general, Searle (1995, p.12-13) argues that

observer-relative features are always created by intrinsic mental phenomena of the users, observers, etc., of the objects in question. “Those mental phenomena are...ontologically subjective; and the observer-relative features inherit that ontological subjectivity. But this ontological subjectivity does not prevent claims about observer-relative features from being epistemically objective.

The test of whether a feature of a phenomena is observer-independent or observer-dependent, regards the answer to the question “could the phenomena have existed if there had never been any conscious human beings with any intentional states?” (SEARLE, 2005, p. 3). Irrespective of the attempts of economics to become, or the pretensions of economics to be, a “science” of objective “facts”, it is in fact a human “science” of observer-dependent, institutional facts. Investigation of institutional reality entails the investigation of observer-dependent phenomena (SEARLE, 2005, p. 3). The application of mathematics (which is itself a human creation and human tool) to observer-dependent phenomena does not lend them “objective” characteristics, or render them knowable in accordance with an entirely objective ontology. Phenomena that are knowable in accordance with an objective ontology don’t require apprehension or experience by a conscious subject in order to exist, while those knowable in accordance with a subjective ontology must be experienced by a

human, or at least by an animal subject, in order to exist (SEARLE, 2005, p. 4). Thus in accordance to our criterion of objective and subjective ontological reality, the answer to the ancient Zen question of whether a tree falling in the woods alone makes any sound if no one (or nothing) is there to hear it, the answer, according to the subjective ontology, is “no”. The tree is objectively there and objectively falls. It objectively disturbs the air when it falls, and that “sound” will be registered (heard) by any conscious creature in the vicinity. But if no conscious creature is present whose auditory organs register the vibrations of the air caused by the falling tree, it made no “sound” as “sound” is a phenomenon that is **dependent on the consciousness** of a human or animal subject.

Yet we can make objectively true statements out of a social universe of subjective attitudes, beliefs and intentions, and “can have an objective science of a domain that is ontologically subjective” if we correctly apprehend the nature of “facts” in the social realm as “institutional facts.” (SEARLE, 2005, p. 4). Our economic reality is a subset of this social reality, and the institutional nature of economic reality and economic “facts” is upon examination, if anything, even more obvious than the institutional nature of other social facts and social phenomena. We will, then, wish to discover the logical structure of institutional facts and understand how this differs from that of brute or “objective” facts. Searle’s work suggests to us the logical structure of institutional facts. The discussion above, of the nature of observer-dependent vs. observer-independent facts, suggests the first crucial structural element of institutional facts – they are constituted first through collective intentionality.

As Alexander Wendt has suggested, intentionality implies that agents engage in purposive action “on the basis of their desires and beliefs about the world. Desires and beliefs are mental phenomena, which differ from physical phenomena in at least one crucial way: in some sense they contain within them the objects to which they refer.” (WENDT, 1999, p. 172). This intentionality places the exploration of social and institutional facts outside of the realm of exploration of brute or observational facts, as Kratochwil (1989, p. 25) has explained:

There is a crucial difference between causal explanations of the world of observational facts and that of intentions. In the case of natural phenomena [...] cause and effect have to be determined **independently** from each other through neutral measurements. But the same is **not** true in the case

of motivational accounts where 'causal' motives can only be imputed by the observer **after** a goal is assumed to be controlling.

Moreover, social facts must be constituted by the “collective intentionality” of two or more actors. Collective beliefs and desires constitute social facts, and the institutional facts which are a subset of social facts. For example, the collective belief and desire that we are a nation requires that we collectively conceive of ourselves as a nation, and these beliefs and desires, in Wendt’s lexicon, contain within them the idea of the nation to which becomes the object to which we have referred when we act upon these beliefs and desires.

A second component of the logical structure of institutional facts is “assignment of function” to an object, person, or group which does not intrinsically have that function but acquires it “only by virtue of the assignment of function.” (SEARLE, 2005, p. 7). This can be accomplished by an individual, but for the purpose of generating institutional facts, functions must be collectively assigned. This entails “a collective assignment of a certain status, and the object or person performs its function only in virtue of collective acceptance by the community that the object or person has the requisite status.” (SEARLE, 2005, p. 7). The collective assignment of status functions is essential for generating the “constitutive rules” of institutions, which typically take the logical form X counts as Y in context C, where “X identifies certain features of an object of person or state of affairs, and the term Y assigns a special status to that person, object, or state of affairs.” (SEARLE, 2005, p. 7.)<sup>1</sup>

What interests us most about constitutive rules is their role in the “constitution of meaning” (GUIDDENS, 1984, p. 20). Constitutive rules arise from, and help to create, intersubjectively shared social meanings and understandings between agents, and the assignment of status functions is crucial in generating shared social meanings between subjects. That pieces of paper and small metallic disks printed or stamped with the portraits and cameos of deceased politicians (in the United States) or living monarchs (in the United Kingdom) are intersubjectively understood to constitute money - and entitle the bearer power to purchase real goods or services - is an obvious result of assignment of status function. The

---

1/ See also Dessler (1989, p. 441-474)..

assignment of the function as a “store of value”, “medium of exchange”, “unit of account” or a “promise” of society to the bearer, generate a number of constitutive rules of money and its use. These can be written in the logical form X counts as Y in context C. As we shall see, the constitutive rules of a monetary system also rely upon status function assignments.

Constitutive rules constitute – *e.g.* define in a manner to which collective assent is given – the intersubjectively shared social meanings of objects, persons and states of affairs within institutional structures. Once social meanings constitute an institution, interaction between persons, objects and states of affairs within the institution is then regulated by prescriptive or proscriptive “regulative rules” of the logical form “Do X in context C” or “Do not do Y in context C”. These constitutive rules generate institutional facts through collective intentionality, collective acceptance of intersubjectively shared (or created) social meanings, and the collective assignment of status functions. These institutional facts create common understandings which consequently characterize objects, persons or states of affairs that subsequently circulate in social discourse as “objective facts,” though they remain, in social reality, institutional facts.

The function assigned that will interest us is the third component of the logical structure on institutional facts. This is the specific function collectively assigned to the person, object or state of affairs – the “status function”. Searle (2005, p. 8) argues that status functions “are the glue that holds human societies together.” The collective assignment of status functions renders a particularly social order because they create a deontology. The **Oxford English Dictionary** (OED) defines “deontology” as “The science of duty; that branch of knowledge which deals with moral obligations; ethics.” Searle’s particular use appears to derive from the OED definition attributed to Gladstone’s 1868 usage of the term which refers to “a system which may be called one of deontology, or that which ought to be, and to be done.” (SEARLE, 2005, p. 8). Assignment of status functions generates deontic powers. Deontic powers, in the social realm, create social relations of power, such as rights, duties and obligations. Searle (2005, p. 10) argues:

Human institutions are above all enabling, because they create power...a special kind of power [...] marked by such terms as rights, duties, obligations, authorizations, permissions, empowerments, requirements and certifications. I call all of these deontic powers.

Deontic powers, deriving from the collective assignment of status functions, thereby constitute social structures of power relations by generating institutional facts that function as structures that generate “desire-independent” reasons for action (SEARLE, 2005, p. 11). As Kratochwil argues, “what acquires here the status of an ‘objective’ fact is not the thing described but rather the intersubjective validity of a characterization upon which reasonable persons can agree.” (KRATOCHWIL, 1989, p. 229).

Thus we recognize the importance of language in the social realm as what Searle argues is “the fundamental social institution” because language is not simply a tool to describe social and economic reality, but partly constitutes social and economic reality. (SEARLE, 2005, p. 11) We can employ language without generating social institutions but we cannot generate social institutions without language because we must collectively assign status functions to generate institutions and institutional facts. Status functions “must be represented in order to exist at all, and language or symbolism of some kind provides the medium of representation.” (SEARLE, 2005, p. 12). Just as high medieval scholars and churchmen had argued “No bishop, no King!” to describe the **contemporarily** universally accepted claim of the Church to mediate secular rulership between God and man,<sup>2</sup> Searle argues “no representation, no status function...no language, no status functions. No status functions, no institutional deontology.” (SEARLE, 2005, p. 12-13). Thus human social and economic power relations are constituted through the creation of institutional deontologies (assignment of rights, duties, obligations etc.) by representing status functions through the medium of language, and symbolic mechanisms constructed through the possession of language.

## 2 Deontic powers and institutions

In order to be recognized, status functions require status indicators. Deontic powers are collectively assigned to persons, objects and states of affairs by the ascription to them of special social functions that impart rights, duties,

---

2/ See Bruce Hall (1997, p. 591-622).

obligations on the bearer (or subject) of the deontology. But Searle points out that “the deontic powers stop at the point where the larger society requires some official proof of the status function...collective recognition is not enough. There has to be official recognition by some agency, itself supported by collective recognition, and there have to be status indicators issued by the official agency.” (SEARLE, 2005, p. 15).

Searle give us the examples of uniforms, wedding rings, marriage certificates, driver’s licenses and passports as such status indicators. In monetary relations, charters of central banks, Articles of Agreement of international monetary institutions such as the International Monetary Fund, confer deontic power on these institutions. For money proper, watermarks, portraits of national icons, serial numbers, signatures of finance ministers, and numerals indicating specific values confer deontic power as a “store of value” or “unit of account” on banknotes, and confer on the bearer of the banknotes the deontic power to purchase. Other monetary examples of deontic powers applied to money include par values of currencies per ounce of fine gold under the Gold Standard, convertibility arrangements under Bretton Woods, whereby U.S. dollars were convertible into gold at a fixed price of US\$35 per ounce, and other official convertibility arrangements, such as currency board arrangements, whereby the government of the Hong Kong Special Administrative Region of China at this writing pledges to exchange every 7.8 Hong Kong dollars presented to it for US\$1. Bond ratings issued by Moody’s or Standard & Poors Corporation are status indicators *par excellence* for the assignment of the deontic power of “credit-worthiness” to sovereign and other debtors. The deontic power to assess the creditworthiness of sovereign nations or major transnational corporations is still collectively assigned – even while executed through private firms through creditworthiness grading, if indirectly – by the fact that so many government-run investments such as pension schemes require debt instruments held by such funds to maintain at least an “investment grade” rating to be classed as “assets” at “face value” of the investment (SINCLAIR, 2005).

States of affairs dependent upon deontic powers that might interest us, in addition to bond ratings, include the International Monetary Fund’s capacity to bestow or withhold a form of “seal of approval” of the “viability” of a government’s economic policies. In this context, Jacqueline Best claims that the IMF is explicitly engaged in a norm-building exercise through the promulgation of

various financial standards whose functions are both regulative and constitutive (BEST, 2005). This analysis is broadly consistent with Michael Barnett's and Martha Finnemore's recent work describing how international organizations both constitute the social world, and then regulate that world once constituted (BARNETT; FINNEMORE, 2004). In this way the diffusion of new norms (conventions that function as institutions that are constituted by institutional facts) transform actor identities and interests, thus constitute new rule-governed social and economic orders.

The deontic powers associated with “authorizing” and “certifying” states of affairs are assigned by status functions associated with what Searle refers to as “free standing Y terms,” in reference to the “Y” as which “X” counts, in the logical structure of a constitutive rule. Such status functions lack a physical object on which the status is conferred - unlike those conferred upon coins and banknotes. Examples of “free standing Y terms” include limited liability corporations – whereby a legal personality that constitutes a legal fiction incurs rights, duties, and obligations, etc. Electronic money is an example provided by Searle. A particular example to which I would draw the attention of the reader is the example of credit (as a “promise” – and thus as an institution – or as a form of money generated endogenously by society, rather than exogenously supplied by government through the central bank.) Any number of constitutive rules of monetary relations that may be constructed from these examples may be found to function in the “real economy.” I shall write them in the logical form of constitutive rules, X counts as Y in context C, and represent “X”, “Y” and “C” for each example in quotation marks: For example, a constitutive rule of a limited liability corporation is:

1. “The legal personality of the General Electric Company” **counts as** “the shareholders of the capital stock comprising the assets of the corporation” **in the context of** “incurring and discharging debt obligations to finance the operations of the firm.”

While a constitutive rule of electronic money is:

2. “The positive digital balance of the demand deposit confirmed by electronically querying computers of the HSBC Bank plc with the data encoded on a magnetic strip on a plastic card, coupled with the correct entry of a personal identification number” **counts as** “purchasing power for the



bearer of the card and PIN number in the amount of £25” **in the context of** “the bearer’s purchase of a bread toaster at the local appliance store.”

The constitutive rules of credit differ for the creditor and the debtor. For the debtor, a constitutive rule of a mortgage credit vehicle is:

3a. “This mortgage document bearing the signature of our bank officer” **counts as** “our promise to create a demand deposit in the amount of \$200,000 in partial payment of the purchase price of a home” **in the context of** “your promise to pay our bank an amortized income stream of the following schedule for 30 years.”

While for the creditor:

3b. “This mortgage document bearing your signature” counts as “your promise to pay our bank an amortized income stream of the following schedule for 30 years” in the context of “our promise to create a demand deposit in the amount of \$200,000 in partial payment of the purchase price of a home.”

The free standing Y terms in the examples above, then, are a legal personality in the first case, electronic purchasing power in the second case, and credit qua promises in the variation of the third case. The crucial role of language in ascribing deontic powers to these institutional facts is evident in their creation in each case by performative declaration.

We can see here that currency is not required for the existence of money as the deontic power to purchase, or for the deontic purchasing power attached to credit. What will interest us is that which used to be true of many commercial banks (such as the “free-banking” era of the American nineteenth century) remains true of central banks – namely that they have the deontic power to create both money and credit through what amounts to a performative speech act. This is why advocates of a commodity based standard for money derisively refer to modern currencies as “fiat money.” And this is why President Nixon, in the press conference nominating Arthur Burns to succeed the long-serving William McChesney Martin, Jr. as Chairman of the Federal Reserve in 1969 “would turn sheep’s eyes on him and say, ‘Please, Dr. Burns, give us some money...’” (MAYER, 2001, p. 93). Fiat money.

Let there be money! Burns obliged, and in so doing is widely thought to have contributed significantly to an inflationary spiral of the late 1960s to early 1980s that has become known among economists as the “Great Inflation.”

So money is an institution created by the deontic powers of other institutions (here, endogenously by the extension of personal or commercial credit, or exogenously by central banks acting with the collective assent provided by its role as an agent of the state). This is Searle’s test for the existence of an institution. If there is a collective deontology associated with a thing, person or event, then it is an institution. Searle (2005, p. 19) identifies four tests for identifying whether an item (W) is an institution.

Is W defined by a set of constitutive rules?

Do those rules determine status functions, which are in fact collectively recognized and accepted?

Are those status functions only performable in virtue of the collective recognition and acceptance and not in virtue of observer-independent features of the situation alone?

Do the status-functions carry recognized and accepted deontic powers?

If all four tests are met by an object, person, event, or state of affairs, then it is an institution (SEARLE, 2005, p. 18). Institutions are truly ubiquitous – far too ubiquitous to be left out of any coherent account of social life.

### **3 Money as an institution**

Money is an institution that clearly meets these requirements. Any number of constitutive rules of money, in the form of simple specie or banknotes, can be derived that constitute variations on the theme “this banknote” counts as “an indicated amount of purchasing power” in the context “of a transaction requiring settlement in cash.” Cash is collectively accepted and recognized as “legal tender for the settlement of all debts public and private” in the case of coin and bank notes, which have been assigned the status function of “legal tender.” No observer-independent features lend intrinsic value to currency as a “store of value”, a “medium of exchange,” a “unit of account” or a “promise.” The banknote

is an intrinsically, materially worthless piece of paper, until it acquires these deontic powers by virtue of collective assignment of status indicators through the medium of agencies of a government. The status functions assigned clearly carry the deontic powers assigned to it by the commodity theory of money, and further assigns to the banknote the “deontic power to purchase.” (SEARLE, 2005, p. 16). What should not escape our attention at this juncture is that **the “functions” ascribed to money as intrinsic to it in the commodity theory of money in orthodox monetary economics emerge here as deontic powers resulting from the creation of the social institution of money.** I shall say more about this observation below.

Matters are not so different in the investigations of economic sociology. For example, the sociologist Richard Swedberg (1998, p. 44) has recently pointed out that while Max Weber demonstrated no particular interest in developing a theory of money in his famous work on **Economy and Society**, he was interested in:

[...] the most general sociological consequences” of the use of money. These consequences include, for example, the fact that with money one can suddenly exchange goods for an enormous range of other goods (indirect exchange). [...] an improved capacity to store values for future use, to calculate profit, and to calculate marginal utility.

For Weber, the functions of money intrinsic to it in monetary economics were simply the consequences of its use. The concept of calculable marginal utility, so central to economic thought, all but presupposes the development and use of money. But while Swedberg argues that Weber had relatively little to say about the nature of money, and spilled little ink in attacking the orthodox monetary theory of his day, his view of it was in any event rather socialized as he clearly asserts that “money is not a mere ‘voucher for unspecified utilities’ which can be altered at will...[but]...a weapon...[in]...the struggle of man against man.” (WEBER, 1978, *apud* SWEDBERG, 1998, p. 44). A spear – a pole with a sharp pike on the end – is an objective fact. A weapon is an institutional fact. A struggle is an institution. At this point it would be useful to quote at length Searle’s most recent, applicable definition of an institution by way of summarizing these concepts.

An institution is any collectively accepted system of rules (procedures, practices) that enable us to create institutional facts. These rules typically have the form X counts as Y in context C, where an object or state of affairs X is assigned a special status, the Y status, such that the new status enables the person as object to perform functions that it could not perform solely in virtue of its physical structure, but requires as a necessary condition the assignment of the status. The creation of an institutional fact is, thus, the collective assignment of a status function. The typical point of the creation of institutional facts by assigning status functions is to create deontic powers...we have created a situation in which we accept that a person S who stands in the appropriate relation to X is such that (S has power (S does A)). The whole analysis then give us a symmetric set of relationships between collective intentionality, the assignment of function, the assignment of status functions, constitutive rules, institutional facts and deontic powers (SEARLE, 2005, p. 21-22).

What will interest us most in application of this summary to an institutional account of money, as briefly suggested above, is that **the “functions” ascribed to money in the commoditized theory of orthodox monetary economics all derive from deontic powers assigned to money in the institutional account.** Money is a “store of value” as it has been collectively assigned this function, collectively assented to as an institutional fact. When you hand me a £10 bank note to repay me for the £10 note I loaned you last month, I accept this in payment of your debt because I agree with you that the note represents the same £10 of purchasing power when repaid to me that it represented when it was loaned. The note is a “medium of exchange” because the collectively derived laws of society have assigned the note the deontic power as “legal tender” to settle debts in Britain. The note is a “unit of account” because it has been ascribed the status function of 10 units of purchasing power rather than 5 units by the collectively recognized “status indicators” of the numeral 10 instead of 5, on a larger note, with a portrait of Darwin and a hummingbird, rather than rather than smaller sized note, bearing a portrait of Elizabeth Fry on the back of the note. The note is also a promise by the government and the central bank that the £10 worth of goods it will purchase today is equivalent to the £10 worth of goods it will purchase next year. Maintaining “credibility” of this promise (price stability), and the promises of the government that the debt obligations they

undertake will be redeemed (price and exchange rate stability), is, as we shall see, no small part of the real business of central banks.

## 4 Deontic powers of central banks

The powers of central banks, in the same fashion, are uniformly deontic powers in the form of rights, duties, obligations, authorizations, permissions, empowerments, requirements and certifications that engender the central bank with social and economic power as a result of the collective assignment to it of status functions. Economist Stanley Fischer – who served as First Deputy Managing Director of the International Monetary Fund, and who currently serves as the Governor of the Bank of Israel – has effectively developed the “status functions” of a central bank from an economist’s perspective as “functions” and “mandates” in his seminal essay on “Modern Central Banking.” (FISCHER, 2005, p. 169-222). Fischer argues that one of the major functions (deontic powers, for our purposes) of a central bank devolves from its “status” as a “bank of issue” which lends it “responsibility for managing the supply of credit and money and correspondingly determining market interest rates.” (FISCHER, 2005, p. 170). Some central banks have responsibilities for maintenance of the exchange rate and for managing the nation’s foreign reserves, which are essential both for ensuring the flow of international payments, and for upholding and defending the value of the national currency. Central banks play a major role in promoting financial stability in the economy “by supervising the [commercial] banks and other financial institutions, by serving as a lender of last resort, and in some countries by administering deposit insurance.” (FISCHER, 2005, p. 170). Central banks also serve as bankers for the government and “manage all or part of the national debt” (FISCHER, 2005, p. 170) and administer exchange controls where they are applied.

Political scientist Sylvia Maxfield (1997) develops a similar list of “functions” of central banks in a recent book on the international political economy of central banking in developing countries. Maxfield (1997, p. 5) reports that central banks “control the supply and price (interest rate) of money [...] protect financial stability, guarantee the domestic and international payments system,

and provide some range of financial services to the government.” To “guard against financial instability” central banks “regulate commercial bank licensing, set standards for minimum bank capital [capital adequacy requirements], and supervise at least a portion of the financial system through the use of in-house examiners or auditor hired from an outside firm.” (MAXFIELD, 1997, p. 5). Should these efforts fail to stem financial instability in specific or multiple domestic financial institutions, the central bank “can serve as a lender of last resort” or even “refuse to lend and thus oversee liquidation of the bank.” (MAXFIELD, 1997, p. 6). Maxfield (1997, p. 6) ratifies Fischer’s assertions regarding the responsibilities of central banks to manage foreign exchange reserves and that “guaranteeing an effective payments system” is part of the financial stability mandate, adding that an effective payments system is “one in which individuals willingly accept money and money substitutes in exchange for goods and services.” Let us explore the deontic power of central banks that engender these “functions” of money, as stipulated by neoclassical orthodox monetary theory. Below I will explain how the best known “functions” of central banks result from deontic powers ascribed to them by collective assignment of status functions.

## **5 Determination: money creation and destruction powers**

Significantly a central bank “can finance the government in several ways: it can buy government securities, it can make unsecured loans from its reserves, and it can print money. Theoretically, the central bank can impose fiscal discipline on the government” by refusing to finance its operations by buying government debt securities (thereby “monetizing” the debt) when demand for these sovereign debt instruments is slack on the global bond markets (MAXFIELD, 1997, p. 6).

This deontic power of central banks to effectively monetize government debt by buying government debt instruments for its own portfolio has far-reaching effects that can be illustrated as follows. When the Open Market Desk (OMD) of the Federal Open Market Committee (FOMC) of the U.S. Federal Reserve, for example, buys U.S. Treasury securities, it increases the reserves of the banking system and consequently increases the money supply, driving down the interest

rates that banks pay for funds when they borrow from one another (the Federal Funds rate) or from the “discount window” of one of the twelve regional district Reserve Banks of the Federal Reserve System (MAYER, 2001, p. 144). Similarly when the OMD sells government securities it reduces the reserves available to the banking system, diminishing the money supply. Commercial banks will have to bid up the Federal Funds rate, or in an exigency, go to the “discount window” for a direct loan from its district Reserve Bank, in order to obtain funds to make new loans or meet its daily reserve requirements. In Germany matters worked very similarly for years, but the two rates controlled by the famously inflation-hawkish Bundesbank were called the “discount rate” and the “Lombard rate.” (DEAN; PRINGLE, 2008, p. 128). As a rule, commercial banks will borrow from one another rather than a central bank to obtain funds. This is particularly true of fundamentally solvent banks in the United States who may need to borrow funds to meet their reserve requirements. “Nobody borrows from the district banks: it’s considered a mark of weakness to do so.” (MAYER, 2001, p. 78). It invites unwanted auditory scrutiny and can also generate capital flight.

Federal Funds are “the excess reserves of banks that were not fully loaned to customers.” (MAYER, 2001, p. 170). Commercial banks in the United States may loan these reserves overnight, or for longer terms, to other banks that need to obtain funds to meet their daily reserve requirements. Currently commercial banks that are members of the Federal Reserve system must keep a percentage of all deposits on reserve at their regional Federal Reserve Bank) as a liquidity requirement, and as insurance against an unexpectedly high demand for cash by their customers (more commonly known as a bank run). As they are paid no interest for these reserve funds, they amount to an interest-free loan to the Federal Reserve System. It violates every instinct of a profit-maximizing commercial banker who must count reserves as “liabilities” to keep a dollar more than required on reserve.

The deontic power to buy securities, make unsecured loans from reserves and print money in many ways all amount to the same power – **the deontic power to create money to back up government debt and bank credit, by fiat**. The central bank has the power to create a deposit in the reserve account of the commercial bank that comes to it directly for a loan (comes to the “discount window” in the United States) with key strokes on a computer, and by fiat. By loaning the

commercial bank the amount of money it might have been short on a given day, subsequent to completing its daily loan activity transactions, the central bank has essentially created *ex post facto* (or ratified the creation by the commercial bank) the money that was already created by the commercial bank when it loaned money to a commercial borrower that it did not yet have. The money was created endogenously by the commercial bank's credit creation activity, and then it was supplied exogenously by the central bank which is uniquely "authorized" to take the decision to create in the reserve system money initially created by the extension of commercial credit. Or the Reserve Bank might, during a credit tightening cycle, decline to do so. This *ex post facto* lending is the mechanism by which the endogenous creation of credit as money in the private sector is exogenously authorized by the deontic power of the central bank acting as agent for the government. As Benjamin Strong (*apud* MAYER, 2001, p. 96), an early Governor of the New York Fed, told an audience he addressed at Harvard in 1922:

Practically all borrowing by member banks from the Reserve Banks is *ex post facto* borrowing. The condition that gives rise to the need for borrowing had already come into existence before the application to borrow from the Reserve Bank was ever made.

The central bank also has acquired, through its collectively assigned "status function" as a "bank of issue," the deontic power to destroy money by contracting the reserves in the banking system. This is normally accomplished by the selling of government securities. This will raise the costs of borrowing for commercial banks and restrict their lending by restricting their access to funds, or at a minimum by raising the costs of credit and money for individuals and businesses – dampening their appetite for credit over time, or quite suddenly with a large single rise in rates. In the United States, the contraction of reserves raises the cost of money for commercial banks by raising two key interest rates. Such action by the FOMC raises the publicly announced "discount rate" – the rate of interest that the Fed charges commercial banks who "go to the discount window" at a district reserve bank. It also raises the more effective, but less visible, Federal Funds rate – the rate commercial banks charge one another for short term funds to meet reserve requirements, to avoid "going to the window" at nearly all costs.



## **6 Financial system stabilizer and lender of last resort: liquidity creation and risk socialization powers**

The function of central banks as domestic lenders of last resort also arises from its collectively assigned “status function” as a “bank of issue,” and from its collectively assigned status function as an agent of the government “authorized” to socialize societal economic risk at its discretion. The assignment of these status functions engenders the central bank not only with the deontic power to destroy money, but with the deontic power to dilute, at its discretion, the value of existing money in a crisis through a massive injection of liquidity in to the system. It may create this liquidity (money) by fiat, on the spot, without prior consultation with any elected official of the government, or its appointed representative. A very early illustration of these deontic powers was the bailout of the South Sea Company in 1720. So great were the financial stakes when the famous South Sea financial bubble burst, the result was a classic, and very early example of a firm “too big to fail.” When the bubble did burst its debts were partly taken over by Parliament (which effectively socialized that risk by taking it on as a public debt) and the Bank of England took over £4.2 million of its nominal capital, converting this to bonds paying 5 per cent (FERGUSON, 2001, p. 114). Of course this example does express, in that case, some shared responsibility between Parliament and the Bank of England.

A more recent, and quite excellent empirical demonstration of these deontic powers involves the actions taken by the Greenspan Fed in the wake of the stock market crash of October 1987, shortly after Alan Greenspan’s appointment as Chairman of the Federal Reserve System by the Reagan administration. The “Black Monday” crash of 29 October 1987 saw a 508 point, single day plunge in the Dow Jones Industrials index of blue chip stocks that wiped out more than \$1 trillion of wealth, and 22.6% of the value (market capitalization) of 30 of America’s premier firms, with comparable losses in the Standard & Poors 500 and Nasdaq indices. As a point of historical perspective, the single day “Black Tuesday” market crash of 1929 that had ushered in so many bank failures, and the Great Depression, had constituted an 11.7% single day loss.

The impact of systemic shocks to the financial system is unpredictable. What might have been predicted is that news of the crash threatened to bring the

payments system to a grinding halt as financial institutions that had suffered great losses lacked the liquidity to make payment on the losses. Those with liquid assets were anxious to hold onto them. After “Black Monday,” Gerald Corrigan, then Governor of the New York Fed, watched with horror the payments system seize up and telephoned Fed Chairman Alan Greenspan to let him know that it was time for the Fed to exercise its lender of last resort powers to inject massive liquidity into the financial system to halt the seizure of the payments system and the unknowable financial wreckage that would follow. According to one account, the discussion went as follows:

“Alan, you’re it,” Corrigan Said. “Goddamit, it’s up to you. This whole thing is on your shoulders.” Corrigan...believed there was no time for procrastination and little for analysis. The availability of money in the system would be critical. In one form or another, Wall Street securities and brokerage firms, and their clients, would need bank credit, their lifeline, to cover their losses.

“Thank you, Dr. Corrigan,” Greenspan said (WOODWARD, 2001, p. 39).

At 8:41 on Tuesday, Greenspan issued a one sentence statement to the press highly effectively designed to reassure the markets that risk would be pooled and money created in the quantities necessary to ensure the continued functioning of the payments system.

The Federal Reserve, consistent with its responsibilities as the nation’s central bank, affirmed today its readiness to serve as a source of liquidity to support the economic and financial system.<sup>3</sup>

While this statement is credited with enormous deontic power in calming the markets, (White House Chief of Staff, Howard Baker, reportedly suggested to Greenspan of his statement that “Those are the best lines I’ve read since Shakespeare”) the statement’s full impact had clearly not been absorbed when the markets opened at 9:00 on Tuesday. The Fed had already been active in pumping

---

3/ Greenspan’s statement is quoted in Steven Solomon (1995, p. 60). The statement is also quoted in Tuccille (2002, p. 180) and Woodward (2001, p. 40).

liquidity into the reserve system by purchasing Treasury bills overnight, but matters were not so sanguine among the “specialists” on the trading floor of the New York Stock Exchange when the markets opened Tuesday, as banks had been unwilling to extend credit to them in the face of their own liquidity concerns. Mayer (2001, p. 136) reports that “[...] the specialists needed credit from banks to keep functioning – and they didn’t get it.”

One observer argues of Greenspan’s quintessential and timely “lender of last resort” statement that:

The message to Wall Street professionals was unmistakable. The Fed would reverse its tight money policy of the past few months and supply liquidity – that is, it would pump as much money into the system as was needed to keep it afloat. Specifically, the Federal Reserve entered the marketplace and both \$2.2 billion worth of U.S. Treasury securities, supplying the markets with an immediate infusion of cash. It also lowered the rates at which banks borrow money from one another [the Federal Funds rate] and from the Federal Reserve [the discount rate]. Both short- and long-term rates headed downward instantly...the Fed fund rate dropped nearly two full percentage points, and the thirty-year Treasury bond yield declined a point and a half...Banks stepped up their lending to brokerage firms, ensuring that none would be threatened with insolvency by further sell orders from their clients (TUCCILLE, 2002, p. 180-181).

Gerald Corrigan meanwhile tirelessly worked the phones to the larger banks in a massive exercise in moral suasion, backed up by the deontic powers of the Federal Reserve System to create and deploy theoretically unlimited liquidity. He pressured the banks to make their payments to their creditors to cover their own trading losses, to extend credits to brokers (who were themselves calling in margin call loans) and floor specialists in individual equities, and to remind them of the unintended consequences of individually rational action – namely that no bank could insulate itself from a collapse of credit and a seizure in the payment system (WOODWARD, 2001, p. 41-42). This hands-on moral suasion and pressure by the powerful Governor of the New York Fed, whose district Reserve Bank contained the trading desks that constituted the technical apparatus for the execution of the Fed’s “Open Market Operations”, was a crucial element in ensuring the Fed’s deontic power to socialize risks by pumping liquidity into the

banking system was credible and effective. Martin Mayer (2002, p. 137) suggests the Corrigan's heroics "changed the definition and function in the economy of the lender of last resort."

However, it is worth pointing out that the deontic powers that engender this lender of last resort capability to central banks is not equally available to all countries that have created central banking institutions. Some countries have opted for currency boards, and can only issue as much local currency as the supply of foreign reserves on hand to which that currency is pegged will permit at the pegged exchange rate. Other countries, including Ecuador and Panama, have entirely dollarized their economies, and circulate the U.S. dollar as legal tender in substitution for a former national currency that the dollar has replaced. Motivations for "currency substitution," according to Benjamin Cohen (1998, p. 96), include:

A high or accelerating inflation rate, which reduces a currency's purchasing power both at home and, through exchange depreciation for transactions abroad. Residents accordingly, have an incentive to turn to some more stable foreign money as a preferred store of value – an inflation hedge for their savings...Foreign money, in effect, becomes the public's financial refuge, a convenient defense against abuse of the seigniorage privilege by government.

Economies can, of course, become "dollarized" *de facto* by entirely endogenous mechanisms which amount to capital flight, or exogenously, and "officially," by an act of government. Dollarized economies scarcely require central banks. Dollarized economies and economies with "hard pegs" to foreign currencies cannot generate liquidity at will. They have essentially surrendered monetary sovereignty and their monetary policy to that of the U.S. Federal reserve, or another foreign central bank. China, for example, replaced its hard peg to the U.S. dollar in 2005 with a new hard peg to a "basket of currencies," which now includes the euro as well as the dollar. Thus Chinese monetary policy is now in the hands of the European Central Bank as well as the Fed, among other foreign central banks. China maintains a vast array of capital controls on both inflows and outflows, however. Thus while China remains subject to overvaluation of the renminbi, which will rise with the dollar and the euro, the Chinese central bank retains administrative control of the nature and to a significant extent, the level of capital inflows and outflows.

Yet other countries have Fixed But Adjustable Regimes (FBAR), or “adjustable pegs” that feature “crawling pegs” or “flexible pegs” to permit occasional adjustment of the exchange rate within either small or large exchange bands. Some domestic monetary flexibility is possible for countries employing these adjustable pegs in an environment of low capital mobility where the risk of speculative attack against the exchange rate is low, but there is extremely limited-to-no monetary discretion available to the central bank in an environment of high global capital mobility, where the risks of speculative attack against the exchange rate are proportionately (or perhaps disproportionately) high (CORDEN, 2002, p. 42-52).

The choice of exchange rate regime is no doubt an important determiner in the level of discretion available to the central bank for the conduct of monetary policy in general, and of liquidity lending or last resort lending to a domestic economy in crisis. But even for many countries that embrace entirely floating exchange rates and who permit the value of their currencies to float freely on the foreign exchange markets, backed only by the “confidence” that traders might exhibit in their economies, liquidity lending must be rather circumscribed, and is likely to be extremely circumscribed. Indeed, liquidity lending to domestic financial institutions is likely to be abandoned entirely in a crisis, for fear that precious reserves of foreign exchange will not be available for international debt settlements, or to defend the exchange rate in the face of a concerted speculative attack upon it in the global financial markets. Central banks that issue currencies that are widely held as global reserve currencies are an obvious exception to this caveat.

## **7 Exchange rate and foreign reserves management: international product valuation power**

The function of many central banks as manager of the exchange rate and of the country’s foreign reserves arises from its collectively assigned “status function” again as an agent of the government “authorized” to socialize societal economic risk at its discretion, in this instance by the deontic power to revalue (or attempt to revalue) the international purchasing power of the nation’s money. The assignment of these status functions engenders the central bank, in many countries, to “manage” the exchange rate of the national currency by buying and selling the

currency in the global foreign exchange markets to increase or decrease demand for the currency, and thus its price. This authorization entails deontic powers to determine how much of the nation's tradable wealth will be held in reserve by the central bank in the form of foreign exchange. It engenders the deontic power to determine how much of this will be spent to uphold a "value" of the domestic currency to be determined by the central bank when the exchange rate comes under pressure from "market forces." More often, it engenders the deontic power to determine how much of the nation's wealth should be squandered in an often (even normally) futile battle to uphold the exchange rate when it falls under speculative attack, **for the sake of speculative attack.**<sup>4</sup>

The international valuation of every commodity, good and service – extant or produced in the country that is subject to an international transaction – is directly impacted by the exchange rate of the national currency. In some countries, such as the United States, the Treasury (or Finance Ministry) has primary responsibility for managing the exchange rate. In the U.S. exchange rate policy belongs to Treasury and the Fed implements that policy through Open Market Operations and the mechanism of the foreign exchange trading desk located at the New York Fed. But the **deontic** power of the central bank to determine the supply and cost of money generates a *de facto* power of the central bank to strongly impact the direction exchange rate policy. For example, in November 2005 the U.S. Federal Reserve was in a tightening cycle and has consistently raised the discount rate by 25 basis points (one quarter of a percentage point) in subsequent meetings of the FOMC that was expected to continue tightening well into 2006. Meanwhile the Bank of England was making "dovish" sounds having recently lowered rates by 25 basis points at the last meeting of the Monetary Policy Committee (MPC) in that timeframe, and weakness on High Street (weakness in retail sales) and other signs of weakness in the British economy induced speculation in the currency markets that the MPC would continue to cut rates, or at least hold them steady. In consequence the price of sterling against the dollar consistently fell in that period.

So while the **deontic** power of exchange rate policy lies with the U.S. Treasury in Washington, and with the Chancellor of the Exchequer in London, *de facto* power lies with the central bank in each country as a result of *deontic* power

---

4/ For a primer in the manner in which movements on the international currency markets are typically disconnected from movements that would be justified by economic fundamentals, see Soros (1987).

resulting from assignment of a very different status function. The central banks were assigned the status function of setting the cost of money, and its supply, and thus the **deontic** power of money creation and destruction. Central banks have acquired, from the international currency markets, the *de facto* status function of helping to establish the exchange rate, thus the **deontic** power of revaluing domestic goods and services internationally.

But this *de facto* status function is not collectively assigned to the central bank by the citizens of the nation, as their agent or the agent of their government. This *de facto* status function of helping to indirectly determine the exchange rate through monetary policy is collectively assigned to the central bank by the international currency markets. If the currency markets believe the central bank's expressed determination to restrict the supply of money (the central bank's exercise of the **deontic** power to destroy money from the collective assignment by the central bank's national citizens of the status function of determiner of the cost and supply of money) is "credible" they will allocate the status function of determiner of exchange rate policy as well monetary policy to the central bank, even if the expressed exchange rate policy of the Finance Ministry or Treasury is directly at odds with the direction induced by the central bank's monetary policy. The *de facto* power of the central bank to determine the exchange rate through the **credibility** of its "promise" to destroy money and credit becomes, from the perspective of the currency markets, **deontic** power to revalue national goods and services internationally as **the agent of the markets**.

I will refer to this effect as a **second order deontology**. It is a structural effect of a hierarchy among institutional facts. The deontic powers engendered by the currency market's assignment of status functions can trump the deontic power engendered by the nation's assignment of status functions to its fiscal and monetary institutions. This is best illustrated in situations where the central bank makes a clear commitment to defend its currency in the face of speculative attack by the currency markets. The central bank can commit enormous foreign reserves to the defense of its currency, as did the Thai central bank in the days leading up to 2 July 1997, when it was forced to abandon the defense and let the currency float, because it had exhausted its reserves. The volume of private transactions selling the baht overwhelmed the volume of transactions that the Thai central bank could generate to buy the baht.

“We have no reserves left’ [...] has always been seen as an admission of defeat,” and the very last thing a central banker would wish to utter (DEAN; PRINGLE, 1994, p. 172). Such an utterance announces the defeat of the central bank’s mandate to defend the currency, and often an admission of a global vote of no-confidence in the economic policies of the government for which the central banks acted as an agent. It also spells the end of monetary policy autonomy for a central bank that had enjoyed it, at least temporarily, and of fiscal and macroeconomic policy autonomy for the government whose currency had been trounced. Foreign reserves serve as a cushion from exogenous shocks to the national economy, and a source of macroeconomic policy autonomy for countries that enjoy them (DEAN; PRINGLE, 1994, p. 172).

Foreign reserves must be more readily available (liquid) for small, developing countries whose currencies are less frequently traded, and which are generally not accepted as a means of payment for international settlements. They require ready availability of liquid foreign reserves for occasional (or sometimes frequent and panicked) intervention in the foreign exchange markets, and to smooth out less-than-steady capital flows, import payments and export receipts. These funds will be held in the form of highly liquid investments, such as cash, certificates of deposit, and Treasury securities, denominated in the currencies in which they expect to make payment, often in the central banks that serve as the “bank of issue” for those currencies, such as the Federal Reserve Bank of New York, or leading commercial banks in leading global financial centers of common reserved currencies, such as New York, London, Tokyo. Others employ the good offices of the Bank for International Settlements, in Basel, Switzerland. The operational management of the reserves on a day-to-day basis may then be “contracted out” to major foreign central banks or to large commercial and investment banks (DEAN; PRINGLE, 1994, p. 179).

Reserve monies may be defined in the form (BASCOM, 1994, p. 40):

$$RM = (a + b) - (c + d + e)$$

Where “a” is the domestic credit outstanding of the central bank (or claims on commercial banks or the government), “b” represents net foreign assets. The term (a + b) are the net assets of the central bank. These are balanced against net liabilities which include the sum of “c”, the currency in circulation, “d” non-government deposits with the central bank and “e” any other net accounts. For



most countries, especially developing countries, the term “a” (the central bank’s claims on domestic commercial banks or the government) cannot contribute to increasing “b” (net foreign assets) in time to help meet a balance of payments crisis or a currency crisis. For this reason, the reserves held by the world’s central banks have risen dramatically, particularly as countries have moved increasingly to flexible exchange rate regimes (DEAN; PRINGLE, 1994, p. 183).<sup>5</sup> The United States is a notable exception, and the U.S., before the collapse of Bretton Woods, alone in the world enjoyed the privilege of making international settlements in its own currency, while all others had to make settlement in dollars as well, or the gold bullion into which only the dollar was then directly convertible.

For many countries, when foreign reserves are expended, national austerity immediately results. Thus central banks in developing countries will – and increasingly have, if they have the capacity to do so – develop large foreign reserves in spite of the large opportunity costs to the domestic economy of keeping large, liquid, non-interest bearing or minimal interest bearing reserves on hand to avoid the austerity and economic contraction that inevitably follows a currency crisis.

In Thailand 1997, as elsewhere, the problem was not simply that the supply of baht *qua* “commodity” exceeded demand, in accordance with orthodox monetary theory’s view of money. The problem was that the “promise” of the central bank that the baht’s exchange value that had been upheld in the past through “credible” economic policy by the Thai government had not been upheld. A larger problem was that the “promise” that the value of the baht’s future exchange value would and could be upheld – through 1) government policies that could credibly redress the growing current account balance, and through 2) the “promise” that sufficient intervention in the foreign exchange markets by the Thai central bank that could be sustained long enough to counter the huge wave of private transactions dumping the baht in favor of more “stable” currencies – was not credible. In other words, the Thai central bank was unable to credibly present itself, or the government for which it served as a moral agent capable of upholding the promises that the valuation of the currency prior to July

---

5/ For an account of the dramatic rise in foreign reserves held by Asian central banks due to the impact of the Asian Financial Crisis see Genberg et. al. (2005).

1997 represented. The deontology resulting from the status function assigned to the central bank by the Thai people was dismissed by actors in the foreign exchange markets. One institutional fact established itself as more credible than another. The institutional fact of the value of the baht against other currencies on, say, 15 June, was no longer an institutional fact by 3 July. Collective acceptance for the former fact had, by 3 July dissipated, and established a quite different institutional fact, with enormous real implications for the international exchange value of every good or service produced in Thailand prior to and from that date. The domestic cost of every good or service imported into Thailand from that date, and the real standard of living of every man, woman and child within the borders of Thailand, had risen dramatically.

## **8 Government debt management: deontic power to monetize debt**

The function of central banks as managers of the government's debt arises, in part, from its collectively assigned status function as a "bank of issue," and its collectively assigned status function as an agent of the government "authorized" to underwrite government debt. The assignment of these status functions engenders the central bank with the deontic power to convert government debt into newly created money, diluting the government debt burden by fiat. Economists refer to this practice as "monetizing" government debt. As an example, Greider (1987, p. 560) describes this practice works in the U.S. as follows:

the central bank bailed out the Treasury by inflating the currency. The circle went like this: The executive branch borrowed money from the private sector by selling new Treasury notes and bonds. The Fed then diluted the value of this debt by buying up old Treasury notes and bonds from the private sector and paying for them with newly created money. The Federal Reserve, in effect, wound up holding more and more of the government's debt paper in its own cloistered portfolio – and the private economy wound up with a bloated money supply.

This works to reduce the real value of national foreign debt as well. All that was once required, before the real costs of inflation were better understood,

was to “pump the money creation process into high gear, all in the politically appealing name of growth. Foreigners would be repaid with worthless, inflated dollars” or yen or rupiah, or baht, or what have you (SOLOMON, 1995, p. 86).

The earliest central banks were developed in no small measure to underwrite government debt, particularly for the purposes of war finance. Some of the stabilization functions of central banks fell out as a natural outgrowth of these functions. For example, while the primary purpose of the Bank of England was underwriting and management of the debts of the British government, the privilege of the “regional monopoly of note issue and its extensive commercial business gave it a natural interest in, and hence in time responsibility for, currency stability, which meant the convertibility of paper notes into specie.” (FERGUSON, 2001, p. 109). Loans to the city-states in the early modern period were effectively monetized when early modern bankers created the mechanisms by which those who supplied goods and services to the city-states governments acquired the capacity to draw upon accounts created for them by the nascent banking system prior to receipt of payment from the debtor government (INGHAM, 2004, p. 116). The state’s financing needs in the sixteenth and seventeenth centuries were essential to the founding of nascent central banks and the creation of state credit-money, and Ingham (2004, p. 125) explicates this innovation as a result of a political struggle between supporters of credit and coin as two distinct forms of money. While the Bank of England was created at the behest of the British state for purposes of war finance and monetization of the attendant debts, this monetization of national debt also mitigated the risks of default, and generated a form of monetary stability and a form of “Dutch finance” that found support among the mercantilist class as well (INGHAM, 2004, p. 125).

But the monetization of debt through inflation is an ancient art, and amounts, as it did in ancient times, to “seigniorage” and even outright debasement of the currency. Benjamin Cohen (1998, p. 39) defines seigniorage as “the excess nominal value of a currency over its cost of production”. Niall Ferguson (2002, p. 144) refers to it in more polemical terminology as “the inflation tax” which “permits the government to swap intrinsically worthless pieces of paper (or their electronic equivalent) for actual goods and services,” reducing by inflation the government debt so long as it’s denominated in the local currency. Such debt monetization has a number of social costs. As Cohen (1998, p. 39)

suggests “public spending financed by money creation in effect appropriates real resources at the expense of the private sector, whose purchasing power is subsequently reduced by subsequent inflation.”

While inflation likely has many sources, monetarists who insist that excess money creation is its only cause would draw our attention to the social costs of inflation induced by monetizing debt. Stanley Fischer (2005, p. 178), in a famous essay on modern central banking, attempts to draw our attention to the social costs of inflation in a table that runs on throughout three full pages of the essay, stipulating no less than 25 “direct effects” of inflation that may be counted as social costs. To stipulate just the top few of these is sobering; as they include “increase in government revenue (inflation tax), economizing on currency, reduction in private net wealth, resource costs of price change, increased real income tax bill [bracket creep] and reduction of net tax return on lending relative to pre-tax real rate.”

But most contemporary economists argue that the economic policy environment leading to the Great Inflation of the late twentieth century, dominated as it was by Keynesian thought, consistently underestimated the costs of inflation. The monetary policy errors were compounded by exogenous supply shocks such as oil and other commodity shortages in the face of global excess demand, and false expectations of continued low inflation as had been enjoyed as a result of an extended period of rather conservative post-war economic policies (FREEDMAN, 2003, p. 97-98). Not the least problematic was a clear over-accommodation in the realm of monetary policy, particularly by the U.S. central bank in the hands of Arthur Burns.

Inflation can be employed by the state as a covert form of taxation as it “permits the government to swap intrinsically worthless pieces of paper (or their electronic equivalents) for actual goods and services” reducing the real value of the government debt so long as this is denominated in the local currency (FERGUSON, 2001, p. 144). This became much easier for the state with the advent of paper money, which had been introduced in China as early as the eleventh century, but made no appearance in the West until circa 1690 (FERGUSON, 2001, p. 46). Neither physical debasement of precious metals nor “clipping” or “sweating” of coins was any longer required to generate the benefits of seigniorage. Government debt reduction through inflation and debt monetization became all but impossible in the nineteenth century with the advent and spread of the

gold standard, but the collapse of the latter returned debt monetization through inflationary finance to the toolbox of state financial statecraft. This possibility was at best a mixed blessing, to which the horrendous consequences of German inter-war hyperinflation and the corrosive consequences of the post-war Great Inflation and stagflation in the last century have testified.

The issue of paper money by newly created central banks in the years immediately following decolonization in the mid-twentieth century also proved to be at best a mixed blessing for developing countries. Here we see that a central bank had promised to serve a social as well as an economic purpose for newly independent countries. They proved to be more effective at the former purpose than the latter. A central bank and a national currency were status indicators par excellence of national independence, so “the first thing every colony did on achieving independence was to abolish the [colonial] currency board” that had pegged the local currency to that of the former colonial metropole (DEAN; PRINGLE, 1994, p. 97). Many developing countries employed their new central banks as “efficient engines of inflationary finance” that were systematically abused to monetize debt acquired for purposes of economic development projects, but also for the finance of political patronage and various forms of corruption (DEAN; PRINGLE, 1994, p. 88). Dean and Pringle (1994, p. 92) argue “without the restraints imposed by the fixed exchange rate system, or by the currency board system, there was a systematic tendency toward monetary expansion resulting in either inflation, or chronic payments crises – or more commonly both” with the result that “average inflation in developing countries remained at or above 20% in every year from 1973-1993.” (DEAN; PRINGLE, 1994, p. 93).

In addition to the normal means of government debt monetization described above, the relatively closed developing economies of the post-colonial world devised a number of novel mechanisms to raise the fiscal abuse of central banks to a new level. They were employed to rig the financial market in favour of the government’s debt instruments by capping the interest that might be offered on commercial bond issues that might locally compete with government paper. They were employed to increase the reserve requirements on commercial banks well beyond what might have been necessary for prudential lending reserves or for purposes of monetary control. They were employed to force domestic exporters to sell all of their foreign exchange receipts to the central bank at prices

lower than that at which the central bank would make foreign exchange available to exporters to finance their export operations (DEAN; PRINGLE, 1994, p. 108). Thus we see a number of deontic powers were acquired by central banks in the developing world that enhanced the already considerable deontic power to convert public debt into newly created money.

The view of money advanced here emphasizes that central bank money or high powered money arises from social relations of debt, that debt remains a promise, and that the newly formed central banks of the developing world in the 1960s and 1970s failed to redeem that promise. The role of central banks in the monetization of state debt should not bear too much opprobrium, however, because it has historically been an essential mechanism of credit expansion and thus of money creation. In the case of the creation of money through monetization of government debt, Ingham (2004, p. 75) is anxious to point out that “even under a gold standard, it is not the **commodity** but the government’s **obligation** that produces the money.” (emphasis in the original). The government’s promise to pay is at the bottom of this creation of high-powered money in the monetization of the government’s debt. This is of great consequence, because as Kratochwil (1989, p. 149) reminds us, “promising is constitutive of ‘agency’ and our ability to bind or commit ourselves by an act of will.” Promising is thus at the heart of a government’s capacity to create money through the monetization of debt as an act of will. This is so whether money creation begins with public or with private debt creation.

The capacity to monetize private debt effectively began when the instruments of debt, such as the “bill of exchange,” replete with deontic power of a promise of repayment, began to be transferable to third parties, by sale or by discounting. Such instruments began, from the sixteenth century, to circulate alongside sovereign specie as “fiduciary money” and as discounted and rediscounted bills of exchange, though they constituted private promises of payment that were transformed into a form of public money (KRATOCHWIL, 1989, p. 116). Victorian English literature is replete with evidence of a nineteenth century market in “queer bills” whereby a party could buy the already discounted and unpaid debt of another party through a re-discounted purchase of that bill (or proto-check) and press for its full or partial payment as a pre-condition to cancelling the note.<sup>6</sup> While today, significant amounts of government debt are monetized through the disintermediated bond

---

6/ See, for example, the narrative beginning with the chapter “Lodgers on Queer Street” in Dickens (1997).

markets huge amounts of private credit-money is also created, as we noted in the first chapter, by bank lending. But the capacity for banks to create money is ultimately limited by the decision of the central bank to ratify that money creation by lending to increase the pool of reserves. And the central bank's power derives from its production and control of the "most sought after promise to pay" which belongs to the government (INGHAM, 2003, p. 142). This promise to pay is only most sought after if the governments' past promises to pay have been reliably redeemed and the government has established itself as a credible moral agent.

Promises remain obligatory even for those whose reputations as a moral agent have been sullied by past non-performance. Thus central bank credibility as a guarantor of the government's promises is highly prized in an era of capital mobility. And it will be more highly prized by states that maintain open economies dependent on capital flows. In this context we should not be surprised to see the recent moves to granting independence from the government to central banks in that portion of the developing world that is integrating into the global economy, as well as in the developed world. The value of central bank independence "rises as a signal to investors" that the government's promises are trustworthy, and the government is creditworthy (MAXFIELD, 1997, p. 45). The obligation to ensure the value of money that will uphold the government's promise to pay results from the deontic power of the central bank to create money. It further results from the central bank's capacity to monetize government debt. Independence enhances the central bank's credibility as a moral agent with the capacity to exercise discretion and ostensibly to impose restraint on behalf of the government to ensure government debt creation won't obviate its promises. These promises are assertions of creditworthiness, and as Kratochwil (1989, p. 149) reminds us it is

precisely because the uptake of an obligation is so fundamental to our basic moral conceptions, promising is most probably paradigmatic for a wide variety of rule-bound actions, including the institution of asserting something (telling the truth).

As Pufendorf has already demonstrated centuries ago in his investigations into the hypothetical laws of nature, when we make assertions, we are engaged in an activity governed by institutional rules (KRATOCHWIL, 1989, p. 149).

## 9 Directed lending and “window guidance”: deontic power to allocate credit

To this list of “functions” or “mandates” of central banks, from which they derive deontic powers, we might add, for central banks in some Asian countries and developing countries around the world, the allocation of credit. This was a function that was *de facto* allocated to nearly all central banks in the post-war period, when central banks in the industrialized world were marshalled to the task of reconstruction of war-ravaged national economies.

After the war, the Bank of England and the *Banque de France* were nationalized, and everywhere central bankers were given the task of allocating credit, persuading, influencing, and ordering the banks in their countries to finance only those activities that promoted the national “plan” (MAYER, 2001, p. 82)

Credit allocation methods were developed and deployed masterfully by Hitler’s finance minister, Hjalmar Schacht, who employed credit allocation methods in the 1920s to structurally transform the German economy by sectoral and regional credit allocation directives to German banks. These methods placed enormous power in Schacht’s hands as successive Weimar German governments fell from 1924 until his pre-Hitlerian resignation in 1930 (WERNER, 2003, p. 53). Wartime Japan had sent Bank of Japan officials to Berlin to learn from the Reichsbank’s techniques, among them Hisato Ichimada, who became a key figure in post-war Japan’s central banking structure. It’s worth noting that the wartime Japanese government formally subordinated the Bank of Japan to the government’s finance ministry in 1942 by simply translating Hitler’s Reichsbank Law of 1939 from German into Japanese and introduced it as the new Bank of Japan Law (WERNER, 2003, p. 54).

Japan spearheaded its meteoric post-war economic recovery and rise with a highly government-directed credit allocation process by which the Bank of Japan, then wholly subordinate to the Ministry of Finance, allocated credit when regional commercial banks “came to the window” for their reserves. The Governor of the Bank of Japan would decide by what amount total loans should grow for a given



period of time, and the head of the Banking Department would then allocate the increased reserve credit to individual banks in the form of loan quotas. The commercial banks would be asked to share their lending plans to the Bank of Japan on a monthly basis, and the latter would then revise the lending plan to fit its predetermined credit allocation plans and hand that back to the commercial banks. As Richard Werner (2003, p. 62) explains,

since the banks came to the Bank of Japan to be told virtually over the counter (the teller window) of the Banking Department to be told how large their loans quota was going to be, the procedure became known as “window guidance” (*madoguchi shidō*).

There are, of course, enormous developmental advantages to applying such government directed lending through the central bank, not the least of which are the advantages of directing credit to the most productive sectors of the economy and avoiding diversion to less productive sectors. This “window guidance” that is more generally known as “government directed lending” is one of several tools of the “developmental state”<sup>77</sup> pioneered by Japan, whose model was followed with enormous success by South Korea, Taiwan, Hong Kong and Singapore, and more recently by Malaysia, Thailand and other East Asian nations. As has been succinctly argued,

high household savings plus high corporate debt/equity ratios plus bank-firm-state collaboration, plus national industrial strategy, plus investment incentives conditional on international competitiveness equals the “developmental state” (WADE; VENEROSO, 1998, p. 3-24).

This particular form of government directed lending was criticized when it would occasionally reach the public eye, and formal window guidance was abolished more than once, first in 1958. But it was replaced by a more covert move by the Bank of Japan to maintain reserve positions of banks in a way that the desired expansion of credit throughout the Japanese financial system would result as desired, so window guidance while formally abolished continued in practice. Window guidance also continued in practice after it was again formally

---

77 See, for example, Woo-Cumings (1999) and Amsden (2001).

abolished in 1965. However, the criticism of the financial system that led to these reforms required the Bank of Japan to begin buying and selling government bonds (JGBs) as a more expensive means of financing economic stimulus than the simple credit expansion through reserves in which it had earlier engaged with impunity (WERNER, 2003, p. 68).

In fact, Werner provides evidence in his interviews with Japanese commercial bankers that window guidance was alive and well as a government directed credit allocation practice through the Bank of Japan well into the 1980s, where it played an unfortunate roll in helping to inflate the disastrous bubble economy. According to one Japanese banker interviewed by Werner (2003, p. 134) and his collaborators:

In the bubble period, we wanted a certain amount [of loan increases], but the BoJ wanted us to use more than that. After 1985, the BoJ said, "Use more!" Normally, we would not get as much as we want to use [...] Especially in 1986 and 1987, for around one year, the Bank of Japan said: "Use more because we have a recession." Window guidance can be used not just to make borrowing smaller, but also to make it bigger. We actually thought, "This is a little bit much." But we couldn't leave anything unused of the quota given to us. If we did, other city banks that received a similar quota might beat us. Thus in order to keep our ranking [among banks] we had to use it all up [...] Also, if we got a reputation for being weak, we would get less in the future. (Bank officer 4).

Dean and Pringle (1994, p. 250) argue that "window guidance" in the form of direct control lending by the Bank of Japan has ended. Has it? Cargill, Hutchinson and Ito (2000) argue otherwise. They suggest that window guidance is still around after the 1998 law granting independence to the Bank of Japan. Dean and Pringle, writing in 1994, saw a "modified window guidance" arguing that the Bank of Japan "still [...] knows exactly what each commercial bank plans to lend and makes clear its preferred policy" (DEAN; PRINGLE, 1994, p. 251). Since the Bank of Japan previously still took its marching orders from the Ministry of Finance at the time of their writing, the latter received the blame for the excessive credit expansion of the bubble economy, and the subsequent decade of economic stagnation and deflation. This was the stimulus for the New Bank of Japan Law of 1998 granting operational independence to the Bank of Japan, with a primary objective of price stability.

Article 43 of the new law removes the Ministry of Finances former power to direct the Bank of Japan's business, and a wide range of other business. But Article 38 rather vaguely states that

the Ministry of Finance may request the Bank of Japan to conduct the business necessary to maintain an orderly financial system, including the provision of loans, when it is believed to be especially necessary for the maintenance of the orderly financial system (CARGILL; HUTCHISON; ITO, 2000, p. 104).

This could as easily refer to a lender of last resort function, and systemic risk of the failure of a particular financial concern or sector, but is adequately vaguely worded to suggest that the Ministry of Finance can lean of the Bank of Japan to engage in some government-directed lending. The wording also clearly indicates, however, that the Bank of Japan may decline to do so. Enormous pressure was placed upon East Asian states in the wake of the Asian Financial Crisis to terminate government directed lending, and other key economic practices associated with the Asian model of development, with varying success (HALL, 2003, p. 71-99).

Thus it is clear that central banks, in some states, have acquired the deontic power to allocate credit, which amounts to the deontic power to structure the national economy, expanding some sectors and contracting others through the provision or denial of credit to specific sectors or firms. This is denounced by neoliberal economists as a benighted practice of "picking winners and losers," which neo-classical economics argues paradigmatically is a process best left to market forces. However, irrespective of the developmental advantages of "window guidance" it is equally clear that these central banks have also acquired the deontic power to extend a surfeit of credit, and generate asset destructive asset bubbles, with enormous negative consequences for longer term economic national well-being.

## 10 Economics as institutional facts and deontic powers: why does it matter?

So having generated an institutional account of money, and the “functions” of central banks as deontic powers constituted by institutional facts and constitutive rules, the reader might ask why it matters. First, this observation is extremely important for establishing the parameters for fruitful investigation of social (and consequently of economic) life, because social life is mediated by institutional facts generated by constitutive rules, and regulative rules that are subsequently indicated from these. Much of social and economic behavior is rule-following behavior, regulated at a minimum by norms of behavior established by the construction of institutions. As Kratochwil (1989, p. 97) has observed:

Since rule-following does not involve blind habit (except in limiting cases) but argumentation, it is through analyzing the reasons which are specific to different rule-types that the intersubjective validity of norms and thus their “deontic status” can be established.

The short answer is that it matters if the monetary realm is an institutional realm, because if we adhere to the commodity based theory of money we can't understand money as an institutional fact constituted by social relations of debt *qua* promising. We can't understand the deontic powers of money or the social institutions of credit that constitute it, or central banks that were created by governments to redeem the promise that money constitutes. We don't have an adequate account of the deontologies that lend central banks their social and economic power to create and destroy money, determine its price both domestically and internationally, to create liquidity and socialize risk in a crisis, to convert government and private debt into money, or to allocate credit to structure a national economy – or over allocate it to over-monetize a national economy, generating destructive inflation and/or asset bubbles.

In addition to these problems, understanding money, credit and central banks as social institutions permits us to begin to discover the monetary and economic realms as rule-governed spheres of social action. It helps us make an analytic cut into the rule-based architecture of international monetary affairs which has always been governed by an institutional logic of institutional practices

in response to institutional facts and the constitutive rules that arrange these into social reality – rather than as the wholly uncoordinated actions of means-ends instrumentally rational actors. We need a “logic of appropriateness” and not simply a “logic of instrumentalism” to explain central bank behaviour, and market behaviour as well, in both national and international monetary affairs (BELL, 2002, p. 488).

An institutional account permits us to read the rules of exchange rate regimes and the never ending search for a stable “nominal anchor” for the system, as a nearly entirely rule-governed order. It lets us see the current move to central bank independence as an attempt to sustain that order by assigning the independent central bank the status function of that nominal anchor, which in turn serves as a constitutive rule of the international monetary system in the form, “a nominal anchor” counts as “international monetary stability” in the context of “an international monetary system characterized by the simultaneous presence of fiat money, capital mobility, and floating exchange rates” as well as an important emerging mechanism of global financial governance.

## References

AMSDEN, Alice H. **The Rise of “The Rest”**: Challenges to the West From Late-Industrializing Economies. Oxford: Oxford University Press, 2001.

BARNETT, Michael; FINNEMORE, Martha. **Rules for the World**: International Organizations in Global Politics. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2004.

BASCOM, Wilbert O. **The Economics of Financial Reform in Developing Countries**. New York: St. Martin's, 1994.

BELL, Stephen. The Limits of Rational Choice: New Institutionalism in the Test Bed of Central Banking Politics in Australia. **Political Studies**, 50, p. 477-496, 2002.

BEST, Jacqueline. Bringing Power Back. In: **The IMF's New Constructivist Strategy in Critical Perspective**. Manuscript presented at workshop on

Economic Constructivism, Radcliffe Institute for Advanced Study, Harvard University, February 2005.

CARGILL, Thomas F.; HUTCHISON, Michael M.; ITO, Takatoshi. **Financial Policy and Central Banking in Japan**. Cambridge, MA & London: MIT Press, 2000.

COHEN, Benjamin J. **The Geography of Money**. Ithaca: Cornell University Press, 1998.

CORDEN, W. Max. **Too Sensational: On the Choice of Exchange Rate Regimes**. Cambridge, M.A: The MIT Press, 2002.

DEAN, Marjorie; PRINGLE, Robert. **The Central Banks**. London: Hamish Hamilton Ltd., 1994.

DESSLER, David. What is at Stake in the Agent-Structure Debate? **International Organization**, 43 (3), p. 441-74, Summer 1989.

DICKENS, Charles. **Lodgers on Queer Street. Our Mutual Friend**. Ware, Hertfordshire: Wordsworth Classics, 1997.

FERGUSON, Niall. **The Cash Nexus: Money and Power in the World, 1700-2000**. New York: Basic Books, 2001.

FISCHER, Stanley. Modern Central Banking. In: \_\_\_\_\_. **IMF Essays From a Time of Crisis: The International Financial System, Stabilization, and Development**. Cambridge, MA: MIT Press, 2005. p. 169-222.

FREEDMAN, Charles. Central Bank Independence. In: MIZEN, Paul (Ed.). **Central Banking, Monetary Theory and Practice: Essays in Honour of Charles Goodhart**, Cheltenham, UK & Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2003. v. 1, p. 90-110, 2003.

GENBERG, Hans et. al. Official Reserves and Currency Management in Asia: Myth, Reality and the Future. **Geneva Reports on the World Economy**, 7, Geneva: International Center for Monetary and Banking Studies, 2005.

GIDDENS, Anthony. **The Constitution of Society**. Berkeley & Los Angeles: University of California Press, 1984.

GREIDER, William. **Secrets of the Temple: How the Federal Reserve Runs the Country.** New York: Touchstone, 1987.

HALL, Rodney Bruce. Moral Authority as a Power Resource. **International Organization**, 51 (4), p. 591-622, Autumn 1997.

\_\_\_\_\_. The Discursive Demolition of the Asian Development Model. **International Studies Quarterly**, 47 (1), p. 71-99, March 2003.

INGHAM, Geoffrey. **The Nature of Money.** Cambridge UK and Malden, MA: Polity Press, 2004.

KRATOCHWIL, Friedrich V. **Rules, Norms and Decisions: On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs.** Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

MAXFIELD, Sylvia. **Gatekeepers of Growth: The International Political Economy of Central Banking in Developing Countries.** Princeton: Princeton University Press, 1997.

MAYER, Martin. **The Fed: The Inside Story of How the World's Most Powerful Financial Institution Drives the Markets.** New York: The Free Press, 2001.

SEARLE, John R. **The Construction of Social Reality.** New York: The Free Press, 1995. p. 12-13,

\_\_\_\_\_. What is an Institution? **Journal of Institutional Economics**, 1 (1), p. 1-22, 2005.

OXFORD English Dictionary. Online version. Accessed Nov. 2005.

SINCLAIR, Timothy J. **The New Masters of Capital: American Bond Rating Agencies and the Politics of Creditworthiness.** Ithaca & London: Cornell University Press, 2005.

SOLOMON, Steven. **The Confidence Game: How Unelected Central Bankers are Governing the Changed Global Economy.** New York: Simon & Schuster, 1995.

SOROS, George. **The Alchemy of Finance: Reading the Mind of the Market.** New York: Wiley & Sons, 1987.

SWEDBERG, Richard. **Max Weber and the Idea of Economic Sociology**. Princeton: Princeton University Press, 1998.

TUCCILLE, Jerome. **Alan Shrugged: Alan Greenspan, the World's Most Powerful Banker**. New York: John Wiley & Sons, 2002.

WADE, Robert; VENEROSO, Frank. The Asian Crisis: The High Debt Model Versus the Wall Street-Treasury-IMF Complex. *New Left Review*, n. 228, p. 3-24, March/Apr. 1998.

WEBER, Max. **Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology**. Berkeley: University of California Press, 1978. p. 108.

WENDT, Alexander. **Social Theory of International Politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

WERNER, Richard A. **Princes of the Yen: Japan's Central Bankers and the Transformation of the Economy**. Armonk, N.Y. & London: M.E. Sharpe, 2003.

WOO-CUMINGS, Meredith. **The Developmental State**. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1999.

WOODWARD, Bob. **Maestro: Greenspan's Fed and the American Boom**. New York: Touchstone, 2001.



## **Comentários ao Texto *Social Money, Central Banking, Constitutive Rules of the International Monetary System***

Vincenzo Demetrio Florenzano\*

Inicialmente, apresentamos uma síntese das principais idéias do texto *Social Money, Central Banking and Constitutive Rules of the International Monetary System*, de autoria do professor Rodney Bruce Hall, para, ao final, adicionarmos nossos comentários. Sublinhamos que, na parte inicial, fizemos todo o possível para espelhar o mais fielmente possível as idéias do autor.

Hall parte da importante distinção elaborada por Searle (1995) entre “fato institucional” e “fato objetivo”. Fatos institucionais referem-se a fenômenos que se podem considerar observador-dependentes, enquanto fatos objetivos são relativos a fenômenos “brutos” (talvez pudéssemos dizer naturais), que se podem considerar observador-independentes. O teste para saber se um fenômeno se caracteriza como sendo observador-dependente ou observador-independente consiste em indagar se o fenômeno teria existido se não houvesse nenhum ser consciente para detectá-lo. Argumentando sobre a questão filosófica de saber se uma árvore caindo numa floresta deserta faz algum barulho (som) se não houver ninguém lá para ouvir, Hall afirma que resposta é negativa, ou seja, não há barulho porque o som (barulho) é um fenômeno observador-dependente. A árvore está objetivamente lá e, objetivamente, cai. Objetivamente, causa deslocamento do ar enquanto cai e esse som vai ser registrado (ouvido) por qualquer criatura sensível (consciente) que estiver nas imediações. Mas se nenhuma criatura

---

\* Procurador do Banco Central, graduado em Economia pela Universidade de São Paulo (1987) e em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1995), com doutorado em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (2003) e especialização em regulação do sistema financeiro pela George Washington University

consciente, cujos órgãos sensíveis sejam capazes de detectar o som, estiver nas imediações, não haverá som (barulho), porque o som (barulho) é um fenômeno observador-dependente, ou seja, que depende da consciência de um ser humano ou animal para existir.

No caso da Economia, Hall ressalta que os economistas lidam com uma plethora de fatos e procuram torná-los, de alguma forma, mensuráveis. Conceitos como Produto Interno Bruto (conhecido pela sigla PIB), Déficit em Conta de Capital, Taxas de Câmbio de Moedas, Taxa de Inflação e de Desemprego são considerados pelos economistas como fatos mensuráveis passíveis de análises quantitativas. Isso, contudo, não altera a natureza desses fatos, que continua sendo a de fatos institucionais. As análises quantitativas, que, segundo se acredita, mensuram fenômenos objetivos, em verdade, abordam fenômenos observador-dependentes. A aplicação da Matemática (que é em si criação humana) a fenômenos observador-dependentes não os torna fenômenos observador-independentes (objetivos). Para ilustrar, menciona-se o conceito de Déficit em Conta de Capital (*Capital Account Deficit*), que repousa sobre os conceitos observador-dependentes de déficit e de superávit.

Não obstante, Hall ressalta que, se apreendermos corretamente a natureza dos fatos no terreno social como fatos institucionais, podemos fazer assertivas objetivamente verdadeiras de comportamentos subjetivos, crenças e intenções, dentro de um universo social, e podemos ter uma ciência objetiva desse campo, que é ontologicamente subjetivo. Trata-se, então, de descortinar a estrutura lógica dos fatos institucionais e entender como difere da estrutura do fato “bruto” ou objetivo.

A Economia, como o Direito, cuida de fatos institucionais. O primeiro elemento estrutural de um fato institucional é que ele é constituído de intencionalidade coletiva.

Intencionalidade implica que os agentes se engajam em ações finalísticas tendo em vista seus desejos e suas crenças. O segundo elemento da estrutura lógica do fato institucional é a atribuição de função a um objeto, a uma pessoa ou a um grupo que não têm intrinsecamente tal função, mas a adquirem por designação. Isso envolve a designação coletiva de certo *status* a um objeto ou a uma pessoa, os quais apenas desempenham a função atribuída porque houve uma aceitação coletiva pela comunidade de que aquele objeto ou aquela pessoa possuem o *status* necessário.

Para a geração de “regras constitutivas” de instituições, é essencial atribuição coletiva de “status-função” que assumem a forma lógica segundo a qual “X” funciona como “Y” no contexto “C”, em que “X” identifica certas formas de um objeto, de uma pessoa ou de uma situação, e “Y” atribui um *status* especial a essa pessoa, a esse objeto ou a essa situação. O mais importante no tocante às regras constitutivas é o seu papel na constituição de significados. Essas regras constitutivas ajudam a criar significados socialmente compartilhados e convenções entre os agentes. A atribuição de status-função é essencial para a geração desses significados socialmente compartilhados entre sujeitos. Que pedaços de papel ou pequenos discos metálicos com estampas de políticos (nos Estados Unidos) ou monarcas (no Reino Unido) sejam intersubjetivamente reconhecidos como dinheiro (moeda) e possam refletir poder de compra real sobre bens e serviços é um resultado evidente da atribuição de status-função.

A atribuição de funções como “reserva de valor”, “meio de troca”, “unidade de conta” ou a “promessa” da sociedade para o detentor da moeda gera regras constitutivas da moeda e de seus usos. A idéia fundamental de Hall é que as regras constitutivas do sistema monetário dependem da atribuição de status-função.

A atribuição coletiva de status-função configura uma determinada ordem social, na medida em que cria uma deontologia, vale dizer, um sistema normativo inserido na esfera do “dever-ser”. A atribuição de status-função gera poderes deonticos que criam relações sociais de poder, expressadas por meio de direitos, deveres e obrigações.

Hall cita uma passagem de Searle (1995, p. 8), segundo o qual:

“Instituições humanas são acima de tudo habilitadoras porque criam poder [...] um tipo especial de poder [...] marcado por termos como direitos, deveres, obrigações, autorizações, permissões, competência, requerimentos e certificações. A tudo isso, denomino poderes deonticos.”

Nesse contexto, reconhece-se a importância da linguagem. A língua é a principal instituição social porque não é apenas uma ferramenta que permite descrever a realidade social e econômica, mas também constituinte dessa realidade. Podemos empregar a língua sem gerar instituições sociais, mas não podemos gerar instituições sociais sem empregar a linguagem, porque é imprescindível atribuir coletivamente status-função para gerar instituições e

fatos institucionais. Para que exista status-função, é preciso haver representação, e a linguagem é o meio de representação. Sem representação, não há status-função. Sem linguagem, não há representação, portanto não há status-função; sem status-função, não há deontologia institucional<sup>1</sup>, quer dizer, não há atribuição de direitos, de deveres e de obrigações. As relações de poder sociais e econômicas são constituídas por meio da criação de deontologias institucionais, pela representação de status-função mediante a linguagem e de mecanismos simbólicos construídos pela posse da língua.

O teste para identificar se um elemento “W” é uma instituição exige a satisfação de quatro requisitos:

- 1) É “W” definido por regras constitutivas?
- 2) Essas regras constitutivas determinam status-funções coletivamente reconhecidos e aceitas?
- 3) São esses status-funções desempenháveis somente se houver o reconhecimento e a aceitação coletiva, e não em virtude de características observador-independentes da situação por si mesma?
- 4) Esses status-funções carregam poderes deônticos reconhecidos e aceitos?

Segundo Hall, a moeda é claramente uma instituição, pois atende a todos esses requisitos. A moeda preenche a fórmula lógica de regra constitutiva do tipo: X conta como Y no contexto C. Nesse caso, temos a seguinte fórmula: “uma cédula de R\$50,00” (cinquenta reais, por exemplo) conta como “o indicado montante de poder aquisitivo” no contexto “de uma transação que requer pagamento em espécie”. O dinheiro oficial (real), ao qual é atribuído o status-função de pagamento, é coletivamente reconhecido e aceito como meio legal de quitação de débitos. Uma cédula monetária, como a nota de R\$50,00 (cinquenta reais), no nosso exemplo, é intrínseca e materialmente apenas um pedaço de papel sem valor, até adquirir poderes deônticos em virtude de uma atribuição coletiva de *status*, passando, então, a desempenhar as funções clássicas da moeda, isto é, “reserva de valor”, “meio de troca”, “unidade de conta” ou “promessa” da sociedade para o detentor da moeda. Portanto, a moeda é uma instituição criada

---

1/ A deontologia se insere no campo do “dever ser”. Pelo que pudemos compreender, ao se referir a deontologia institucional, o autor está se referindo ao dever ser institucional ou a uma forma de valoração coletiva das instituições.

por poderes deônticos de outras instituições. A moeda é criada, exogenamente, pelos bancos centrais, atuando como agentes do Estado, e, endogenamente, pelas instituições financeiras por meio da concessão de crédito.

O que não deve passar despercebido, segundo Hall, é que essas funções, atribuídas à moeda como intrínsecas a ela na teoria monetária ortodoxa da moeda como *commodity*, são descritas aqui como poderes deônticos resultantes da concepção da moeda como instituição social. O autor chama, pois, atenção para essa importante distinção entre a concepção da moeda como produto ou mercadoria (*commodity*) da teoria monetária ortodoxa, na qual essas funções clássicas são atribuídas à moeda como intrínsecas a ela, e a teoria que concebe a moeda como instituição.

Após apresentar a moeda como instituição e sua criação como fato institucional, Hall vai tratar dos poderes deônticos dos bancos centrais. Nessa linha, passa a analisar as principais funções (status-funções na sua terminologia) dos bancos centrais.

Segundo Hall, os poderes dos bancos centrais são poderes deônticos que assumem a forma de direitos, deveres, obrigações, autorizações, permissões, competência, requerimentos e certificações. Tais poderes, que não deixam de ser poderes sociais e econômicos, resultam da atribuição coletiva aos bancos centrais de status-funções.

O principal poder dos bancos centrais é o de emitir moeda de curso forçado. O poder de emitir moeda, por outro lado, confere aos bancos centrais a responsabilidade pelo controle da oferta de moeda na economia. Por sua vez, o controle sobre a oferta de moeda e de crédito permite aos bancos centrais influenciar as taxas de juros praticadas na economia. Na condução desse processo, os bancos centrais podem criar ou destruir moeda e podem também financiar gastos do governo. Esse processo é chamado de monetização da dívida pública. Essa monetização da dívida pública pode ser feita, por exemplo, com a compra pelos bancos centrais de títulos da dívida pública<sup>2</sup>. Comprando títulos da dívida pública, os bancos centrais podem aumentar a oferta de moeda e reduzir as taxas de juros e, vice-versa, podem reduzir a oferta de moeda e, assim, induzir

---

2/ No caso do Brasil, a monetização da dívida pública sofre a restrição prevista no parágrafo primeiro do art. 164 da Constituição Federal, segundo o qual é vedado ao Banco Central conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional.

aumentos das taxas de juros, vendendo títulos públicos no mercado. Desponta, nesse aspecto, o poder deôntico, verdadeiro poder-dever, dos bancos centrais de guardião da moeda, de garantidor ou fiador da promessa do Estado, ao detentor da moeda, de preservação do poder de compra desta.

Outras funções importantes, que derivam do status-função de emissor da moeda, é a de banqueiro dos bancos ou prestador de última instância e a de estabilizador do sistema financeiro. A atribuição desses status-funções proporciona aos bancos centrais não apenas o poder deôntico de criar e destruir moeda, mas também o poder discricionário, na qualidade de autoridade monetária, de distribuir ou socializar os riscos do sistema financeiro<sup>3</sup>. Essa condição de autoridade monetária confere, ainda, aos bancos centrais o poder de controlar as taxas de câmbio, aqui também distribuindo os riscos da atividade econômica por meio da fixação do poder de compra da moeda nacional frente às demais moedas. Outro poder deôntico dos bancos centrais destacado por Hall é o de direcionar crédito para atividades consideradas vitais ou estratégicas para o crescimento e/ou desenvolvimento econômico<sup>4</sup>.

Hall conclui o seu texto enfatizando que a vida social é mediada por fatos institucionais que são gerados por regras constitutivas. Grande parte do comportamento social e econômico é ordenada pelo sistema normativo, portanto regulado por normas de conduta estabelecidas pela construção de instituições. Sem a necessária compreensão de que o sistema monetário é parte do mundo institucional, não podemos compreender a moeda como fato institucional, constituído por relações sociais de débito oriundo de promessa; não podemos compreender o poder deôntico da moeda e do crédito, ou dos bancos centrais, criados pelos governos para honrar a promessa que a moeda constitui; e não podemos ter uma adequada consideração das deontologias que emprestam aos bancos centrais seu poder social e econômico de criar e destruir moeda, determinar o seu valor interno e externo, criar liquidez e socializar riscos, converter dívidas públicas e privadas em dinheiro, alocar o crédito para estruturar a economia nacional ou superalocar crédito, gerando inflação destrutiva e/ou bolhas financeiras.

---

3/ Os episódios recentes de ajuda por parte dos bancos centrais a instituições financeiras em todo o mundo representam uma demonstração prática disso.

4/ No Brasil, poderíamos mencionar os casos da Resolução nº 2.852, de 2001, que direciona crédito para o financiamento da atividade rural, e da Resolução nº 3.005, de 2001, a qual direciona crédito para o financiamento da atividade imobiliária.

Essa abordagem institucional nos permite ler as regras como base de sustentação de uma ordem; permite-nos ver o corrente movimento em direção à independência dos bancos centrais como tentativa de sustentar essa ordem (dos sistemas financeiros) pela atribuição, aos bancos centrais independentes, do status-função de manutenção de uma âncora nominal, que, por sua vez, serve de regra constitutiva do sistema monetário internacional na seguinte forma: “a âncora nominal” conta como “estabilidade monetária internacional” no contexto de “um sistema monetário internacional”, caracterizado pela presença simultânea de moeda fiduciária, de mobilidade de capital e de taxas de câmbio flutuantes, bem como de um emergente mecanismo necessário de governança financeira global.

Feita essa síntese das principais idéias do texto de Hall, passamos aos nossos comentários, iniciando com a reflexão de que as teorias e os conceitos são bons quando ajudam a compreender e a explicar a realidade. Nesse sentido, as construções de Hall parecem clarear e, portanto, favorecer a compreensão dos fenômenos.

Para ilustrar, podemos mencionar que essa nova concepção de instituição e de fato institucional exposta por Hall, com fundamento nas lições de Searle, ajuda, por exemplo, a compreender por que, neste momento de crise aguda, os bancos centrais não estão conseguindo aumentar a oferta de crédito, ou seja, da moeda crédito.

Os bancos centrais estão aumentando a emissão de moeda, reduzindo as taxas de juros, reduzindo os depósitos compulsórios que os bancos comerciais são obrigados a manter junto à autoridade monetária, no entanto, ainda assim, o que se está observando é um descompasso entre as medidas adotadas pelos bancos centrais e a oferta de crédito (da moeda crédito).

Em tempos de normalidade, os bancos centrais têm poderes (poder deontico na terminologia de Hall) para influenciar a oferta de crédito (moeda crédito). Neste momento, contudo, esses poderes mostram-se enfraquecidos.

Importante registrar que a exposição de Hall deixa claro que o crédito é moeda. Portanto, na terminologia de Hall, o crédito é instituição, e a criação de crédito é fato institucional. O crédito é moeda criada endogenamente pelo sistema financeiro, ou seja, pelos credores, notadamente pelas instituições que concedem crédito.

Essa nova concepção de instituição e de fato institucional exposta por Hall ajuda, por exemplo, a compreender por que, neste momento de crise aguda, os bancos

centrais não estão conseguindo aumentar a oferta de crédito, ou seja, da moeda crédito. A explicação, de acordo com essa teoria, é que o poder deontico dos bancos centrais de regular a oferta de moeda, neste momento de crise generalizada de confiança, ficou gravemente abalado. A deontologia (dever-ser) resultante do status-função atribuído ao banco central pela sociedade, mediante um ordenamento jurídico, é superada pela deontologia criada pelas forças do mercado, ou seja, pela racionalidade dos agentes. Nesse caso, um fato institucional (poder do mercado de destruir a moeda crédito) se estabelece como superior a outro fato institucional (poder deontico do banco central de criar a moeda crédito).

Melhore explicando, a criação da moeda crédito, fato institucional na terminologia de Hall, depende, como visto, do status-função coletivamente atribuído aos bancos centrais, que, por sua vez, depende da aceitação coletiva, da qual deriva o poder deontico. Ocorre que, neste momento de crise aguda, a confiança (aceitação coletiva) encontra-se abalada. Em outras palavras, em vez de aceitação, credibilidade, confiança, há uma enorme desconfiança generalizada. Os agentes econômicos, neste momento, desconfiam uns dos outros.

A título de exemplo, basta dizer que, em tempos de normalidade, os bancos emprestam dinheiro uns aos outros, com absoluta naturalidade, no chamado mercado interbancário. Mas, mesmo esse fato, que até pouco tempo atrás era corriqueiro no dia-a-dia dos bancos em qualquer país do mundo, neste momento, tornou-se um fato dramático. Neste momento, se um banco vai a outro pedir dinheiro emprestado, inexoravelmente, vai ser visto com desconfiança. A pergunta que, inevitavelmente, vai pairar é: Será que esse banco está em dificuldade?

O mesmo raciocínio vai valer para qualquer outro agente econômico que se dirigir a uma instituição financeira para pedir dinheiro emprestado. Neste momento, todo aquele que pede crédito é visto com desconfiança pelos demais agentes econômicos, porque, nesta altura, todos são potenciais candidatos à insolvência. Cada qual é visto pelos demais como alguém que pode estar “quebrando”, preste a pedir falência. Conseqüentemente, todos vão assumir uma postura defensiva. Ninguém vai querer se expor concedendo crédito aos outros.

Essa conduta, assumida coletivamente por todos os agentes econômicos, leva a esse dramático desaparecimento do crédito, ou seja, da moeda crédito, que



estamos presenciando. Isso explica também o fato de que, por toda parte, os governos anunciam “pacotes” e mais “pacotes” de ajuda financeira, mas nada parece conseguir reverter essa situação.

O mesmo, de certa forma, verifica-se quanto à fixação das taxas de câmbio. Em tempos de normalidade, os bancos centrais são capazes de manejar os instrumentos de que dispõem (controle sobre a taxa de juros e oferta de moeda) para influenciar o equilíbrio e, portanto, o nível das taxas de câmbio. Segundo Hall, trata-se, aqui, de um poder deôntico *de facto* atribuído aos bancos centrais. Contudo, o que se vê, neste momento de crise aguda, é os bancos centrais em dificuldades para conter as oscilações das taxas de câmbio.

Nessa linha de raciocínio, Hall lembra o caso da Tailândia, que, em julho de 1987, em virtude de um ataque especulativo, viu-se obrigada, após esgotar suas reservas cambiais, a abandonar a defesa da sua moeda (*baht*), permitindo a livre flutuação do câmbio. No Brasil, vivenciamos essa mesma situação em dezembro de 1999, quando a crise financeira deflagrada na Rússia desencadeou um ataque especulativo contra o real. Na época, a taxa de câmbio (real por dólar) saltou da faixa de 1,20 para 1,90 em poucos dias, representando uma desvalorização do real de mais de 50%.

No atual contexto da globalização financeira, a grande maioria dos países, cujas moedas não são aceitas internacionalmente como meio de pagamento, fica exposta e vulnerável a esse tipo de ataque especulativo. Com isso, ficam terrivelmente penalizados sobretudo os chamados países em desenvolvimento, que são obrigados a manter níveis elevados de reservas cambiais em moedas fortes como o dólar e o euro para se protegerem desses ataques. O problema é que a manutenção dessas reservas cambiais implica enormes custos de oportunidade para esses países, na medida em que esses recursos deixam de ser aplicados em outras finalidades mais produtivas, que poderiam proporcionar maior retorno econômico.

Finalizando, temos que essa nova abordagem da moeda como instituição, da criação de moeda como fato institucional, das funções dos bancos centrais como poderes deônticos, constituídos por fatos institucionais e regras constitutivas, permite uma compreensão e, conseqüentemente, uma descrição mais acurada desses fenômenos. Sendo assim, penso que podemos concluir que essa abordagem representa uma evolução em relação à concepção da moeda como produto ou mercadoria (*commodity*) da teoria monetária ortodoxa, em que as

funções clássicas são atribuídas à moeda como intrínsecas a ela. Portanto, essa abordagem institucional da moeda nos ajuda a fazer um corte epistemológico na arquitetura normativa do sistema monetário, governado por uma lógica institucional e por práticas institucionais que respondem a fatos institucionais e a regras constitutivas.

Não se trata, pois, de descrever um conjunto de ações descoordenadas de agentes movidos apenas por uma racionalidade instrumental finalística (do tipo meio-fim), mas de compreender e de descrever realidades sociais mais complexas, compostas de fatos institucionais. Não basta, pois, uma simples “lógica instrumental”, sendo necessária, também, uma “lógica de adequação” para explicar o comportamento dos mercados e dos bancos centrais, tanto na esfera do sistema monetário nacional quanto do sistema monetário internacional, tendo em vista a necessidade de criação de um mecanismo emergente de governança financeira global.

## Referência

SEARLE, John R. **The Construction of Social Reality**. New York: The Free Press, 1995.

# As Recomendações Internacionais e a Atuação do Regulador Bancário Brasileiro na Prevenção à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo

Arício José Menezes Fortes\*

1 Introdução. 2 As convenções da Organização das Nações Unidas e a Resolução nº 1.373 do seu Conselho de Segurança. 3 A Convenção Interamericana contra o Terrorismo. 4 O Grupo de Ação Financeira contra Lavagem de Dinheiro e suas recomendações. 5 As normas editadas pelo regulador bancário brasileiro para prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e as Recomendações do Grupo Ação Financeira contra Lavagem de Dinheiro. 6 Conclusão.

## Resumo

O presente artigo tem por finalidade apresentar as obrigações assumidas pelo Brasil, em decorrência das convenções internacionais que ratificou e promulgou, com relação à adoção de normas de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Além disso, explica resumidamente as Recomendações do Grupo de Ação Financeira contra Lavagem de Dinheiro (Gafi) e comenta a atuação do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil na adoção de regras que imponham seu cumprimento pelas instituições financeiras bancárias.

---

\* Procurador do Banco Central, exerce a função de Subprocurador-Geral desde outubro de 2000. É graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Sergipe, especialista em Economia Moderna pela Universidade Federal da Bahia, perito jurídico do Grupo de Ação Financeira contra Lavagem de Dinheiro (Gafi), representante do Banco Central perante a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla) e integrante das delegações brasileiras junto ao Gafi e ao Grupo de Ação Financeira da América do Sul (Gafisud).

**Palavras-chave:** Lavagem de Dinheiro. Financiamento do Terrorismo. Convenções das Nações Unidas. Recomendações do Gafi. Conselho Monetário Nacional. Banco Central do Brasil.

### *Abstract*

*This paper aims at presenting the obligations adopted by Brazil in accordance with international conventions related to money laundering and terrorist financing. It also comments the Recommendations of Financial Action Task Force (FATF) and the regulations issued by the National Monetary Council and the Central Bank of Brazil to ensure the implementation of such Recommendations by banks and other financial institutions.*

**Keywords:** *Money Laundering. Terrorism Financing. UN Conventions. FATF Recommendations. National Monetary Council. Central Bank of Brazil.*

*Reputational risk arises from operational failures, failure to comply with relevant laws and regulations, or other sources. Reputational risk is particularly damaging for banks since the nature of their business requires maintaining the confidence of depositors, creditors and the general marketplace (BCBS, 1997, p. 21-23).<sup>1</sup>*

## **1 Introdução**

Dentre as diversas atribuições conferidas ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central do Brasil pela legislação vigente, avulta a função de regulador da atuação das instituições financeiras.

Com este artigo, pretendo oferecer uma visão geral a respeito das

---

1/ É importante assinalar que a nova edição dos *Basel Core Principles*, de 2006, não repete o texto citado.

recomendações internacionais que devem ser adotadas no Brasil, por força das convenções internacionais relativas ao combate ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, à criminalidade organizada, à corrupção e à supressão do financiamento do terrorismo, com vistas a prevenir a utilização do sistema financeiro bancário para a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo.

Na seqüência, tecerei comentários sobre as normas já editadas visando à prevenção da lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo no sistema bancário brasileiro, bem como comentarei a necessidade de se suprirem omissões regulatórias ainda existentes.

Sendo esta publicação destinada a profissionais e estudiosos do Direito, creio ser dispensável tecer considerações de ordem genérica a respeito da lavagem de dinheiro e da inserção das convenções internacionais no sistema jurídico nacional, em especial pelo reduzido espaço disponível, limitado pelas regras editoriais desta revista.

## 2 As convenções da Organização das Nações Unidas e a Resolução nº 1.373 do seu Conselho de Segurança

O Brasil é signatário das três convenções da Organização das Nações Unidas (ONU) que estabelecem a necessidade de que os Estados Partes adotem medidas para privar as pessoas dedicadas a atividades criminosas do produto de suas práticas ilícitas: a **Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas**<sup>2</sup>, (chamada Convenção de Viena), de 1988, a **Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional**<sup>3</sup>, (a Convenção de Palermo), de 2000, e a **Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção**<sup>4</sup> (a Convenção de Mérida), de 2003.

A elaboração desses atos internacionais demonstra substancial evolução nas obrigações impostas aos países signatários das convenções: enquanto a Convenção

---

2/ Aprovada em 20 de dezembro de 1988 e promulgada pelo Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991.

3/ Aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 15 de novembro de 2000 e promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.

4/ Aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e promulgada pelo Decreto nº 5.687 de 31 de janeiro de 2006.

de Viena previa apenas a criminalização da lavagem de produto de crime, conforme as condutas descritas no seu art. 3, 1, b, e c, “i” e “iv”<sup>5</sup>, as duas convenções seguintes foram muito mais efetivas, pois, além de reforçarem a necessidade de se criminalizar a lavagem de dinheiro, passaram a prever, também, a necessidade de que fossem implementadas medidas para a sua prevenção e seu combate.

Assim é que a Convenção de Palermo dispõe em seu art. 7 sobre a necessidade de se instituir um regime interno de regulamentação e controle dos bancos e das instituições financeiras não-bancárias, bem como de outras organizações suscetíveis de serem utilizadas para a lavagem de dinheiro, “a fim de prevenir e detectar qualquer forma de lavagem de dinheiro, sendo nesse regime enfatizados os requisitos relativos à identificação do cliente, ao registro das operações e à denúncia de operações suspeitas”<sup>6</sup> (ONU, 2000).

---

5/ “Artigo 3 – Delitos e Sanções

1. Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente: *[reclusão, intencionalmente]\**:

[...]

b)

[...]

i) a conversão ou a transferência de bens, com conhecimento de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no inciso a) deste parágrafo, ou da prática do delito ou delitos em questão, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito ou delitos em questão, para fugir das conseqüências jurídicas de seus atos;

ii) a ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão;

c) de acordo com seus princípios constitucionais e com os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico;

i) a aquisição, posse ou utilização de bens, tendo conhecimento, no momento em que os recebe, de que tais bens procedem de algum ou alguns delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de ato de participação no delito ou delitos em questão;

[...]

iv) a participação em qualquer dos delitos mencionados neste Artigo, a associação e a confabulação para cometê-los, a tentativa de cometê-los e a assistência, a incitação, a facilitação ou o assessoramento para a prática do delito.”

\* No Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991 (conforme a publicação do **Diário Oficial da União** de 27 de junho de 1991, à pág. 12.419), consta a expressão “internacionalmente”, que, a par de não ser a expressão correta, “intencionalmente”, que consta nos textos da convenção encontrados no sítio das Nações Unidas na internet (nas línguas em que se considera o texto igualmente autêntico), não guarda conexão lógica com a obrigação assumida pelo País de criminalização da lavagem de dinheiro no seu direito nacional.

6/ “Artigo 7 – Medidas para combater a lavagem de dinheiro

1. Cada Estado Parte:

a) Instituirá um regime interno completo de regulamentação e controle dos bancos e instituições financeiras não bancárias e, quando se justifique, de outros organismos especialmente susceptíveis de ser utilizados para a lavagem de dinheiro, dentro dos limites da sua competência, a fim de prevenir e detectar qualquer forma de lavagem de dinheiro, sendo nesse regime enfatizados os requisitos relativos à identificação do cliente, ao registro das operações e à denúncia de operações suspeitas;

b) Garantirá, sem prejuízo da aplicação dos Artigos 18 e 27 da presente Convenção, que as autoridades responsáveis pela administração, regulamentação, detecção e repressão e outras autoridades responsáveis pelo combate à lavagem de dinheiro (incluindo, quando tal esteja previsto no seu direito interno, as autoridades judiciais), tenham a capacidade de cooperar e trocar informações em âmbito nacional e internacional, em conformidade com as condições prescritas no direito interno, e, para esse fim, considerará a possibilidade de criar um serviço de informação financeira que funcione como centro nacional de coleta, análise e difusão de informação relativa a eventuais atividades de lavagem de dinheiro.

Ressalte-se que esse art. 7 da Convenção de Palermo, em seu parágrafo 3, recomenda que os Estados Partes “são instados a utilizar como orientação as iniciativas pertinentes tomadas pelas organizações regionais, inter-regionais e multilaterais para combater a lavagem de dinheiro.” (ONU, 2000).<sup>7</sup>

Apesar de pequenas divergências na redação, disposição similar consta do parágrafo 4 do art. 14<sup>8</sup> da Convenção de Mérida (ONU, 2003). Ressalto que a tradução dessa Convenção, conforme promulgado pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, merece diversos reparos, dentre os quais pelo uso das expressões “**regimento**” (“Ao estabelecer um regimento interno de regulamentação e supervisão[...]”), em vez de “**regime**”, e “**efetivo**” (art. 14, § 2º: “[...]vigiar o movimento transfronteiriço de efetivo e de títulos negociáveis”), em vez de “**numerário**” ou “**dinheiro em espécie**”.

Não obstante tais inadequações vocabulares, está claro que essas duas convenções recomendam enfaticamente que as orientações oriundas das organizações internacionais de combate à lavagem de dinheiro sejam utilizadas na elaboração das normas legais e infralegais pelos Estados Partes.

O governo brasileiro também ratificou a **Convenção das Nações Unidas para a Supressão do Financiamento do Terrorismo**, que foi promulgada pelo Decreto nº 5.640, de 26 de dezembro de 2005. Note-se que, a par da adoção de medidas voltadas à identificação, à detecção e ao congelamento ou ao confisco de fundos empregados ou alocados para fins de cometimento de delitos previstos nessa convenção (conforme o seu art. 8, § 1), os Estados Partes se obrigaram a adaptar sua legislação com o fito de obstar e neutralizar preparativos de cometimento de ilícitos, prevendo a convenção, no art. 18, § 1, *b*, a necessidade de adoção de

Medidas exigindo que instituições financeiras e outros profissionais envolvidos em transações financeiras adotem as medidas mais eficazes

2. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de aplicar medidas viáveis para detectar e vigiar o movimento transfronteiriço de numerário e de títulos negociáveis, no respeito pelas garantias relativas à legítima utilização da informação e sem, por qualquer forma, restringir a circulação de capitais lícitos. Estas medidas poderão incluir a exigência de que os particulares e as entidades comerciais notifiquem as transferências transfronteiriças de quantias elevadas em numerário e títulos negociáveis.”

7/ “3. Ao instituírem, nos termos do presente Artigo, um regime interno de regulamentação e controle, e sem prejuízo do disposto em qualquer outro artigo da presente Convenção, todos os Estados Partes são instados a utilizar como orientação as iniciativas pertinentes tomadas pelas organizações regionais, inter-regionais e multilaterais para combater a lavagem de dinheiro.”

8/ “4. Ao estabelecer um regimento interno de regulamentação e supervisão de acordo com o presente Artigo, e sem prejuízo do disposto em qualquer outro Artigo da presente Convenção, recomenda-se aos Estados Partes que utilizem como guia as iniciativas pertinentes das organizações regionais, interregionais e multilaterais de luta contra a lavagem de dinheiro.”

disponíveis, com vistas a identificar seus clientes fixos ou eventuais, bem como clientes em cujo interesse contas sejam abertas, e a prestar especial atenção a transações incomuns ou suspeitas e informar sobre transações presumidamente oriundas de atividades criminosas (ONU, 1999),

além de outras medidas relativas à identificação do cliente, à obrigação de informar transações complexas e incomuns e à manutenção de registros de transações<sup>9/</sup>.

Pelo Decreto nº 3.976, de 18 de outubro de 2001, o Presidente da República determinou que todas as autoridades brasileiras ficassem obrigadas a dar cumprimento à Resolução nº 1.373 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, aprovado em 28 de setembro de 2001, que, dentre outras obrigações, impõe a necessidade de

congelar, sem demora, fundos e outros ativos financeiros ou recursos econômicos de pessoas que perpetram, ou intentam perpetrar, atos terroristas, ou participam em ou facilitam o cometimento desses atos.

### 3 A Convenção Interamericana contra o Terrorismo

O Decreto nº 5.639, de 26 de dezembro de 2005, promulgou a **Convenção Interamericana contra o Terrorismo** (OEA, 2005), que, de forma bem mais enfática que as convenções da ONU, determina, visando à prevenção, ao combate e à erradicação do financiamento do terrorismo, que os Estados Partes utilizem

como diretrizes as recomendações desenvolvidas por entidades regionais ou internacionais especializadas, em particular o Grupo de Ação Financeira (Gafi)

---

9/ Artigo 18

1. Os Estados Partes cooperarão na prevenção dos delitos previstos no Artigo 2 por meio da adoção de todas as medidas apropriadas, dentre as quais a adaptação de suas leis nacionais, se necessário, a fim de obstar e neutralizar preparativos, em seus respectivos territórios, para o cometimento daqueles delitos dentro ou fora de seus territórios, inclusive:

a) Medidas para coibir, em seus territórios, a prática de atividades ilegais por pessoas ou organizações que sabidamente encorajem, instiguem, organizem ou envolvam-se no cometimento dos delitos previstos no Artigo 2;

b) Medidas exigindo que instituições financeiras e outros profissionais envolvidos em transações financeiras adotem as medidas mais eficazes disponíveis, com vistas a identificar seus clientes fixos ou eventuais, bem como clientes em cujo interesse contas sejam abertas, e a prestar especial atenção a transações incomuns ou suspeitas e informar sobre transações presumidamente oriundas de atividades criminosas. Para tanto, os Estados Partes considerarão:

i) A adoção de regulamentações que proíbam a abertura de contas cujos titulares ou beneficiários não sejam identificados ou identificáveis, bem como medidas para assegurar que essas instituições confirmem a identidade dos verdadeiros titulares dessas transações;



e, quando for cabível, a Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (Cicad), o Grupo de Ação Financeira do Caribe (Gafic) e o Grupo de Ação Financeira da América do Sul (Gafisud) (OEA, 2005, art. 4, § 2).

## 4 O Grupo de Ação Financeira contra Lavagem de Dinheiro e suas recomendações

O Grupo de Ação Financeira contra Lavagem de Dinheiro (Gafi) é um organismo internacional cujo propósito é o desenvolvimento e a promoção de políticas, em níveis nacionais e internacionais, para combater a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo. Instituído pela Reunião de Cúpula do então G-7 que ocorreu em Paris em 1989, contava inicialmente com dezesseis países; atualmente, o Gafi é integrado por 34 membros plenos (entre países, territórios e organizações internacionais<sup>10</sup>), dois países observadores<sup>11</sup>, cinco membros associados<sup>12</sup> e 23 organismos e organizações observadores<sup>13</sup>.

ii) No que se refere à identificação de pessoas jurídicas, exigir que as instituições financeiras, quando necessário, adotem medidas para confirmar a existência jurídica e a estrutura do cliente obtendo, junto a um cartório, ao cliente ou a ambos, comprovação de constituição, inclusive informações no que se refere a nome do cliente, forma jurídica, endereço, diretores e disposições que regulamentam a autoridade para estabelecer obrigações legais para a referida pessoa jurídica;

iii) A adoção de regulamentações que imponham às instituições financeiras a obrigação de informar prontamente às autoridades competentes quaisquer transações de grande porte complexas e incomuns, bem como padrões incomuns de transação, sem propósito econômico aparente ou propósito legal óbvio, sem medo de assumir responsabilidade criminal ou civil pela violação de qualquer sigilo no que se refere à revelação de informações, se as suspeitas forem informadas de boa-fé;

iv) Exigindo que as instituições financeiras mantenham todos os registros necessários de transações tanto domésticas quanto internacionais referentes aos últimos cinco anos.

2. Os Estados Partes cooperarão, ainda, na prevenção dos delitos previstos no Artigo 2, considerando a adoção de:

a) Medidas de supervisão como, por exemplo, o licenciamento de todas as agências que prestam serviços de remessas financeiras;

b) Medidas viáveis para detectar o transporte físico transfronteiriço de moeda e de instrumentos ao portador negociáveis, sujeitos a salvaguardas rígidas para assegurar o emprego adequado de informações, sem obstruir, de qualquer forma, a liberdade de movimentações de capital.<sup>7</sup>

10/ África do Sul, Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Cingapura, Comissão Européia, Conselho de Cooperação do Golfo, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos da América, Federação Russa, Finlândia, França, Grécia, Hong Kong (China), Irlanda, Islândia, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Noruega, Nova Zelândia, Portugal, Reino dos Países Baixos, Reino Unido, Suécia, Suíça e Turquia.

11/ Coreia do Sul e Índia.

12/ Grupo Ásia/Pacífico contra Lavagem de Dinheiro (*The Asia/Pacific Group on Money Laundering – APG*), Grupo de Ação Financeira do Caribe (*Caribbean Financial Action Task Force – CFATF*), Comitê de Peritos em Avaliação de Medidas contra Lavagem de Dinheiro e Financiamento do Terrorismo do Conselho da Europa (*The Council of Europe Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures and the Financing of Terrorism – MoneyVal*), Grupo de Ação Financeira da América do Sul (Gafisud) e Grupo de Ação Financeira do Oriente Médio e da África do Norte (*Middle East and North Africa Financial Action Task Force – MENAFATF*).

13/ Grupo da Eurásia (*Eurasian Group – EAG*), Grupo Antilavagem de Dinheiro da África Oriental e Austral (*Eastern and Southern Africa Anti-Money Laundering Group – ESAAMLG*), Grupo Intergovernamental de Ação contra Lavagem de

Em seu escopo de funcionar como formador de políticas, com o intuito de gerar a necessária vontade política para introduzir nas legislações nacionais reformas legais e regulatórias nas áreas de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, o Gafi divulgou, em abril de 1990, as **40 Recomendações**<sup>14</sup>, que compreendem amplo plano de ação voltado para a prevenção e o combate à lavagem de dinheiro.

Essas Recomendações foram inicialmente revisadas em 1996, para incorporar novas tendências no combate à lavagem de dinheiro e para antecipar potenciais ameaças futuras. Mais recentemente, essas Recomendações foram amplamente revisadas em junho de 2003, sendo que, em outubro de 2004, foram feitas poucas emendas.

Em outubro de 2001, na seqüência do atentado terrorista contra o *World Trade Center* e da já mencionada Resolução nº 1.373 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, o Gafi divulgou as **8 Recomendações Especiais**, com padrões atinentes à prevenção e ao combate ao financiamento do terrorismo. Essas Recomendações Especiais foram acrescidas, em outubro de 2004, por uma **nona recomendação**, contemplando o transporte internacional de dinheiro em espécie, aperfeiçoando, assim, ainda mais os padrões internacionais relativos ao assunto.

A versão revisada das **40 Recomendações** (GAFI, 2003) agora se aplica não apenas à lavagem de dinheiro, como também ao financiamento do terrorismo e, conjugada com as **9 Recomendações Especiais** (GAFI, 2004a) constitui uma gama de medidas completa e consistente para a prevenção e o combate a essas práticas.

---

Dinheiro da África (*Groupe Inter-gouvernemental d'Action contre le Blanchiment en Afrique* – Giaba), Banco Africano de Desenvolvimento, Banco Asiático de Desenvolvimento, Comitê de Supervisão Bancária de Basileia (*Basel Committee on Banking Supervision* – BCBS), Secretariado da Commonwealth, Grupo de Egmont de Unidades de Inteligência Financeira, Banco Europeu para a Reconstrução e o Desenvolvimento, Banco Central Europeu, Escritório da Polícia Europeia (Europol), Banco Interamericano de Desenvolvimento, Associação Internacional dos Supervisores de Seguros (Iais), Fundo Monetário Internacional (FMI), Organização Internacional das Comissões de Valores Mobiliários (Iosco), Organização de Polícia Criminal Internacional (Interpol), Comitê Interamericano Contra o Terrorismo da Organização dos Estados Americanos (OEA/CICTE), Comissão Interamericano de Controle do Abuso de Drogas (OEA/Cicad), Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE), Grupo de Supervisores Bancários de Países Offshore (Offshore Group of Banking Supervisors – OGBS), Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime – UNODC), Comitê Antiterrorismo do Comitê de Segurança das Nações Unidas, Banco Mundial e Organização Internacional de Alfândegas (WCO).

14/ As **40 Recomendações** foram editadas na língua inglesa e na francesa (que são as línguas de trabalho do Gafi). No sítio do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) na internet existe tradução em português de Portugal. Utilizei neste artigo a versão inglesa, na maior parte das vezes, e a francesa quando necessário para tornar o texto mais compreensível. Em face de razões de inadequação de terminologia (como, por exemplo, pelo uso da expressão “branqueamento de capitais”, e não “lavagem de dinheiro”) e também por não se encontrar atualizada, não utilizei a versão portuguesa.

Convém lembrar, ainda, que o Gafi divulga também **Notas Interpretativas** sobre várias das **40+9 Recomendações** e editou, ainda, em fevereiro de 2004, a **Metodologia para Avaliação do Cumprimento das Recomendações** (GAFI, 2004b), documento que também foi revisado recentemente, em outubro de 2008.

As **40 Recomendações** (GAFI, 2003) encontram-se divididas em tópicos, relacionados a seguir:

- A. **Sistemas Jurídicos:** compreendendo o âmbito de aplicação do crime de lavagem de dinheiro (Recomendações 1 e 2) e a necessidade de adoção de medidas restritivas e de confisco de bens derivados de atividade criminosa (Recomendação 3);
- B. **Medidas a serem tomadas pelas instituições financeiras e pelas atividades e profissões não financeiras para evitar a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo**, que, dada sua relevância, são divididas por temas, um geral, determinando que as regras de sigilo bancário não obstem a aplicação das recomendações (Recomendação 4); e cinco específicos:
  - B.1. **Relativas ao dever de vigilância relativo à clientela** – *customer due diligence* (CDD)
    - Recomendação 5: prevê a não manutenção de contas anônimas nem contas sob nomes fictícios;
    - Recomendação 6: aconselha sobre a necessidade de especial atenção a Pessoas Politicamente Expostas – *politically exposed persons* (PEP);
    - Recomendação 7: determina especial atenção ao relacionamento transfronteiriço com bancos correspondentes e outras relações semelhantes;
    - Recomendação 8: prevê especial atenção às ameaças de lavagem de dinheiro introduzidas por novas tecnologias;
    - Recomendação 9: fixa requisitos para contratação de terceiros como intermediários financeiros para a realização de parte dos serviços relativos ao CDD ou para captar negócios;
    - Recomendação 10: dispõe sobre a conservação de documentos e registros;
    - Recomendação 11: trata da análise especial de operações complexas, de montantes elevados não usuais e de padrões não usuais de transações;
    - Recomendação 12: aborda o cumprimento pelas atividades e profissões não financeiras das Recomendações 5, 6 e 8 a 11;

**B.2. Relativas à declaração de operações suspeitas e ao cumprimento das normas:**

- Recomendação 13: estabelece que as instituições financeiras devem comunicar imediatamente à unidade de inteligência financeira qualquer suspeita de que fundos provêm de uma atividade criminosa ou que estão relacionados com o financiamento do terrorismo;
- Recomendação 14: aborda a proteção legal a instituições financeiras, seus dirigentes e empregados contra responsabilidade criminal ou civil quando declararem suas suspeitas à unidade de inteligência financeira, bem como a proibição de informar ao cliente que foi feita declaração de operação suspeita;
- Recomendação 15: trata da necessidade de que as instituições financeiras adotem programas internos de prevenção e combate à lavagem de dinheiro;
- Recomendação 16: dispõe acerca do cumprimento das Recomendações 13 a 15 e 21 pelas atividades e profissões não financeiras nela listadas.

**B.3. Outras medidas preventivas à lavagem de capitais e ao financiamento do terrorismo:**

- Recomendação 17: dispõe sobre a existência de sanções eficazes, proporcionais e dissuasórias contra aqueles que não cumpram as obrigações de prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo;
- Recomendação 18: discorre acerca da não autorização para existência de bancos de fachada (*shell banks*) ou para a manutenção de relações com tal tipo de instituições de outros países;
- Recomendação 19: trata da adoção de sistema eletrônico pelo qual bancos e outras instituições financeiras informem à autoridade competente operações em espécie que ultrapassem determinado valor;
- Recomendação 20: dispõe sobre a aplicação das Recomendações às atividades e profissões não listadas na Recomendação 15 que ofereçam risco de lavagem de dinheiro ou de financiamento do terrorismo.

**B.4. Medidas a adotar com relação a países que não cumprem as Recomendações do Gafi ou que o fazem insuficientemente:**

- Recomendação 21: dispõe sobre medidas relacionadas com países que não cumpram as Recomendações do Gafi ou que o façam de modo insuficiente,

compreendendo a especial atenção às relações de negócio e às operações com pessoas físicas e jurídicas, inclusive instituições financeiras, que se localizem em países que não apliquem as recomendações;

- Recomendação 22: prevê que os princípios aplicáveis às instituições financeiras também devem ser aplicados às suas sucursais e filiais situadas no estrangeiro.

#### **B.5. Regulamentação e supervisão:**

- Recomendação 23: visa a assegurar que as instituições financeiras estejam sujeitas a regulamentação e supervisão adequadas e apliquem efetivamente as Recomendações do Gafí;
- Recomendação 24: determina que as atividades e as profissões listadas na Recomendação 15 também se sujeitem a medidas de regulamentação e de supervisão;
- Recomendação 25: dispõe sobre o estabelecimento de diretrizes e a promoção do retorno de informação (feedback) às instituições, de modo a permitir melhor aplicação das recomendações e aperfeiçoamento da detecção e da declaração de operações suspeitas.

#### **C. Medidas institucionais e outras, necessárias aos sistemas de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, também são divididas em dois blocos:**

##### **C.1. Autoridades competentes, suas atribuições e recursos:**

- Recomendação 26: compreende a criação de uma unidade de inteligência financeira como centro nacional destinado a receber, analisar e transmitir declarações de operações suspeitas e outras informações relativas à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo;
- Recomendação 27: prevê que as investigações sobre lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo sejam conduzidas por autoridades específicas, mediante o uso, inclusive, de técnicas especiais de investigação;
- Recomendação 28: dispõe sobre a possibilidade de as autoridades investigadoras obterem documentos e informações para prova;
- Recomendação 29: determina que as autoridades de supervisão detenham poderes necessários para assegurar o cumprimento das obrigações de prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo;

- Recomendação 30: prevê a necessidade de se dotarem as autoridades envolvidas na lavagem de dinheiro e no financiamento do terrorismo de recursos financeiros, humanos e técnicos adequados;
- Recomendação 31: dispõe sobre a existência de mecanismos eficazes de cooperação entre as autoridades internas, tanto aquelas de investigação e aplicação coercitiva da lei penal (polícia, ministério público, judiciário) quanto de supervisão (o poder de polícia administrativo);
- Recomendação 32: trata da necessidade da existência de mecanismos de avaliação da eficácia dos sistemas de prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo.

#### C.2. **Transparência das pessoas jurídicas e outras entidades sem personalidade jurídica (legal arrangements):**

- Recomendação 33: refere-se à adoção de medidas para impedir a utilização ilícita de pessoas jurídicas por parte de lavadores de dinheiro, em especial para assegurar a existência de informação adequada, precisa e atualizada sobre os beneficiários finais da propriedade e do controle das pessoas jurídicas;
- Recomendação 34: trata da adoção de medidas para impedir a utilização ilícita de entidades sem personalidade jurídica, como, por exemplo, os “express trusts”, principalmente buscando informações sobre seus fundadores, administradores e beneficiários.

D. **Cooperação Internacional:** Este tópico também dividido em temas, contando com uma recomendação de ordem geral, a Recomendação 35, que prevê a necessidade de que os países se tornem parte e apliquem integralmente as **Convenções de Viena, de Palermo e de Supressão do Financiamento do Terrorismo**, bem como ratifiquem e apliquem outras convenções internacionais relevantes, tais como a **Convenção do Conselho da Europa contra Lavagem de Dinheiro** e a **Convenção Interamericana contra o Terrorismo**, e mais cinco Recomendações específicas:

#### D.1. **Auxílio Jurídico Mútuo:**

- Recomendação 36: dispõe sobre o mais amplo auxílio mútuo nas investigações e procedimentos de natureza criminal acerca de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo e procedimentos conexos;

- Recomendação 37: prevê que a cooperação ocorra mesmo na ausência da dupla incriminação;
- Recomendação 38: discorre sobre a necessidade de adoção de medidas rápidas em resposta a pedidos de outros países para identificar, congelar, apreender e declarar a perda de bens objeto de lavagem de dinheiro (inclusive das infrações antecedentes) ou de financiamento do terrorismo;
- Recomendação 39: cuida do reconhecimento da lavagem de dinheiro como crime suscetível de extradição.

#### **D.2. Outras formas de Cooperação:**

- Recomendação 40: trata de afirmar a necessidade de que os países assegurem que as suas autoridades proporcionem as mais amplas possibilidades de cooperação internacional às suas homólogas estrangeiras, em especial para assegurar a troca de informações sobre lavagem de dinheiro e sobre as infrações que lhe sejam subjacentes.

As **9 Recomendações Especiais** envolvem: I – a ratificação e aplicação dos instrumentos das Nações Unidas (em especial a Convenção para a Supressão do Financiamento do Terrorismo e a Resolução 1.373); II – a criminalização do financiamento do terrorismo e da lavagem de capitais a ele associado; III – o congelamento e a perda de bens associados ao terrorismo; IV – a comunicação à autoridade competente de operações suspeitas de financiamento do terrorismo; V – a cooperação internacional para auxílio mútuo e troca de informações relativas ao financiamento do terrorismo; VI – a adoção de medidas para que as pessoas físicas e jurídicas que transacionem com remessa de fundos (inclusive mediante redes e sistemas informais) sejam autorizadas pela autoridade competente e cumpram as Recomendações do Gafi, com apenação legal na hipótese de atuação irregular; VII – o controle adequado das transmissões eletrônicas de fundos, em especial com a identificação completa do remetente; VIII – a revisão de leis e regulamentações aplicáveis a entidades sujeitas a uso para o financiamento do terrorismo, em especial as organizações sem fins lucrativos; e IX – a adoção de medidas adequadas para a detecção do transporte físico transfronteiriço de dinheiro em espécie e de instrumentos financeiros ao portador, incluindo a necessidade de declarações, a possibilidade de bloqueio e retenção e a aplicação de penalidades eficazes.

Conforme mencionei anteriormente, além das Recomendações, o Gafi editou, em alguns casos, **Notas Interpretativas**, normalmente esclarecendo ou restringindo o âmbito de aplicação de uma determinada Recomendação, e a Metodologia para Avaliação do Cumprimento das Recomendações (GAFI, 2004b). Além disso, as Recomendações possuem também um **Glossário**, que define diversas expressões e siglas constantes do seu texto.

Para facilitar a compreensão da forma de utilizar as **Notas Interpretativas**, exemplifico por meio da Recomendação 9, que cuida dos requisitos para contratação de terceiros como intermediários financeiros para a realização de parte dos serviços relativos ao CDD ou para captar negócios, a Nota Interpretativa respectiva dispõe que “Esta Recomendação não se aplica à subcontratação nem ao mandato” e que “Esta Recomendação também não se aplica às relações, contas ou operações entre instituições financeiras, por conta dos seus clientes. Tais relações são reguladas pelas Recomendações 5 e 7.” (GAFI, 2003).

Por igual, a **Metodologia** possui **critérios essenciais** e **elementos adicionais** que devem ser levados em conta ao se analisar determinada Recomendação.

Como exemplo, ao tratar da Recomendação 22, que dispõe acerca da necessidade de que os princípios aplicáveis às instituições financeiras de um país também sejam aplicados às suas sucursais e filiais situadas no estrangeiro, os **critérios essenciais** pedem que:

- a) seja exigido das instituições financeiras que se assegurem de que suas sucursais e filiais observem medidas consistentes com as exigências do seu país sede, na medida do permitido pelas leis e regulamentos do país onde funcionam;
- b) que as instituições financeiras tenham especial atenção para que esse princípio seja observado pelas sucursais e pelas filiais situadas em países que não apliquem ou apliquem insuficientemente as Recomendações;
- c) que, quando os parâmetros mínimos de prevenção à lavagem de dinheiro forem diferentes daqueles do país sede da instituição e daqueles do país onde se localizam as sucursais e filiais, as instituições sejam instadas a aplicar os mais elevados parâmetros de prevenção; e
- d) que, quando uma sucursal ou filial não puder observar a norma apropriada de prevenção à lavagem de dinheiro, por conta de proibição



da legislação do país hospedeiro, a instituição financeira seja obrigada a informar tal situação ao supervisor bancário do país sede (GAFI, 2003).

Nos **elementos adicionais** relativos a essa Recomendação, consta que deve ser avaliado se as instituições financeiras que estão sujeitas aos Princípios Essenciais (BCBS, 1997)<sup>15</sup> estão obrigadas a aplicar medidas consistentes de prevenção à lavagem de dinheiro em todo o grupo financeiro, levando em conta as atividades dos seus clientes (e das eventuais sociedades controladas pelos clientes) nas várias filiais da instituição financeira mundo afora.

## **5 As normas editadas pelo regulador bancário brasileiro para prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e as Recomendações do Grupo de Ação Financeira contra Lavagem de Dinheiro**

Para uma análise mais voltada à atuação do Conselho Monetário Nacional (CMN) – mediante suas Resoluções – e do Banco Central do Brasil – com suas Circulares e Cartas-Circulares – na edição de normas reguladoras da prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo pelas instituições financeiras bancárias, tratarei apenas das Recomendações 5 a 11, 13 a 15, 17 a 19, 21, 22, 25 e 29.

Inicialmente, observo que, no meu entender, as Recomendações seguintes já se encontram atendidas, conforme o normativo que menciono; cabe esclarecer que o ponto de partida para esses comentários foi o relatório de auto-avaliação do Grupo de Trabalho de Simulação de Avaliação Mútua, constituído no âmbito da Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro (Encla), em 2006, coordenado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), que contou com a participação de representante do então Departamento de Combate a Ilícitos Financeiros e Supervisão de Câmbio e Capitais Internacionais (Decic), do Banco Central do Brasil; as atualizações, correções e comentários são de responsabilidade do autor:

---

15/ Estão sujeitas aos Princípios Fundamentais para uma Supervisão Bancária Eficaz (*Core Principles for Effective Banking Supervision – Basel Core Principles*) as instituições financeiras bancárias e, eventualmente, instituições financeiras não-bancárias que ofereçam serviços financeiros (conforme parágrafo 5 e nota de pé de página da edição de 1997 do CPEBS).

- a) Recomendação 6: a Circular nº 3.339, de 22 de dezembro de 2006, que “Dispõe acerca dos procedimentos a serem observados pelos bancos múltiplos, bancos comerciais, caixas econômicas, cooperativas de crédito e associações de poupança e empréstimo para o acompanhamento das **movimentações financeiras de pessoas politicamente expostas**” (grifo meu) é consistente e atende plenamente à Recomendação bem como aos critérios essenciais e ao elementos adicionais da Metodologia;
- b) Recomendação 8: a Resolução nº 2.817, de 22 de fevereiro de 2001, que “Dispõe sobre a abertura e a movimentação de contas de depósitos exclusivamente por meio eletrônico, bem como acerca da utilização desse instrumento de comunicação”, atende plenamente à Recomendação e aos critérios essenciais da Metodologia;
- c) Recomendação 9: a Resolução nº 2.025, de 1993, na redação dada pela Resolução nº 2.953, de 25 de abril de 2002, combinada com a Resolução nº 3.110, de 31 de julho de 2003, que “Altera e consolida as normas que dispõem sobre a contratação de correspondentes no País”, atendem à Recomendação e aos critérios essenciais;
- d) Recomendação 10: a Resolução nº 2.025, de 1993, supera as exigências de guarda documental prescritos na Recomendação quanto à abertura e à manutenção de contas bancárias; ademais, a Circular nº 2.852, de 3 de dezembro de 1998, que “Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados na prevenção e combate às atividades relacionadas com os crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3/3/1998”, também supera amplamente as exigências de guarda de documentos relativos a operações realizadas pelo clientes, já que prevê que a documentação pertinente fique preservada não só cinco anos após a realização da transação, mas também por cinco anos após o encerramento do relacionamento entre a instituição e o cliente;
- e) Recomendação 13: a Circular nº 2.852, de 1998, atende amplamente à Recomendação, aos critérios essenciais e aos elementos adicionais. Complementando esse atendimento, a Carta-Circular nº 2.826, de 4 de dezembro de 1998, que “Divulga relação de operações e situações que podem configurar indício de ocorrência os crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3/3/1998, e estabelece procedimentos para sua comunicação

- ao Banco Central do Brasil”, fornece às instituições financeiras ampla gama de operações e propostas de operação que devem ser comunicadas às autoridades competentes;
- f) Recomendação 14: a Circular nº 2.852, de 1998, repete disposição constante do § 2º do art. 11 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, relacionada com a não-responsabilização de instituições financeiras, seus controladores, dirigentes e empregados pela comunicação de operação suspeita realizada de boa-fé;
  - g) Recomendação 17: sanções efetivas, proporcionais e dissuasórias às instituições que falham no atendimento aos requisitos legais de prevenção e combate à lavagem de dinheiro constam de textos legais (a Lei nº 9.613, de 1998, e, num âmbito mais geral, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964), não havendo necessidade da edição de normativo complementar pelo CMN ou pelo Banco Central;
  - h) Recomendação 19: a Circular nº 2.852, de 1998 (pelo art. 4º, I), combinada com a Carta-Circular nº 3.098, de 11 de junho de 2006, que “Esclarece sobre o registro de depósitos e retiradas em espécie, bem como de pedidos de provisionamento para saques”, atendem inteiramente à Recomendação, a seu critério essencial e aos elementos adicionais;
  - i) Recomendação 25: a Circular nº 2.852, de 1998, atende amplamente à Recomendação e ao critério essencial da Metodologia;
  - j) Recomendação 29: o inciso IX do art. 10, combinado com o inciso VII do art. 11 e com o art. 44 da Lei nº 4.595, de 1964, bem como o § 1º do art. 2º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, possibilitam ao Banco Central do Brasil o exercício pleno das atividades de supervisão, com o que a Recomendação e os critérios essenciais da Metodologia estão totalmente atendidos. No âmbito interno do Banco Central, o Manual de Supervisão, com a redação dada pela Portaria nº 47.744, de 31 de outubro de 2008, fornece as orientações necessárias à atuação dos servidores que atuam na área de supervisão.

Quanto às seguintes Recomendações, alguns dos critérios essenciais ou dos elementos adicionais não estão contemplados nos normativos; são elas:

- a) Recomendação 5: a Resolução nº 2.025, de 24 de novembro de 1993, que “Altera e consolida as normas relativas à abertura, manutenção e movimentação de contas de depósitos”, atende amplamente à Recomendação e à maioria dos critérios essenciais; não obstante, apesar de os itens 3 e 4 da *alínea b* do inciso I do art. 1º dessa Resolução preverem a completa identificação do depositante pessoa jurídica, inclusive com documentação a respeito da forma de constituição e qualificação de representantes, mandatários ou prepostos autorizados a movimentar contas, inexistente regra específica que determine, para tais pessoas, que a instituição financeira busque identificar o seu **beneficiário final**<sup>16</sup> (critério essencial 5.5); a Circular nº 2.852, de 3 de dezembro de 1998, que “Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados na prevenção e combate às atividades relacionadas com os crimes previstos na Lei nº 9.613, de 03.03.1998”, atende às disposições relacionadas com a especial atenção a operações ou propostas de operação formuladas por clientes de risco, bem como com a necessidade de atualização periódica dos dados cadastrais. É conveniente observar que a vedação da existência de contas anônimas ou aplicações financeiras ao portador (atendendo assim o critério essencial 5.1) decorre da Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990;
- b) Recomendação 7: apesar de o **Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI)**, divulgado pela Circular nº 3.280, de 9 de março de 2005 (e modificações posteriores), atender parcialmente à Recomendação, não existe regra expressa a respeito da necessidade de a instituição financeira brasileira que mantenha relação com um correspondente bancário no exterior se certifique acerca da política de prevenção e combate à lavagem de dinheiro, informe-se a respeito dos controles internos e obtenha aprovação da sua superior administração quando do estabelecimento de relacionamento com um novo correspondente;

---

16/ A expressão **beneficiário final** (na versão inglesa “*beneficial owner*” e na francesa “*bénéficiaire effectif*”), que utilizei por entender mais compreensível, refere-se à pessoa física que, em última instância, é proprietária ou controla uma pessoa jurídica cliente e/ou a pessoa para quem uma transação está sendo efetuada. Também incorpora aquelas pessoas que exercem, em última instância, o controle efetivo sobre uma pessoa jurídica ou um arranjo jurídico (como os trusts, por exemplo).

- c) Recomendação 11: a Circular nº 2.852, de 1998, atende amplamente à Recomendação e a quase todos os critérios essenciais; não obstante, apesar da competência do Banco Central do Brasil de exigir das instituições financeiras toda a documentação de que necessite para o exercício de sua atividade de fiscalização, não há norma expressa para determinar às instituições financeiras a guarda dos documentos relativos às investigações que fazem internamente sobre operações suspeitas (critério 11.3);
- d) Recomendação 15: a Resolução nº 2.554, de 24 de setembro de 1998, que “Dispõe sobre a implantação e implementação de sistema de controles internos”, combinada com a Circular nº 2.852, de 1998, atendem à Recomendação e à maior parte dos critérios essenciais. Porém, não existe regra que determine que o encarregado, nas instituições financeiras, da verificação do cumprimento das regras de prevenção à lavagem de dinheiro, tenha acesso tempestivo à documentação relativa à política de “**conheça o seu cliente**”<sup>17</sup> e aos registros de operações; também inexistem normas determinando que as instituições financeiras implementem política de escrutínio severo das qualificações dos seus empregados (e dos candidatos a empregados), para se assegurar do seu nível ético. Por igual, não existe norma que garanta a observância do Elemento Adicional da Recomendação, o qual prevê que o encarregado da verificação do cumprimento das regras de prevenção à lavagem de dinheiro possa agir independentemente e se reportar à superior administração da instituição;
- e) Recomendação 18: apesar de a regulamentação bancária brasileira não permitir a existência de bancos de fachada (*shell banks*), com o que a Recomendação poderia ser tida como não aplicável ao Brasil, dois dos critérios essenciais da Metodologia não estão contemplados: que as instituições financeiras aqui sediadas não sejam autorizadas a manter relacionamentos com bancos de fachada; e que cuidem para que seus correspondentes em países estrangeiros não autorizem o uso de suas contas por bancos de fachada;

---

17/ *Know your customer* (KYC), expressão que, ao lado da *Customer Due Dilligence* (CDD), refere-se à necessidade de que a instituição financeira obtenha todas as informações possíveis sobre o cliente, sua atividade, renda, origem dos recursos etc.

- f) Recomendação 21: apesar das disposições da Circular nº 2.852, de 1998, relacionadas com o escrutínio de operações propostas por pessoas cujas características possam indicar que estejam envolvidas com ilícitos ou cujas condições não estejam claramente amparadas em conhecido fundamento econômico (*caput* do art. 2º da circular), não existe regra expressa determinando que as instituições financeiras prestem especial atenção às transações com pessoas oriundas de países que aplicam insuficientemente as **Recomendações do Gafi**.

No que se refere à Recomendação 22, entendo que não se encontram atendidos nem a Recomendação nem os critérios adicionais, pois não existe normativo que determine às instituições financeiras que se certifiquem da observação por parte de suas filiais e subsidiárias de medidas condizentes com as normas brasileiras de prevenção à lavagem de dinheiro; que imponha a necessidade de que as instituições financeiras reforcem suas políticas internas nas sucursais localizadas em países que não cumprem ou cumprem insuficientemente as Recomendações do Gafi; que inste às instituições que apliquem os parâmetros mais exigentes quando existir divergência entre os padrões brasileiros e aqueles do país onde localizada a filial; que obrigue as instituições financeiras a informar ao supervisor bancário brasileiro quando uma sua sucursal não puder aplicar as Recomendações do Gafi em virtude da legislação do país hospedeiro. Também não está atendido o Elemento Adicional, que prevê a necessidade de as instituições brasileiras estabelecerem medidas consistentes de prevenção à lavagem de dinheiro em todo o grupo financeiro, levando em conta as atividades dos seus clientes (e das eventuais sociedades controladas pelos clientes) nas várias filiais da instituição financeira mundo afora.

Quanto às **9 Recomendações Especiais**, cabe destacar apenas aquelas que estão relacionadas com a atuação do regulador bancário:

- a) Recomendação Especial IV: a Carta-Circular nº 3.342, de 2 de outubro de 2008, que “Dispõe sobre a comunicação de movimentações financeiras ligadas ao terrorismo e ao seu financiamento”, atende plenamente à Recomendação e a seu critério essencial;
- b) Recomendação Especial VII: a Circular nº 3.290, de 5 de setembro de 2005, que “Dispõe sobre a identificação e o registro de operações de depósitos

em cheque e de liquidação de cheques depositados em outra instituição financeira, bem como de emissões de instrumentos de transferência de recursos”, complementada pela Carta-Circular nº 3.260, de 29 de dezembro de 2006, que “Esclarece acerca de procedimentos relativos à Circular nº 3.290, de 2005, que dispõe sobre a identificação e o registro de operações de depósitos em cheque e de liquidação de cheques depositados em outra instituição financeira, bem como de emissões de instrumentos de transferência de recursos”; a Circular nº 3.335, de 14 de dezembro de 2006, que “Institui a Transferência Especial de Crédito, dispõe sobre sua liquidação interbancária e sobre a liquidação interbancária da Transferência Eletrônica Disponível e do Documento de Crédito, bem como sobre o momento do crédito dos recursos na conta do beneficiário”, e a Circular nº 3.424, de 12 de dezembro de 2008, que “Regulamenta a troca eletrônica de informações por meio da Rede do Sistema Financeiro Nacional (RSFN)”, e disposições complementares, atendem amplamente à Recomendação, às notas interpretativas e aos critérios essenciais na parte relativa às transferências domésticas; o RMCCI, divulgado pela Circular nº 3.280, de 2005, atende àqueles relativos às transferências internacionais.

## 6 Conclusão

Esses comentários permitem que se afirme que a atuação do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil na regulação pertinente à prevenção da lavagem de dinheiro é amplamente satisfatória, sendo periféricos os aperfeiçoamentos ainda necessários, os quais não afetam substancialmente a avaliação do Brasil como membro ativo do Gafi.

Entretanto, entendo ser pertinente que, cada vez mais, sejam adotadas medidas visando à conscientização das administrações das instituições financeiras a respeito da necessidade de obediência a todas as recomendações do Gafi, não obstante a eventual inexistência de obrigação legal, a fim de minimizar os riscos, não só aqueles decorrentes da atuação da autoridade supervisora, mas, principalmente, o risco reputacional, por ser a confiança o principal capital de qualquer instituição financeira e do sistema financeiro de um país.

A existência de regras claras de prevenção da lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo indica a maturidade de um sistema financeiro e seu entrosamento com o sistema financeiro internacional, sem o que a continuidade da inserção da economia nacional no mercado globalizado pode ser extremamente prejudicada.

## Referências

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION – BCBS. **Core Principles for Effective Banking Supervision (Basel Core Principles)**. Basileia, 1997, 46 p. Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/bcbs30a.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA CONTRA A LAVAGEM DE DINHEIRO – GAFI. **As Quarenta Recomendações**. Paris, 2003, 45 p. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/38/50/34030817.PDF>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **As Nove Recomendações Especiais**. Paris, 2004, 19 p. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **Methodology for Assessing Compliance with the FATF 40 Recommendations and the FATF 9 Special Recommendations**. Paris, 2004, 96 p. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/16/54/40339628.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. **Convenção Interamericana contra o Terrorismo**. Washington, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas**. Viena, 1988.

\_\_\_\_\_. **Convenção das Nações Unidas para a Supressão do Financiamento do Terrorismo**. 1999.

\_\_\_\_\_. **Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional**. Palermo, 2000.

\_\_\_\_\_. **Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção**. Mérida, 2003.



# Os Contornos Jurídicos das Medidas Cautelares Previstas no Artigo 9º da Lei nº 9.447, de 14 de Março de 1997

Lucas Alves Freire\*

1 Introdução. 2 Da tutela acautelatória: 2.1 Da tutela acautelatória no contexto da atividade processual desenvolvida pelo Estado; 2.2 Da tutela acautelatória prevista na Lei nº 9.447, de 1997. 3 Das dúvidas apresentadas pela área técnica da Autarquia quanto ao tema: 3.1 Da possibilidade de adoção da medida cautelar após o proferimento de decisão, em primeiro grau, no processo administrativo punitivo; 3.2 Da competência para decidir o processo administrativo em caso de adoção anterior de medida cautelar pela Diretoria Colegiada; 3.3 Da suposta necessidade de estabelecimento de contraditório prévio. 4 Breves comentários sobre as conclusões alcançadas pela área técnica do Banco Central do Brasil. 5 Conclusões

## Resumo

A Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, institui, em seu art. 9.º, a possibilidade de o Banco Central do Brasil adotar, no bojo de processos administrativos, medidas cautelares contra pessoas e instituições submetidas à sua fiscalização. Nesse contexto, este artigo busca analisar os principais contornos jurídicos dessas medidas, tendo como base de estudo consulta formulada à Procuradoria-Geral do Banco Central pela área técnica da autarquia. O texto tem por escopo, assim, responder de modo claro as dúvidas existentes acerca da utilização do instituto,

---

\* Procurador do Banco Central, graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

além de discutir diversos aspectos potencialmente controversos presentes na norma em exame, de modo a traçar uma orientação jurídica capaz de assegurar que o administrador público, quando venha a se valer da tutela acautelatória prevista na Lei nº 9.447, de 1997, atue dentro dos estreitos limites da legalidade.

**Palavras-chave:** Processo administrativo. Medidas cautelares. Supervisão. Sistema Financeiro Nacional.

### *Abstract*

*Through the article number 9 of the 9.447 Act, edited on March 14th, 1999, the Central Bank of Brazil was allowed to adopt, during any administrative procedures, prevention measures against any person or institution subject to its banking supervision. In this context, this article analyses the main legal aspects of those measures, having as a base for its studies a consultation submitted to the General Counsel's Office by the Bank's technical staff. Therefore, the main scope of the text is to answer, in a clear manner, the questions brought by the technical staff, as well as discuss the many potentially controversial themes related to the norm at hand, in order to trace a legal orientation regarding the use of the instrument that ensures that any public administrator will act according to the legal system when using the prevention measures foreseen by law.*

**Keywords:** *Administrative procedures, prevention measures, banking supervision, national financial system.*

## **1 Introdução**

Este artigo tem por escopo analisar consulta formulada pelo Departamento de Supervisão de Cooperativas e de Instituições Não-Bancárias (Desuc) à Procuradoria-Geral do Banco Central a respeito dos contornos jurídicos das medidas cautelares previstas no art. 9º da Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997 (BRASIL, 1997). Na ocasião, a unidade técnica em referência afirmou que o

interesse pelo tema originou-se da possibilidade de adoção de tais medidas na tutela das atividades exercidas por distribuidoras de títulos e valores mobiliários (DTVM), instituições autorizadas a funcionar por esta Autarquia.

Informou, ainda, que a tutela acautelatória em questão foi utilizada pelo Banco Central do Brasil em apenas uma oportunidade, na qual foi afastado cautelarmente administrador de instituição financeira enquanto perdurasse a apuração de suas responsabilidades em processo administrativo. Na hipótese, foi interposto recurso contra a decisão desta Autarquia ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN), na forma do § 1º do dispositivo legal mencionado. Assim, após manifestação do Procurador da Fazenda Nacional favorável à adoção da medida cautelar, o órgão colegiado julgou extinto o recurso por perda de objeto, em virtude da decretação da liquidação extrajudicial da instituição interessada, não sendo possível, por conseguinte, colher seu entendimento sobre o tema.

Após relatar o único precedente relacionado à matéria, a unidade técnica apresentou as conclusões que logrou atingir sobre os contornos jurídicos das medidas encartadas no art. 9º da Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997), as quais são as seguintes:

- a) o “processo administrativo” aludido no *caput* do artigo 9º da Lei nº 9.447/97 é o processo administrativo punitivo usualmente instaurado no âmbito desta Autarquia, aqui denominado, para fins convencionais, de “processo administrativo principal”;
- b) as medidas cautelares são adotadas por decisão da Diretoria Colegiada. Atos administrativos que são, sujeitam-se essas decisões, também, ao atendimento dos requisitos da finalidade, forma, motivo e objeto;
- c) as medidas cautelares devem ser propostas no bojo de autos processuais específicos, constituídos, no mínimo, com os documentos citados no MPAD 3-2-1. Nada impede a juntada aos autos de outros documentos, se úteis ou necessários para justificar a medida proposta. Para fins convencionais, o processo de que pode resultar a imposição de uma medida cautelar será aqui denominado de “processo administrativo cautelar”;
- d) o processo que deve ser concluído no prazo de 120 dias, referido no § 2º do artigo de lei citado acima, é o processo administrativo principal;
- e) se a decisão do processo administrativo principal, em primeira instância, for no sentido de inocentar o(s) acusado(s), por não restar

provada a ocorrência de irregularidade, a medida cautelar adotada no bojo do processo administrativo cautelar perderá a validade, devendo ser o fato imediatamente comunicado ao(s) administrado(s) atingidos pela medida cautelar, bem como ao CRSFN, se já houver recurso da decisão cautelar àquele colegiado;

f) a medida cautelar perderá eficácia nas seguintes ocasiões:

- data do término do prazo de 120 dias previsto no § 2º do art. 9º, sem que haja decisão, em primeiro grau, do processo administrativo principal;
- data da decisão absolutória, em primeiro grau, no processo administrativo principal, no caso de não restar provada a ocorrência de irregularidade (em se tratando de pessoa física ou jurídica), ou no caso de não restar demonstrada a existência de dolo ou culpa do administrado (em se tratando de pessoa física);
- data do acolhimento, pelo CRSFN, de recurso contra a decisão da Diretoria Colegiada que aplicou a medida cautelar, no caso de esse recurso ser julgado antes da decisão, em primeiro ou segundo grau, do processo administrativo principal;
- data do julgamento, pelo CRSFN, de recurso no processo administrativo principal, independentemente de ser a decisão do colegiado absolutória ou condenatória;

g) embora não haja previsão, na Lei nº 4.595/64, de pena equivalente às “restrições às atividades da instituição financeira”, estas podem ser impostas pela Diretoria Colegiada, por ato discricionário, respeitada a legislação aplicável (BCB, 2007).

O Desuc listou, ainda, os aspectos jurídicos sobre os quais não foi possível atingir conclusões definitivas, tendo-os dividido em três tópicos distintos. No primeiro, denominado “Possibilidade de instauração do ‘processo administrativo cautelar’ após a decisão, em primeiro grau, do ‘processo administrativo principal’”, foram enumerados os seguintes questionamentos:

- 1) a medida cautelar deve ser adotada sempre antes da decisão de primeiro grau do “processo administrativo principal”;
- 2) a medida cautelar pode ser adotada a qualquer tempo, após a instauração do “processo administrativo principal”, desde que esse processo principal não tenha sido objeto de decisão final do CRSFN;
- 3) se houver decisão em primeiro grau de “processo administrativo principal”, deve a fiscalização instaurar outro processo da espécie em caso

de falha grave, enfocando a(s) nova(s) ocorrência(s) da aludida falta grave, antes de aventar a proposição de medida cautelar (BCB, 2007).

Já no segundo tópico, intitulado “Competência para decidir o ‘processo administrativo principal’, no caso de anterior adoção de medida cautelar pela Diretoria Colegiada”, indagou a unidade técnica se, havendo decisão da Diretoria Colegiada no sentido de aplicar determinada medida cautelar, não seria razoável que a competência para decidir o ‘processo administrativo principal’ fosse avocada por essa mesma diretoria colegiada (BCB, 2007).

No terceiro tópico, nominado singelamente “Contraditório”, o Departamento de Prevenção a Ilícitos Financeiros e de Atendimento a Demandas de Informações do Sistema Financeiro (Decic) apresentou à Procuradoria-Geral do Banco Central dúvidas acerca da necessidade de instalação de contraditório prévio à adoção das medidas cautelares em apreço (BCB, 2007).

Em síntese, eis os principais temas levantados pela área técnica da autarquia a respeito da medida cautelar prevista no art. 9º da Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997).

## **2 Da tutela acautelatória**

Antes de adentrar o exame específico dos questionamentos formulados, vejo como imprescindível, dada a complexidade do tema, tecer algumas breves considerações sobre a tutela acautelatória no âmbito da atividade processual desenvolvida pelo Estado. Além disso, entendo ser importante lançar um primeiro olhar ao art. 9º da Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997).

### **2.1 Da tutela acautelatória no contexto da atividade processual desenvolvida pelo Estado**

Fato é que, em algumas situações, o longo período de tramitação processual pode ensejar variações irremediáveis nas pessoas, nas coisas e nas relações jurídicas que a atividade estatal busca tutelar, algo que, não raro, termina por inutilizar a solução final do processo. Desse modo, intuitivo é que a autoridade

competente, com vistas a resguardar a eficiência de seus próprios atos, deva ter à sua disposição instrumentos e mecanismos capazes de contornar os efeitos deletérios que a experiência inevitável do tempo acarreta sobre a efetividade da atuação processual.

No âmbito do processo civil, o instrumento posto à disposição do julgador e das partes litigantes é o processo cautelar, considerado pela doutrina como uma nova face da jurisdição, uma vez que contém, a um só tempo, as funções do processo de conhecimento e de execução, de sorte que resta por ter como característica principal a **prevenção**. Nesse sentido, esclarecedora é a lição de Humberto Theodoro Júnior (2004, p. 344): “Enquanto o processo principal (de cognição ou execução) busca a composição da lide, o processo cautelar contenta-se em outorgar situação provisória de segurança para os interesses dos litigantes”.

O processo cautelar possui, destarte, escopo acessório, uma vez que visa, tão-somente, a resguardar a efetividade do provimento judicial a ser alcançado no processo principal, evitando que a tutela jurisdicional final, em razão do tempo que se levará até que seja ela atingida, caia no vazio ou se transforme em ato inócuo e inútil. Corrobora essa assertiva Ronaldo Cunha Campos (1975, p. 184), que, em precisa lição, afirma o seguinte: “a função principal do processo cautelar tem por servir o interesse público na defesa do ‘instrumento’ criado pelo Estado para compor lides, isto é, a defesa do processo.”

Além do processo cautelar, em que, por meio do exercício do direito de ação por uma das partes envolvidas em determinado conflito, há a formação de verdadeira relação jurídico-processual, as medidas cautelares podem assumir, na sistemática processual civil, a forma de simples atos praticados, de ofício, pelo juiz competente, no bojo de determinado feito. Isso porque, em situações especiais, o interesse público que o Estado detém no processo pode encontrar-se na iminência de sofrer séria lesão, não sendo razoável que, nesses casos, a atividade do magistrado seja condicionada à atuação dos jurisdicionados. Atribui-se ao julgador, então, o dever-poder de tutelar o fato concreto, “adotando as medidas cautelares compatíveis, sem que tenha de aguardar a iniciativa ou a provocação da parte prejudicada” (THEODORO JÚNIOR, 1999, p. 104). Esse instrumento, denominado pela doutrina de “tutela acautelatória *ex officio*”, encontra guarida no art. 797 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), *verbis*: “Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.”

Sobre a distinção entre a tutela acautelatória *ex officio* e o processo cautelar, Humberto Theodoro Júnior (2003, p. 357) teceu os seguintes comentários:

A permissão, porém, de medidas cautelares de ofício encontra rigorosas limitações no direito positivo. O art. 797 só as admite “em casos excepcionais e desde que ‘expressamente autorizados por lei.’”

Esse poder nunca compreende o de abrir um verdadeiro processo cautelar; mas apenas consiste em tomar medidas cautelares avulsas, dentre outros processos já existentes, em situações adremente reguladas pela lei (grifo meu).

Na seara do processo penal, a tutela acautelatória tem escopo bastante semelhante àquele que possui no âmbito do processo civil. Com efeito, o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) prevê, em seu bojo, duas categorias distintas de provimentos acautelatórios, quais sejam, as medidas assecuratórias e as prisões cautelares. As primeiras, elencadas nos arts. 125 a 144, têm por finalidade assegurar a efetividade de provimento judicial que reconheça o dever de indenização oriundo da infração penal, evitando, assim, que o acusado se desfaça de seu patrimônio antes que o prejudicado possa ver reconhecida sua pretensão no juízo cível. Outrossim, garantem a efetividade da aplicação da pena de perdimento de bens e valores que constituam produto do crime (art. 91, II, *b*, do Código Penal), caso haja condenação do réu (BRASIL, 1940).

As prisões cautelares, por sua vez, assim como as demais medidas cautelares, têm por objetivo, no mais das vezes, assegurar a efetividade de um provimento jurisdicional, diferenciando-se apenas por serem instrumento específico de garantia do processo penal como atividade persecutória do Estado. Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 505-506), analisando a prisão preventiva (uma das espécies de prisão cautelar), bem ilustra essa afirmação, *verbis*:

Se a prisão em flagrante busca sua justificativa e fundamentação, primeiro na proteção do ofendido e, depois, na garantia da qualidade probatória, a prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade do processo.

A prisão preventiva, em razão de trazer como conseqüência a privação da

liberdade antes do trânsito em julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a **proteção da persecução penal, em todo o seu iter procedimental**, e, mais quando se mostrar a única maneira de se satisfazer tal necessidade (grifos meus).

De se ressaltar que as prisões preventivas, a par de terem o objetivo de resguardar a efetividade do processo penal, podem, em hipóteses específicas, ser utilizadas para tutelar, em caráter de urgência, outros bens e valores juridicamente protegidos. É o caso, e.g., das prisões decretadas para garantir a ordem pública e a ordem econômica (art. 312, *caput*, do CPP), nas quais a principal preocupação do julgador não estará centrada na eficácia, em sentido estrito, da persecução penal, mas em assegurar que a esfera jurídica de terceiros não venha a ser atingida por condutas ilícitas praticadas pelos indivíduos processados pelo Estado. Na espécie, poder-se-ia falar em garantia da eficácia do processo penal em sentido amplo, uma vez que, em última análise, a tutela acautelatória visará, também nesses casos, a alcançar os escopos sociais, jurídicos e políticos da jurisdição<sup>1</sup>.

Sobre o tema, cumpre esclarecer que Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 612) admite a utilização das medidas cautelares, no processo penal, para finalidade distinta da simples garantia de efetividade do provimento judicial final, consoante se vê a seguir: “Toda medida acautelatória penal deve ostentar caráter instrumental, isto é, deve estar conectada **com a proteção urgente de determinado bem jurídico** ou com a efetividade do processo penal em curso” (grifo meu).

Em tais casos, contudo, a hipótese fática a exigir a pronta atuação estatal deverá guardar íntima relação com o objeto do processo em curso, não sendo lícito que o magistrado adote a medida de urgência de modo absolutamente dissociado do contexto da persecução penal. Em outras palavras, a tutela cautelar, não obstante a maior amplitude de seu objetivo, permanecerá vinculada a uma atividade processual determinada, não perdendo, portanto, seu caráter instrumental.

Seguindo os contornos traçados pela ciência processual, pela civil e pela penal, o processo administrativo também não poderia deixar de contar com uma tutela específica para resguardar a efetividade de seus provimentos finais.

---

1/ Alexandre Freitas Câmara defende que o processo constitui o instrumento de que dispõe o Estado para alcançar os escopos da jurisdição, que seriam de três ordens: sociais, jurídicos e políticos. Para melhor compreensão do significado dos escopos da jurisdição, *vide* Câmara (2008, p. 78-81).



Nesse ponto, chamo a atenção para o fato de que a Administração Pública, no paradigma do Estado de Direito, tem no processo seu principal instrumento de atuação, sendo por meio dele que o Poder Público exprime sua vontade e intervém, legitimamente, na esfera jurídica dos administrados.

Caucionar a efetividade das decisões exaradas no curso dos processos administrativos significa, destarte, assegurar que a Administração Pública exercerá suas funções de modo eficiente e eficaz, evitando-se, desse modo, que o curso do tempo termine por retirar do provimento final qualquer utilidade prática. Sobre o tema, trago à baila o judicioso ensinamento de Shirlei Silmara de Freitas Mello (2003, p. 462):

A tutela acautelatória tem por elemento específico a prevenção, exercendo função auxiliar de garantia do processo. As medidas cautelares são cabíveis no processo administrativo para protegê-lo do perigo da demora natural da decisão final. A tutela acautelatória existe em razão do interesse público na defesa do instrumento criado pelo Estado para o exercício de suas funções – o processo. Se o suporte fático-jurídico da demanda corre o risco de mutações desfavoráveis ao direito, atua a tutela preventiva para conservar ou criar condições necessárias à concretização da vontade da lei.

Desse modo, vários são os diplomas legais a prever a possibilidade de o poder público adotar medidas cautelares no bojo de processos administrativos. A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (BRASIL, 1990), e.g., estabelece, em seu art. 147, que, no curso de processo administrativo disciplinar, poderá a autoridade competente determinar, “como medida cautelar”, o afastamento do servidor público do exercício do cargo a fim de evitar que ele influa nos trabalhos de investigação. Por sua vez, a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (BRASIL, 1994), ao tratar do rito de julgamento dos processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), estipula, em seu art. 52, o seguinte:

Art. 52. Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do Cade, **adotar medida preventiva**, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar dando ao mercado, lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo. (grifo meu).

Perceba-se que a norma reproduzida *ut supra* permite, assim como ocorre com as prisões preventivas, que a medida cautelar seja adotada pelo Cade no intuito de resguardar bens e valores não diretamente relacionados com a eficácia, em sentido estrito, da decisão final a ser emitida pelo conselho. Assim, vislumbrando que, da conduta do representado, possa resultar **dano ao mercado**, essa autarquia deverá se valer, no curso do processo administrativo, da tutela acautelatória ainda que não esteja em jogo a efetividade do julgamento definitivo do caso.

Já o Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966 (BRASIL, 1966), que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, prescreve, em seu art. 111, § 3º, que, instaurado processo administrativo contra resseguradores, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e entidades abertas de previdência complementar, poderá o órgão fiscalizador “considerada a gravidade da infração, cautelarmente, **determinar a essas empresas a substituição do prestador de serviços de auditoria independente**” (grifo meu).

A par das disposições constantes das legislações específicas, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (BRASIL, 1999), que regula, de modo geral, o processo administrativo no âmbito federal, prevê, em seu art. 45, que, “em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências **acauteladoras** sem a prévia manifestação do interessado” (grifo meu).

Imperativo anotar que, assim como ocorre nas sistemáticas processuais civil e penal, as medidas cautelares à disposição da Administração Pública, como atos instrumentais que são, **não podem ser adotadas isoladamente, sendo imprescindível que se vinculem diretamente a um processo administrativo específico**. De se ressaltar, no ponto, que tal premissa vale tanto para a tutela acautelatória que visa a resguardar a eficácia, em sentido estrito, do processo administrativo quanto para aquela que tem por escopo proteger, em caráter de urgência, determinado bem ou valor jurídico. Sobre o tema, esclarecedora parece-me a lição da doutrina portuguesa, que, ao comentar instituto semelhante presente na legislação lusitana (medidas provisórias), assim se pronunciou: “As medidas provisórias não podem consistir em actos isolados; são sempre ordenadas no âmbito de um procedimento, são actos situados, que não podem ser fins em si mesmos” (OLIVEIRA; COSTA E GONÇALVES; AMORIM, 2006, p. 403).

Vê-se, portanto, que, em todos os ramos do Direito em que se desenvolve a atividade processual, presente está a tutela acautelatória, instrumento

indispensável para assegurar a efetividade do processo (em sentido amplo ou estrito) em face dos tormentos inexoravelmente impostos pela, não raras vezes, longa duração dos feitos.

## 2.2 Da tutela acautelatória prevista na Lei nº 9.447, de 1997

No caso específico dos autos, está em discussão a tutela acautelatória prevista no art. 9º da Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997), dispositivo cujo teor vejo mister reproduzir:

Art. 9º Instaurado processo administrativo contra instituição financeira, seus administradores, membros de seus conselhos, a empresa de auditoria contábil ou o auditor contábil independente, o Banco Central do Brasil, por decisão da diretoria, considerando a gravidade da falta, poderá, cautelarmente:

I – determinar o afastamento dos indiciados da administração dos negócios da instituição, enquanto perdurar a apuração de suas responsabilidades;

II – impedir que os indiciados assumam quaisquer cargos de direção ou administração de instituições financeiras ou atuem como mandatários ou prepostos de diretores ou administradores;

III – impor restrições às atividades da instituição financeira;

IV – determinar à instituição financeira a substituição da empresa de auditoria contábil ou do auditor contábil independente.

§ 1º Das decisões do Banco Central do Brasil proferidas com base neste artigo caberá recurso, sem efeito suspensivo, para o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, no prazo de cinco dias.

§ 2º Não concluído o processo, no âmbito do Banco Central do Brasil, no prazo de 120 dias, a medida cautelar perderá sua eficácia.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se às demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

Após simples leitura do texto legal, pode o hermenauta afirmar, *prima facie*, que as medidas ali previstas têm por escopo assegurar a **efetividade de todos** os “processos administrativos” iniciados pelo Banco Central do Brasil para averiguar a conduta de pessoas, naturais e jurídicas, submetidas à sua fiscalização, sendo necessário, ainda, que, de tais processos, possa decorrer a aplicação de

sanções ou medidas desfavoráveis aos administrados. Essa posição foi defendida anteriormente pela Procuradoria-Geral do Banco Central, conforme se vê do excerto, extraído do Parecer Dejur-220/98 (BCB, 1998), abaixo reproduzido:

Na verdade, muito embora o conteúdo do art. 9º da Lei 9.447/97 esteja inserido, de forma um tanto assistêmica, em diploma legal que trata de regimes administrativos especiais – intervenção, liquidação extraordinária e administração especial temporária –, não há como negar, pela clareza da redação do *caput* do artigo, a sua aplicação a **todos** os processos administrativos instaurados pelo Banco Central contra as pessoas elencadas no *caput* da referida norma.<sup>2</sup> (grifo meu).

De se ressaltar, outrossim, que a lei condiciona a deflagração da atividade cautelar à existência de processo administrativo **instaurado**, afastando, assim, a possibilidade de adoção da cautela processual prévia ou preparatória. Além disso, parece-me claro que a tutela acautelatória deverá ter por precípua espócio a garantia da efetividade do provimento final a ser expedido em processo administrativo instaurado para apurar a prática de ilícito.

Entretanto, assim como ocorre nos processos de competência do Cade e em algumas espécies de prisão preventiva do processo penal, entendo que as medidas elencadas no reproduzido art. 9º poderão ser utilizadas para tutelar, em caráter de urgência, bens e valores que se encontrem na iminência de sofrer dano em razão da conduta praticada pelos interessados. É o que ocorrerá, por exemplo, nas hipóteses em que, depois instaurado processo administrativo contra determinada instituição financeira, venha-se a verificar que seus administradores insistem em atuar à margem da lei, pondo em risco a higidez do sistema e o patrimônio de terceiros que nele atuam. Em tais situações, penso que será lícito que a Diretoria Colegiada, à luz da gravidade da falta apurada, lance mão de uma das medidas cautelares, como a do inciso I do citado artigo, para evitar, cautelarmente, a ocorrência de violação de interesses protegidos pelo ordenamento jurídico. Veja-se que, nesses casos, a adoção da tutela acautelatória garantirá que a competência fiscalizatória da autarquia seja exercida com a efetividade que o interesse público requer.

---

2/ Da lavra de Nilton Dias, com despachos de João Correia de Magalhães e Ailton Cesar dos Santos.

Por conseguinte, sendo o processo administrativo um dos principais instrumentos de que dispõe o Banco Central do Brasil para exercer a fiscalização dos agentes que atuam no Sistema Financeiro Nacional, pode-se dizer que a tutela acautelatória prevista no art. 9º da Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997), ainda quando não utilizada para o fim específico de resguardar a utilidade da decisão final a ser emitida no feito, terá por escopo garantir que a atuação processual da autarquia seja desempenhada com a devida efetividade.

Mister salientar que, em qualquer caso (tutela da eficácia do processo em sentido estrito ou defesa, em caráter urgente, de bens ou valores juridicamente tutelados), deverá restar demonstrado que a adoção da medida cautelar tenha estreita relação com os fatos objeto de apuração no processo administrativo. Isso porque, como qualquer espécie de tutela acautelatória, as medidas elencadas no reproduzido art. 9º têm caráter meramente instrumental, não constituindo fins em si mesmas.

O § 2º do dispositivo fixa o prazo de 120 (cento e vinte) dias para que o Banco Central do Brasil conclua o procedimento instalado, sob pena de ineficácia da medida cautelar. A fixação do prazo tem por escopo evitar que medida desfavorável imposta ao administrado com base em juízo preliminar de cognição se perpetue por um período demasiadamente prolongado, situação que poderia render ensejo à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Assim, uma vez expedida a tutela acautelatória, terá o Banco Central do Brasil 120 (cento e vinte) dias para realizar a averiguação completa do suposto ilícito, bem como para concluir pela existência ou não de infração às normas que regem o Sistema Financeiro Nacional.

Além disso, o *caput* do artigo em tela atribui à Diretoria Colegiada a competência para, em face da **gravidade da falta**, decidir sobre a necessidade de adoção da medida cautelar. Cabe, desse modo, exclusivamente ao órgão de cúpula desta autarquia, com base em juízo discricionário<sup>3</sup> por ele exercido, definir, em cada caso concreto, se a conduta investigada se reveste de gravidade suficiente a ensejar a utilização da tutela acautelatória.

---

3/ Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que o exercício da competência discricionária também se faz presente nos casos em que o administrador público delimita, no caso concreto, o significado de conceitos jurídicos indeterminados, tal como “gravidade da falta”. Confira-se a lição do jurista: “Do que se expôs neste tópico resulta que a noção de discricionariedade não se adscree ao campo das opções administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência

Vê-se, ademais, que a medida cautelar deverá ser adotada por iniciativa própria da Diretoria Colegiada e independentemente da oitiva dos interessados, algo que, a meu ver, muito se aproxima do instituto da “tutela acautelatória *ex officio*”, instrumento previsto no âmbito do processo civil, conforme acima demonstrado.

Feitas essas observações, retomo o estudo da consulta que a área técnica do Banco Central do Brasil submeteu ao órgão jurídico da autarquia. Com o escopo de conferir sistematicidade ao trabalho, iniciarei pelo enfrentamento das dúvidas apresentadas pela unidade técnica, buscando solucionar, um a um, os questionamentos jurídicos submetidos à Procuradoria-Geral. Na seqüência, tecerei algumas considerações sobre os temas em relação aos quais o Desuc teria alcançado firmes conclusões.

### **3 Das dúvidas apresentadas pela área técnica da autarquia quanto ao tema**

#### **3.1 Da possibilidade de adoção da medida cautelar após o proferimento de decisão, em primeiro grau, no processo administrativo punitivo**

Quanto a esse tema, o Desuc, à época, entendeu que a Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997), parecia pressupor certa contemporaneidade entre o processo administrativo principal e o processo administrativo cautelar. Tal assertiva, no entender da área técnica, emergiria da análise conjunta de duas regras legais de observação obrigatória quando da adoção da tutela acautelatória em estudo, a saber:

A primeira: a medida cautelar só pode ser adotada após a instauração do “processo administrativo principal”. A outra, estabelecida no § 2º do art. 9º da referida lei, limita em 120 dias o prazo para conclusão do processo principal no âmbito do Banco Central, sob pena de perda de eficácia da medida cautelar (BCB, 2007).

---

e oportunidade – tema concernente ao mérito do ato administrativo. Certamente o compreende, mas não se cinge a ele, pois também envolve o tema da inteligência dos conceitos vagos. Resulta, pois, que são incorretos – por insuficientes – os conceitos de discricionariedade que a caracterizam unicamente em função do tema ‘mérito’ do ato administrativo, isto é, da conveniência e oportunidade do ato.” (MELLO, 2003, p. 28.)

Nesse passo, foi indagado, na oportunidade, se a data de instauração do processo administrativo principal e a data de adoção da medida cautelar podem distar uma da outra mais de 120 dias. Argüiu-se, outrossim, se a medida cautelar poderia ser adotada após a decisão em 1º grau do processo administrativo principal, ainda que decorrido mais de quatro meses de sua instauração.

*Prima facie*, cumpre-me deixar assentado que a tutela acautelatória prevista no art. 9º da Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997), por se assemelhar em muito à tutela acautelatória *ex officio* do processo civil, não dá causa à instalação de nova relação processual administrativa, tratando-se, em verdade, de mero ato praticado no bojo de um processo administrativo instaurado pelo Banco Central do Brasil. Assim sendo, não vejo como recomendável o uso da expressão “processo administrativo cautelar” para designar o instrumento. Nada impede, contudo, que, por razões práticas, se promova a autuação da medida em apartado, de modo a tornar possível que a unidade técnica competente dê curso regular ao processo enquanto a Diretoria Colegiada analisa a proposta de adoção da cautela.

Quanto à primeira indagação, entendo que a norma inculpada no § 2º do artigo em apreço tem por escopo, tão-somente, evitar que a medida cautelar adotada tenha vigência por prazo assaz prolongado sem que o Banco Central do Brasil realize, ao menos, uma cognição exauriente acerca dos fatos apurados. Assim, consoante *ut supra* assinalado, após a expedição do ato acautelatório, teria esta autarquia 120 (cento e vinte) dias para proferir decisão no processo administrativo, sob pena de a medida assecuratória perder sua vigência. Seria esse, destarte, o real alcance semântico da regra jurídica.

Não me parece, desse modo, que a lei tenha exigido que a medida cautelar fosse adotada apenas nos 120 (cento e vinte) dias posteriores à instauração do processo administrativo. Em verdade, a lei apenas fixou um marco temporal (data da adoção da medida cautelar) e determinou que, a partir de tal momento, teria o Banco Central do Brasil o prazo mencionado para dar cabo da sua atuação no processo. A meu juízo, portanto, a exegese do § 2º do diploma em comento realizada pela unidade técnica não guarda pertinência com o conteúdo textual do dispositivo, tampouco prestigia a finalidade perseguida pela norma, não podendo, portanto, figurar dentro da moldura legal de interpretações possíveis ao aplicador do Direito.

A segunda indagação exige uma reflexão mais detida. Com efeito, o *caput* do art. 9º da Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997), estabelece que **apenas** a Diretoria Colegiada do Banco Central do Brasil possui competência para adotar as medidas cautelares previstas em seus incisos I a IV. De outra banda, das decisões da autarquia em processos administrativos instaurados para apurar a prática de infrações, cabe, via de regra, recurso para o CRSFN<sup>4</sup>, órgão para o qual é devolvida a análise do feito.

Nesse contexto, uma vez que o Banco Central do Brasil tenha exaurido suas atribuições no processo e remetido os autos ao CRSFN (em razão da interposição de recurso pelo interessado ou de remessa de ofício, nos casos de arquivamento do feito), seria lícito que a Diretoria Colegiada adotasse a medida cautelar?

Com base na sistemática processual civil, a resposta à questão haveria de ser negativa. Isso porque vige, naquele ramo do Direito, regra segundo a qual uma vez que o processo tenha sido remetido ao órgão ad quem, a ele é devolvida a competência para decidir sobre a adoção de medidas cautelares. Nesse sentido, a norma do art. 800 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), *in verbis*:

Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal. Parágrafo único. **Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal** (grifo meu).

Nesses termos, inexistindo previsão legal expressa que defina a competência para análise de medidas cautelares no caso de processos administrativos submetidos à instância recursal, dir-se-ia que, por analogia, seria aplicável ao caso a regra acima transcrita. Assim, devolvida a matéria ao CRSFN, seria esse órgão, em princípio, o responsável por decidir acerca das medidas cautelares.

Contudo, importa lembrar, por oportuno, que a lei não conferiu expressamente ao CRSFN competência para adotar medidas cautelares, tendo-se restringido a prever, no § 5º de seu art. 9º, que ao órgão caberia julgar recursos interpostos contra “decisões do Banco Central do Brasil proferidas com base neste artigo”. Assim, em virtude do princípio da legalidade estrita, carece o

---

4/ Segundo disposição do art. 81 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995 (BRASIL, 1995).



colegiado de competência para expedir tutela acautelatória no bojo dos processos administrativos punitivos que lhes sejam submetidos.

Assentadas essas bases, vislumbro que a aplicação analógica do art. 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973) ao caso debatido teria, por um lado, a serventia de negar à Diretoria Colegiada a competência para adotar as medidas cautelares após o Banco Central do Brasil ter **encerrado sua atuação no processo**. De outro lado, em virtude do mencionado princípio da legalidade estrita, a referida técnica de integração não seria capaz de conferir ao CRSFN a atribuição de expedir a tutela acautelatória a partir do momento em que o processo lhe fosse devolvido.

Trocando em miúdos, a analogia com a sistemática processual civil levaria o hermeneuta a uma única possível conclusão, a saber: é vedado que a Administração Pública se valha das medidas cautelares estampadas no art. 9º da Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997), após o Banco Central do Brasil ter finalizado **sua atuação no processo**.

Não penso que seja essa a finalidade perseguida pela norma estudada no caso em questão. Defender tal posicionamento seria, a meu ver, interpretar de modo equivocado (se não teratológico) o comando legal, conferindo-lhe significado que só faria enfraquecer o instrumento por ele criado para resguardar a atividade processual desempenhada no âmbito da fiscalização do Sistema Financeiro Nacional. Assim sendo, pelas razões abaixo declinadas, vejo como descabida a aplicação analógica da sistemática processual civil ao caso em apreço.

Com efeito, a realidade normativa e operacional em que se insere o Poder Judiciário em muito difere daquela em que estão compreendidos os órgãos e entidades responsáveis pela fiscalização do Sistema Financeiro Nacional. Tal discrepância de realidades constitui fato, por si só, apto a desconstruir eventuais comparações que se busque realizar entre as atividades desempenhadas por esses dois braços do Estado brasileiro.

Na estrutura do Poder Judiciário, tanto os juízos de primeira instância quanto os tribunais (de segunda instância ou de instância extraordinária) são aptos a exercer, de modo pleno, a jurisdição, ressalvadas, por óbvio, as regras de competência encartadas na Constituição e na legislação infraconstitucional. A atividade jurisdicional desempenhada pelos órgãos hierarquicamente superiores é em tudo similar àquela praticada pelos juízos *a quo*, é dizer, em ambos os graus

de jurisdição, analisa-se conclusiva e definitivamente, por provocação, um dado caso concreto à luz do ordenamento jurídico vigente.

Dessa forma, sejam as medidas cautelares requeridas ao juízo de primeira instância, sejam elas pedidas diretamente ao tribunal, ter-se-á, sempre, o mesmo resultado prático, a saber: um órgão imbuído de jurisdição, integrado por agentes públicos preparados para dizer o Direito no caso concreto, realizará a análise conclusiva do pleito. Assim, pôde o legislador – por simples conveniência ou no intuito de conferir maior sistematicidade ao procedimento – optar por atribuir aos tribunais a competência para proferir a tutela acautelatória nas situações em que já haja recurso interposto<sup>5</sup>.

Já na seara da fiscalização do Sistema Financeiro Nacional, as atividades desempenhadas pelo Banco Central do Brasil em muito diferem daquelas a que está adstrito o CRSFN. Este constitui órgão colegiado, de natureza paritária, apto a analisar conclusivamente os recursos interpostos contra decisões proferidas por aquele em processos administrativos punitivos. Como instância julgadora, o conselho age sempre por provocação, sendo de se esperar que seus membros atuem com imparcialidade diante dos fatos que lhe são apresentados.

Ao Banco Central do Brasil, por sua vez, compete, entre outras atribuições, exercer, de modo preventivo e repressivo, a supervisão do Sistema Financeiro Nacional, garantido que os diversos agentes que o integram ajam segundo as normas e as diretrizes em vigor. Para bem exercer esse papel constitucional e legal, necessário é que a autarquia **aja de modo proativo**, mantendo-se constantemente atenta às operações realizadas no mercado e colhendo, de modo direto e indireto, informações acerca das atividades desempenhadas pelas instituições sujeitas a seu poder fiscalizatório.

A meu ver, foi por estar ciente dos diferentes papéis desempenhados pelo Banco Central do Brasil e pelo CRSFN, no âmbito da fiscalização do Sistema

---

5/ Na vigência da anterior redação do art. 800 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), Humberto Theodoro Júnior chegou a defender que as medidas cautelares deveriam, em regra, ser requeridas ao juízo de primeiro grau, ainda que o processo já houvesse sido devolvido ao tribunal competente. Confira-se:

“Disponha o art. 800, parágrafo único, em sua redação primitiva que, ‘nos casos urgentes, se a causa estiver no Tribunal, será competente (para a medida cautelar) o relator do recurso.’

Como se tratava de regra de exceção à norma geral, de que a ação cautelar compete ao juiz da causa, ou seja, ao juízo de primeiro grau de jurisdição, por onde corre ou deva correr o processo principal, entendíamos que se devia partir da própria ressalva contida no parágrafo único do art. 800, para concluir-se que só excepcionalmente, em casos de real urgência, quando à parte era mais prático dirigir-se ao relator do que ao juiz de primeiro grau, é que aquele se tornaria competente para apreciar a pretensão cautelar incidental. [...] Daí por que a competência seria do juiz de primeiro grau e não do Tribunal [...]” (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 370).

Financeiro Nacional, que o legislador ordinário viu-se obrigado a conferir **exclusivamente** a órgão integrante da autarquia (Diretoria Colegiada) a competência para decidir sobre a adoção de medidas cautelares no bojo de processos administrativos punitivos.

Ora, conforme acima exposto, em razão de sua específica missão institucional, o Banco Central do Brasil está apto a verificar, com base nas informações que colhe diariamente sobre as operações praticadas no mercado, se a adoção de medida cautelar prevista no art. 9º, *caput*, da Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997), faz-se ou não necessária em uma determinada situação concreta. O CRSFN, órgão que, por sua própria natureza, deve permanecer inerte até que provocado, não possui o perfil, tampouco a capacidade operacional necessária, para aferir, na realidade empírica, a presença dos elementos que dariam origem à expedição da tutela acautelatória.

Por tudo isso, nada mais lógico e consentâneo com a realidade normativa vigente do que conferir unicamente ao Banco Central do Brasil o dever-poder de prestar a tutela acautelatória nos processos administrativos por ele instaurados, ainda que se encontrem os feitos submetidos à análise do CRSFN. Nesses termos, mesmo que o recurso tenha devolvido ao órgão colegiado a análise de todos os temas discutidos, entendo que o exame acerca da oportunidade e da conveniência da adoção das medidas previstas no *caput* do art. 9º da Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997), permanece, por previsão legal e por respeito ao arcabouço normativo que rege a atividade de fiscalização do Sistema Financeiro Nacional, **a cargo da Diretoria Colegiada da autarquia**. Perceba-se, ademais, que, nessa hipótese, a autoridade recursal do CRSFN restaria inabalada, uma vez que da decisão da Diretoria caberia apelo ao órgão colegiado, consoante prevê expressamente o § 1º do muito mencionado dispositivo legal.

Posto isso, em razão dos argumentos acima expendidos, entendo ser lícito que o Banco Central do Brasil adote as medidas cautelares elencadas no art. 9º da Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997), mesmo após terem sido os autos remetidos ao CRSFN, para análise de recurso.

Assentadas essas bases, cumpre perquirir se a medida cautelar adotada após o proferimento da decisão do Banco Central do Brasil no processo administrativo teria sua vigência limitada a algum período pré-determinado de tempo.

Em primeiro lugar, o art. 9º da Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997), que autoriza o emprego da medida cautelar em tela, não estabelece o seu prazo de eficácia depois de encerrado o processo no âmbito do Banco Central do Brasil, mas apenas enquanto os autos têm curso nesta autarquia – 120 (cento e vinte) dias, de acordo com o § 2º do dispositivo mencionado.

Ademais, conforme acima argumentado, a fixação do prazo referido tem por escopo evitar que a tutela acautelatória tenha respaldo, por longos períodos, em simples juízo de cognição superficial, formulado antes do estabelecimento de contraditório pleno. Assim, a regra que determina a limitação temporal de vigência não poderia, a meu ver, ser transposta, por analogia, para as hipóteses em que já tenha havido decisão proferida, em primeiro grau, pelo Banco Central do Brasil. Isso porque, em tais casos, a autarquia já teria realizado cognição exauriente acerca dos fatos discutidos, bem como franqueado ao interessado o exercício do direito de defesa no processo administrativo.

Entendo, desse modo, que a medida cautelar adotada após a conclusão do processo administrativo no Banco Central do Brasil deve vigorar sem limitação temporal pré-determinada, apenas perdendo eficácia nos seguintes casos: a) provimento, pelo CRSFN, do recurso interposto contra a adoção da tutela acautelatória, nos termos do § 1º do dispositivo mencionado; ou b) julgamento, pelo CRSFN, de recurso interposto no processo administrativo contra decisão de primeiro grau do Banco Central do Brasil.

Cumpre-me salientar, por fim, que, tendo em vista a natureza instrumental da medida cautelar, não poderá ser ela adotada após decisão final no processo administrativo punitivo, momento a partir do qual se espera que o próprio julgado produza os efeitos que a tutela acautelatória provisoriamente protegeria. Assim, havendo sido proferido, pelo CRFSN, acórdão irrecurável na esfera administrativa ou não tendo sido interposto recurso contra *decisum* de primeiro grau expedido pelo Banco Central do Brasil, cessada estará a competência da Diretoria Colegiada para aplicar os remédios previstos no art. 9º do muito citado diploma legal.

### 3.2 Da competência para decidir o processo administrativo em caso de adoção anterior de medida cautelar pela Diretoria Colegiada

Consoante acima relatado, à área técnica do Banco Central do Brasil pareceu que, havendo decisão da Diretoria Colegiada no sentido de aplicar determinada medida cautelar, seria razoável que a competência para decidir o processo administrativo principal fosse avocada por essa mesma diretoria colegiada. A seu ver, caso não fosse o feito avocado, “haveria risco de uma decisão da Diretoria Colegiada ser anulada por servidores de menor hierarquia [...], em consequência de decisão absolutória tomada no ‘processo administrativo principal’”. (BCB, 2007).

Não vejo que a preocupação levantada encontre respaldo em sólidos argumentos jurídicos. Com efeito, a competência atribuída pela Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997), à Diretoria Colegiada é especial, porquanto torna possível a adoção de medidas desfavoráveis aos administrados antes mesmo da realização do contraditório nos processos administrativos punitivos. Assim, o legislador, reconhecendo se tratar de medida extrema e de grande repercussão, entendeu por bem permitir apenas ao órgão de cúpula do Banco Central do Brasil a aplicação da tutela acautelatória aos casos concretos. Buscou-se, com isso, garantir a razoável mitigação do princípio da presunção de inocência, bem como a observância da máxima constitucional da segurança jurídica.

Daí não decorre, contudo, que a Diretoria Colegiada deva decidir também o processo administrativo punitivo nos casos em que tiver, anteriormente, adotado uma das medidas elencadas no art. 9º da Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997). Isso porque, em tais situações, não se estará diante de decisão extrema, tomada com base em juízo perfunctório e de probabilidade, a exigir, a bem da segurança jurídica, a atuação do supremo órgão colegiado da autarquia. Nesses casos, as autoridades administrativas regimentalmente competentes (ou destinatárias de delegações) poderão legitimamente proferir julgamento nos feitos, apoiando suas decisões em juízos de certeza, obtidos após plena produção probatória.

Além disso, não haverá de se falar em afronta ao *decisum* da Diretoria Colegiada nas hipóteses em que a autoridade competente decida pela absolvição do interessado. Em casos tais, cada um dos órgãos do Banco Central do Brasil terá exercido competência distinta, balizada por elementos probatórios próprios, sendo as conclusões atingidas fundadas em diferentes graus de convicção (de um

lado, juízo de probabilidade, do outro, juízo de certeza). Lembre-se, outrossim, que a tutela acautelatória não se constitui em antecipação da decisão de mérito, mas, tão-somente, em instrumento, à disposição do Estado, que visa a garantir a efetividade desse *decisum*.

Por fim, vejo ir de encontro aos contornos legais da avocação a tese segundo a qual a Diretoria Colegiada deveria, nos casos em que tivesse decidido expedir a tutela acautelatória, chamar a si a competência para julgar o processo administrativo. Isso porque tal entendimento acabaria por fixar, no âmbito do Banco Central do Brasil, critério geral e perene para a adoção do instituto quando, nos termos do art. 15 da Lei nº 9.784, de 1999 (BRASIL, 1999), só pode ser ele utilizado de forma temporária, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados.

Posto isso, a meu sentir, não há razão de ordem jurídica a justificar a imperatividade de que a Diretoria Colegiada avoque a competência para julgar processos administrativos punitivos no quais tenha, em momento anterior, decidido pela adoção das medidas cautelares encartadas no art. 9º da Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997).

### 3.3 Da suposta necessidade de estabelecimento de contraditório prévio

Quando da formulação da consulta ora estudada, a área técnica da autarquia noticiou a existência de dúvidas acerca da necessidade de estabelecimento de procedimento contraditório previamente à adoção das medidas cautelares ora debatidas. Segundo relato à época produzido, havia o entendimento de que

embora não seja indispensável, o contraditório é desejável porque a medida cautelar consiste na imposição de restrição relevante, capaz de comprometer os resultados da instituição ou a continuidade da prestação de serviço a essa empresa (ou a outra empresa) por determinado gestor, empresa de auditoria contábil ou auditor contábil independente (BCB, 2007).

A meu ver, desnecessária se faz a observância de contraditório antes da expedição das medidas cautelares em questão pela Diretoria Colegiada. Em primeiro lugar, a Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997), que fixa, de modo amplo,

o procedimento a ser observado pelo Banco Central do Brasil em tais casos, não contém qualquer previsão expressa nesse sentido. Demais disso, como bem assinalou a unidade técnica, a Lei nº 9.784, de 1999 (BRASIL, 1999), diploma normativo a ser seguido na falta de regulamentação processual específica, dispõe, em seu art. 45, acima referido, que “em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências **acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado**” (grifo meu).

O arcabouço legal que legitima a adoção das medidas estabelecidas no art. 9º da Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997), permite, portanto, que o Banco Central do Brasil expeça a tutela acautelatória *inaudita altera parte* sempre que vislumbrar ser prejudicial à efetividade do processo administrativo punitivo a observância de contraditório prévio. Esclarecido o imbróglio em sede infraconstitucional, poder-se-ia questionar se tal realidade procedimental não violaria o princípio constitucional da ampla defesa.

Entendo que a resposta só pode ser negativa. Conforme *ut supra* esposado, a tutela acautelatória em exame muito se assemelha à medida cautelar *ex officio*, porquanto deve ser adotada diretamente pelo Poder Público no bojo de processo administrativo, sem necessidade de provocação da parte interessada. Nessa espécie de cautela processual, o contraditório não sofre pura e simples dispensa, restando, isto sim, postergado “no interesse superior da própria eficiência da tutela jurídica que o Estado realiza por meio do processo” (THEODORO JÚNIOR, 1999, p. 139). Confirma-se, a respeito, a lição de Shirlei Silmara de Freitas Mello (2003, p. 439):

Na concessão *ex officio* de tutela acautelatória, o contraditório é simplesmente postergado, pois a parte intervém posteriormente no processo com a interposição de recurso da medida concedida. Nessa oportunidade, o requerido poderá discutir todo o conteúdo da decisão concessiva. Isso porque ‘o contraditório jamais admite exceções. Nos casos de urgência, houve uma opção do legislador de facultar ao réu desenvolver a atividade processual plena após a concessão da medida, mas sempre antes que o provimento se torne definitivo.

Ora, fato é que, em determinados casos, a cientificação prévia do interessado acerca da adoção da tutela acautelatória pela Administração Pública poderia

comprometer irremediavelmente a eficácia da medida, tornando inócua e desprovida de finalidade a atuação processual estatal. Em outras hipóteses, a urgência na adoção do instrumento clama que o poder público aja de modo *incontinenti*, sob pena de inutilidade de posterior adoção do provimento cautelar.

Dada essa situação, o ordenamento normativo brasileiro, forte no postulado da concordância prática<sup>6</sup>, logrou conciliar dois interesses aparentemente antagônicos (de um lado, o interesse público na eficácia da atividade processual, de outro, o direito fundamental dos administrados à ampla defesa plena), garantindo que cada qual pudesse ter um mínimo de concretude na realidade jurídica.

Nessa esteira, a adoção da tutela acautelatória *ex officio e inaudita altera parte* pelo Estado é permitida, mas de modo limitado. Para que seja realizada legitimamente, deverão estar presentes, sempre, os seguintes pressupostos: a) justificada necessidade de expedição *incontinenti* da medida; e b) autorização legal expressa. Já o direito de ampla defesa é mitigado por meio da postergação do contraditório, conferindo-se ao interessado a prerrogativa de discutir amplamente o conteúdo da medida expedida pela Administração Pública apenas quando da interposição de recurso.

Vislumbro, destarte, que as normas legais que amparam a ação acautelatória do Banco Central do Brasil na situação em estudo – art. 9º da Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997), e art. 65 da Lei nº 9.784, de 1999 (BRASIL, 1999) – estão em perfeita consonância com os ditames constitucionais que lhe poderiam ser opostos. Assim, demonstrada, no caso concreto, a necessidade de postergação do contraditório, pode a Diretoria Colegiada legitimamente adotar, *inaudita altera parte*, as medidas estampadas no muito citado art. 9º.

---

6/ Sobre o postulado da concordância prática, valiosos são os seguintes ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet: “Intimamente ligado ao princípio da unidade da Constituição, que nele se concretiza, o princípio da harmonização ou da concordância prática consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum.” (MENDES; COELHO; GONET, 2007, p. 107-108)



## 4 Breves comentários sobre as conclusões alcançadas pela área técnica

Conforme afirmei anteriormente, a unidade técnica consulente informou à Procuradoria-Geral já haver construído algumas conclusões sobre as medidas cautelares objeto do presente estudo. Tais conclusões foram integralmente reproduzidas na introdução deste trabalho, tendo sido enumeradas em *alíneas*, de *a* a *g*. Como os temas tratados possuem cunho eminentemente jurídico, tecerei, abaixo, considerações breves a seu respeito.

Em relação à conclusão lançada na *alínea a* do tópico em referência, registro apenas a inadequação do uso do designativo “processo administrativo principal”, uma vez que não há instalação de nova relação processual administrativa quando da adoção das medidas cautelares em tela.

Assim, na ausência de duas relações processuais distintas, inexistente razão para se rotular de “processo administrativo principal” o processo administrativo aludido no *caput* do art. 9º da Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997).

Relativamente ao assunto tratado na *alínea b*, acrescento que, por possuírem a natureza jurídica de atos administrativos, as decisões da Diretoria Colegiada que concluírem pela adoção das medidas cautelares deverão ser expedidas em consonância com os princípios estampados no art. 37, *caput*, da Constituição da República, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Além disso, como atos administrativos, submetidos, portanto, ao regime jurídico administrativo, terão sua legitimidade estudada à luz de cinco elementos específicos, quais sejam: competência, motivo, objeto, forma e finalidade.

Verifico que a unidade técnica elencou, acertadamente, na *alínea f*, quatro hipóteses em que as medidas cautelares adotadas perderiam a eficácia. Em relação ao assunto, penso que se deixou de mencionar outra situação em que a tutela acautelatória deveria deixar de produzir efeitos. Trata-se daqueles casos em que da decisão desfavorável proferida pelo Banco Central do Brasil caiba recurso com efeito apenas devolutivo ao CRSFN<sup>7</sup>.

---

7/ A título de exemplo, trago à baila as disposições do art. 9º da Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001 (BRASIL, 2001), *verbis*: “Art. 9º A infração às normas legais e regulamentares que regem o sistema de pagamentos sujeita as câmaras e os

Nessas situações, o julgado da autarquia estará apto a emanar seus efeitos jurídicos a partir de sua prolação, podendo dispensar, portanto, a proteção da medida cautelar anteriormente adotada.

No que tange à afirmação lançada na *alínea g*, cumpre-me repetir, uma vez mais, que a tutela cautelar tem por objetivo garantir a eficácia de um provimento processual final (em sentido estrito ou amplo), não antecipá-lo. Assim, não há a necessidade de que as medidas previstas na Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997), tenham o mesmo conteúdo de sanções aplicáveis pelo Banco Central do Brasil às instituições submetidas a seu dever-poder de fiscalização. Em verdade, para que seja assegurada sua legitimidade, basta que a medida cautelar consista em instrumento capaz de resguardar a atividade processual desempenhada pela autarquia ou algum bem ou valor jurídico em necessidade de urgente proteção.

Assim, apesar de não estar elencada na Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (BRASIL, 1964), como espécie de sanção aplicável pelo Banco Central do Brasil, entendo que a medida “restrições às atividades da instituição financeira” pode ser lícitamente aplicada nos casos em que Diretoria Colegiada entendê-la imprescindível para a efetividade de processo administrativo punitivo.

Quanto às demais conclusões alcançadas, não penso que esteja a merecer reparos o entendimento externado pela área técnica, o qual apenas se soma aos argumentos lançados neste trabalho no sentido de afirmar a instrumentalidade da tutela acautelatória administrativa prevista no art. 9º da Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997).

---

prestadores de serviços de compensação e de liquidação, seus administradores e membros de conselhos fiscais, consultivos e assemelhados às penalidades previstas:

I – no art. 44 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, aplicáveis pelo Banco Central do Brasil;

II – no art. 11 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, aplicáveis pela Comissão de Valores Mobiliários.

Parágrafo único. Das decisões proferidas pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, com fundamento neste artigo, caberá recurso, sem efeito suspensivo, para o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, no prazo de quinze dias.” (grifos meus).

## 5 Conclusões

Por todo o exposto, entendo que as medidas cautelares previstas no art. 9º, *caput*, da Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997), como espécie de tutela acautelatória da atividade processual do Estado, têm caráter instrumental, sendo seu escopo precípua a garantia da efetividade, em sentido amplo ou estrito, de **todos** os processos administrativos instaurados pelo Banco Central do Brasil contra pessoas e instituições submetidas à sua fiscalização.

Além disso, por possuírem a natureza de tutela acautelatória *ex officio*, as medidas cautelares analisadas não dão causa à instauração de relação processual administrativa, sendo incorreto, portanto, conferir-lhes o rótulo de “processo administrativo cautelar”; entretanto, nada impede que, por motivos de ordem prática, sua autuação seja feita em apartado.

A mim não parece, outrossim, que a lei tenha exigido que a medida cautelar fosse adotada apenas nos 120 (cento e vinte) dias posteriores à instauração do processo administrativo. Essa exegese do § 2º do art. 9º da Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997), não guarda pertinência com o conteúdo textual do dispositivo, tampouco prestigia a finalidade perseguida pela norma, não podendo, portanto, figurar dentro da moldura legal de interpretações possíveis ao aplicador do Direito.

É possível concluir, ainda, que, em razão da peculiar realidade normativa em que se inserem o Banco Central do Brasil e o CRSFN, legítimo é que a Diretoria Colegiada decida pela adoção da tutela acautelatória, ainda que já tenham sido os autos submetidos ao órgão recursal.

Demais disso, entendo não haver razão de ordem jurídica a justificar a imperatividade de que a Diretoria Colegiada avoque a competência para julgar processos administrativos punitivos nos quais tenha, em momento anterior, decidido pela adoção das medidas cautelares elencadas no art. 9º da Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997).

Por fim, uma vez que as normas legais que amparam a ação acautelatória do Banco Central do Brasil na situação em estudo – art. 9º da Lei nº 9.447, de 1997 (BRASIL, 1997), e art. 65 da Lei nº 9.784, de 1999 (BRASIL, 1999) – estão em perfeita consonância com os ditames constitucionais, não há que se falar em violação ao princípio da ampla defesa nos casos em que a autarquia, justificadamente, expeça, *inaudita altera parte*, as medidas cautelares apreciadas.

## Referências

SILVA, Ovídio A. Batista da. **Curso de Processo Civil**. Processo Cautelar (Tutela de Urgência). 3. ed. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BANCO CENTRAL DO BRASIL – BCB. **Parecer Dejur nº 220/98**. Base de Dados do Banco Central do Brasil.

\_\_\_\_\_. Departamento de Supervisão de Cooperativas e de Instituições Não-Bancárias (Desuc). **Parecer constante dos autos do Processo de Trabalho nº 0701378619**. Brasília, 2007. 7 p.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 16 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 16 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 16 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. **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.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 16 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 16 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 16 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras

providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 16 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995.** Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 16 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997.** Dispõe sobre a responsabilidade solidária de controladores de instituições submetidas aos regimes de que tratam a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, e o Decreto-Lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987; sobre a indisponibilidade de seus bens; sobre a responsabilização das empresas de auditoria contábil ou dos auditores contábeis independentes; sobre privatização de instituições cujas ações sejam desapropriadas, na forma do Decreto-Lei nº 2.321, de 1987, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 16 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 16 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001.** Dispõe sobre a atuação das câmaras e dos prestadores de serviços de compensação e de liquidação, no âmbito do sistema de pagamentos brasileiro, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 16 abr. 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** 18. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. Comentário. In: **Revista Brasileira de Direito Processual.** v. IV, p. 180-188, 1975.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionabilidade e Controle Jurisdicional.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. **Tutela Cautelar no Processo Administrativo.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, David Alves. **Prisão Provisória**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Mário Esteves de; COSTA E GONÇALVES, Pedro; AMORIM, João Pacheco de. **Código do Processo Administrativo Comentado**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 35. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. **Processo Cautelar**. São Paulo: Universitária de Direito, 1999.

# Aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao Sistema Contratual dos Consórcios: distinções necessárias

Lademir Gomes da Rocha\*

1 Introdução. 2 O desenvolvimento das normas que regulam o sistema de consórcios no Brasil. 3 A jurisprudência do STJ acerca da aplicação do CDC ao sistema contratual dos consórcios. 4 A caracterização jurídico-dogmática dos contratos plurilaterais e o grupo de consórcio. 5 A inadequação jurídica da aplicação da legislação consumerista na regulação das relações obrigacionais existentes entre os participantes dos grupos de consórcio. 6 Conclusões.

## Resumo

O presente artigo trata das particularidades da aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao sistema contratual dos consórcios, sustentando a necessidade de se distinguirem os contratos bilaterais, formados entre a administradora e os participantes dos grupos de consórcio, do contrato plurilateral que, a partir da constituição dos grupos, vincula os consorciados entre si.

**Palavras-chave:** Sistema contratual de consórcios. Defesa do consumidor. Grupo de consórcio. Contrato plurilateral.

---

\* Subprocurador-Regional do Banco Central no Rio Grande do Sul, mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRS).

## *Abstract*

*The present article analyzes the particularities of the application of the Brazilian Defense Costumer Code to the consortium contractual system, sustaining the necessity to distinguish the bilateral contract formed between the legal entity who administer the consortium and the members of the group to the multilateral contract that engages the participants after the formation of the group.*

*Keywords: Consortium contract system, defense of the costumer, consortium group, multilateral contract*

## **1 Introdução**

O presente artigo trata da aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, ao sistema contratual dos consórcios.

Para tanto, traça, num primeiro momento, um panorama geral da evolução das normas que regularam o sistema de consórcios, desde o seu surgimento, como atividade espontânea dos agentes econômicos, até os dias atuais, enfocando, de forma destacada, as normas produzidas pelo Banco Central, na qualidade de agente regulador e normatizador do sistema de consórcios no Brasil.

Em seguida, o texto sistematiza e analisa as decisões judiciais de nossos tribunais superiores que enfrentaram a questão da aplicabilidade do CDC ao sistema contratual dos consórcios.

Após isso, o texto enfrenta a caracterização jurídico-dogmática do contrato plurilateral, segundo a construção doutrinária ascarelliana, e afirma a impropriedade de aplicar-se a legislação consumerista às relações jurídicas estabelecidas entre os participantes dessas formações contratuais plurilaterais.

No tópico seguinte, o texto analisa a estrutura do sistema contratual dos consórcios, estabelecendo as necessárias distinções entre as relações que vinculam mutuamente os participantes dos grupos de consórcios e as relações que os consorciados, individualmente ou em conjunto, estabelecem com a administradora de consórcios, a fim de delimitar o campo de aplicação das normas consumeristas no âmbito desse sistema contratual.



Ao fim, o texto faz uma síntese conclusiva do estudo, assinalando os mais importantes aspectos analisados.

## **2 O desenvolvimento das normas que regulam o sistema contratual dos consórcios**

A atividade de consórcios começou no Brasil no início da década de 1960, impulsionada pela expansão da indústria automobilística no país e pelo elevado custo do crédito pelas vias tradicionais de financiamento. Numa economia caracterizada pela crescente demanda por bens duráveis e pela escassez crônica de fontes de financiamento de médio e longo prazo, a formação de consórcios permitiu que os agentes econômicos conjugassem esforços de poupança de modo a constituir fundos mútuos para aquisição de bens duráveis, automóveis inicialmente, ampliando-se mais tarde para outros bens móveis duráveis, serviços e imóveis.

Se em sua origem a atividade resultou da atuação espontânea dos agentes de mercado, mediante a formação de uma modalidade inominada de contrato plurilateral associativo, não tardou que o Estado a disciplinasse, mercê de sua importância e de sua significação econômica crescentes. A necessidade de proteger a poupança popular foi invocada para justificar a atuação estatal nesse segmento de mercado, por meio da edição de normas e da atuação reguladora e fiscalizadora, porquanto a constituição de grupos de consórcio envolvia a captação de disponibilidades de poupança para a formação de fundos mútuos, finalisticamente afetados à aquisição de bens e serviços<sup>1</sup>.

---

1/ Comparado com outras formas de financiamento, o sistema de consórcios, ancorado no esforço de poupança entre os participantes, possibilita a constituição de disponibilidades de crédito para a satisfação da demanda por bens duráveis (autofinanciamento), sem a contraprestação de juros remuneratórios. A desvantagem principal desse sistema é que, pela lógica de seu funcionamento, a entrega dos recursos necessários à aquisição dos bens distribui-se no tempo, de modo que os primeiros participantes contemplados situam-se numa posição de vantagem relativa em comparação com os que o forem tardiamente. A vantagem não reside só no motivo óbvio de que os primeiros contemplados são os que primeiramente usam os recursos do fundo comum para aquisição do bem desejado, como também no fato de que, ao receberem esses recursos, transferem o risco de crédito, que era seu antes da contemplação, para a administradora e para os consorciados não-contemplados. Isso implica que, na ausência de normas jurídicas equitativas e eficazes – ou num cenário em que não exista uma aplicação equitativa e eficaz da regulação vigente –, a sistemática de funcionamento dos consórcios favoreça, pela incompletude inerente aos contratos que contêm prestações diferidas ou continuadas, o comportamento oportunista de parte de quem, usando primeiramente esses recursos, sente-se desestimulado a prosseguir em suas contribuições. Se isso ocorre entre os participantes, acontece mais ainda na relação entre esses e a administradora, que capta antecipadamente a qualquer contemplação os recursos necessários à formação do fundo comum.

A primeira norma a tratar dos consórcios o fez indiretamente, mediante ato regulatório destinado às instituições financeiras que operavam com as administradoras. De fato, a edição da hoje revogada Resolução nº 67, de 21 de setembro de 1967, do Conselho Monetário Nacional justificou-se pela necessidade de resguardar interesses do público participante de consórcios (fundos mútuos ou outras formas associativas assemelhadas) que objetivassem a coleta de poupanças para propiciar a venda ou o autofinanciamento da aquisição de bens móveis de qualquer natureza<sup>2</sup>.

Subseqüentemente, foi editada a Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971, que, além de encerrar a fase inominada ou atípica dos contratos de consórcios – traçando os elementos essenciais desse, desde então, contrato típico –, submeteu

---

Nessa relação, a assimetria informacional e, conseqüentemente, a seleção adversa de parte dos que ingressam nos grupos de consórcio organizados pelas administradoras são traços característicos dessa relação contratual, exigindo, assim, não só o estabelecimento de normas que visem a coibir o comportamento oportunista de quem capta e utiliza recursos da poupança popular, mas também uma atuação fiscalizadora eficaz e eficiente, que minimize os riscos de inobservância às normas estabelecidas. Sobre a relevância das falhas de mercado, destacadamente da assimetria informacional, como justificativa para a atuação reguladora do Estado sobre a economia ver, em breves considerações, Justen Filho (2002, p. 35-36) e Nusdeo (2001, p. 138-167). Sobre a incompletude estrutural dos contratos, ver Stajin, Zylberstajn e Azevedo (2005) e Pinheiro e Saddi (2005, p. 83-156).

- 2/ Importante assinalar que essa pioneira norma de regulação do funcionamento dos consórcios e dos fundos mútuos apresentava características marcadamente prudenciais, antecipando-se, assim, aos normativos que, influenciados pelas diretrizes de Basileia, regulam atualmente o funcionamento do sistema financeiro. Tratava-se, porém, de uma regulação indireta, porquanto a Lei nº 4.595, de 1964, não atribuía competências normativas e fiscalizatórias ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central, respectivamente, relativamente aos grupos de consórcio. Daí que a Resolução nº 67 não tivesse como destinatários os administradores de grupos de consórcio, e sim os bancos comerciais e as caixas econômicas que com eles mantinham relações negociais. O caráter prudencial da Resolução nº 67 evidencia-se tanto nas regras que foram fixadas para os planos em funcionamento como nas que regulavam grupos constituídos a partir de sua edição. Relativamente aos primeiros, o item I da resolução recomendava às instituições financeiras que, a partir da edição da norma, somente fosse admitida a existência de contas de depósitos vinculados a consórcios ou a formações assemelhadas, mediante prévia verificação da idoneidade moral e da capacidade financeira de seus administradores, bem como da existência, no respectivo plano, de cláusulas contratuais que assegurassem: a) a viabilidade econômico-financeira do empreendimento; b) a garantia (mediante seguro de crédito, reserva de domínio ou outras modalidades) de que, após o recebimento do bem objeto do plano, seriam pagas todas as quotas a que de início se obrigaram os consorciados (mecanismo de redução de risco de crédito); e c) o depósito obrigatório, em bancos comerciais ou caixas econômicas, dos recursos coletados, cujo levantamento somente poderia ser feito para atendimento dos objetivos do plano, mediante declaração escrita dos administradores. O item II fixava prazo de sessenta dias para a regularização das contas existentes, sob pena de encerramento destas, bem como para a abertura de novas contas, referentes a consórcios ou a formações similares em funcionamento. Por sua vez, item III da Resolução nº 67 subordinava a abertura de contas de depósitos vinculadas a novos planos à apresentação de Regulamento escrito, devidamente formalizado, no qual deveriam constar, além das condições referidas no item I, as seguintes condições básicas: a) proibição do recebimento, em moeda, do valor do bem cuja aquisição foi contratada; b) indicação das normas aplicáveis aos casos de desistência de participantes do plano; c) designação de representante dos consorciados junto à administradora, a fim de fiscalizar a gestão dos fundos coletados; d) indicação do local onde os associados pudessem obter informações sobre o plano, em qualquer de suas fases; e) proibição de qualquer transação com títulos creditícios decorrentes da execução do contrato; f) especificação do bem objeto do consórcio (ou assemblado), cujo valor não poderia ser inferior a cinco vezes o maior salário mínimo vigente no país; g) fixação do valor mínimo das contribuições em montante correspondente, pelo menos, a 2% do bem a adquirir, limitada a duração do plano ao máximo de cinquenta meses. A importância desse regulamento pioneiro evidencia-se na permanência, com alterações pontuais, das regras que ele estabeleceu e que definiram a estrutura do sistema de consórcios no país. Conquanto voltados à análise das empresas que atuam no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, e não no mercado de consórcios, ver, para maior compreensão do significado da regulação prudencial: Turczyn (2005, p. 368-371) e, principalmente, Saddi (2001).

os agentes econômicos que operam nesse segmento de mercado à regulação estatal, evidenciada não só na necessidade de prévia autorização para realização das operações, mas na submissão permanente dos referidos agentes às normas ditadas pelo regulador e à sua atuação supervisora e fiscalizadora. A lei foi regulamentada pelo Decreto nº 70.951, de 9 de agosto de 1972.

Com o advento da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, as atribuições previstas nos arts. 7º e 8º da Lei nº 5.768, de 1971, foram transferidas para o Banco Central do Brasil, que, assim, assumiu as funções de regulador e de fiscalizador do sistema de consórcios.

Diante desse novo arranjo institucional, o Banco Central, embora aproveitando, de início, o cabedal normativo existente à época (portarias nos 190, de 27 de outubro de 1989, e 28, de 5 de março de 1990, do Ministério da Fazenda, esta disciplinando a constituição e o funcionamento de grupos destinados à aquisição de imóveis residenciais), passou em seguida a atuar normativamente, por meio da publicação de diversas circulares, com o escopo de regular o sistema de consórcios. Donde a edição das circulares nº 2.196, de 30 de junho de 1992 (regulando a constituição e o funcionamento de grupos destinados à aquisição de automóveis), nº 2.230, de 23 de setembro de 1992 (sobre a constituição e o funcionamento de grupos destinados à aquisição de motocicletas), nº 2.312, de 26 de maio de 1993 (tratando da constituição e do funcionamento de grupos destinados à aquisição de bilhetes de passagem aérea), nº 2.342, de 15 de julho de 1993 (dispondo sobre a constituição e o funcionamento de grupos destinados à aquisição de ônibus, de tratores, de equipamentos rodoviários, de máquinas e de equipamentos agrícolas, de aeronaves e de embarcações), nº 2.386, de 2 de dezembro de 1993 (sobre a constituição e o funcionamento de grupos destinados à aquisição de eletroeletrônicos e de outros bens móveis duráveis especificados), todas revogadas, juntamente com aquelas portarias ministeriais, pela Circular nº 2.766, de 3 de julho de 1997, alterada pela Circular nº 2.769, de 31 de julho de 1997, que, à guisa de consolidação, disciplinou a constituição e o funcionamento de grupos de consórcio referenciados em bens móveis, imóveis e serviços turísticos.

Em verdade, são essas normas baixadas pelo Banco Central, em contraste com as escassas e assistemáticas normas legais e regulamentares que tratam das relações dos consorciados entre si e destes com as administradoras de grupos, que efetivamente sistematizam as relações contratuais dos consórcios.

No fundamental, o regulamento anexo à Circular nº 2.766, de 1997, estrutura o sistema contratual dos consórcios, diferenciando o contrato de adesão ao grupo de consórcio, que pode ser prévio ou posterior à constituição dos grupos, do grupo de consórcio em si, que, sendo contrato plurilateral associativo, vincula reciprocamente os consorciados, com vistas à realização de objetivos comuns<sup>3</sup>. Esta distinção estrutural, como veremos, é fundamental à delimitação do âmbito de aplicação da legislação consumerista ao sistema contratual referido, eis que nem todos os vínculos contratuais dão-se entre sujeitos que podem ser juridicamente qualificados como fornecedores ou consumidores em suas relações recíprocas. Essa distinção não foi, contudo, objeto de consideração nos precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça que enfrentaram a questão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de consórcio.

### **3 A jurisprudência do STJ acerca da aplicação do CDC ao sistema contratual dos consórcios**

A aplicação da legislação consumerista aos contratos de consórcio é amplamente acolhida pela jurisprudência, notadamente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. De fato, os contratos de adesão aos grupos de consórcio são, inquestionavelmente, contratos de consumo, pois envolvem, do lado da demanda, um não-profissional, consumidor, destinatário final da prestação de serviços especializados feitos pela empresa de consórcios, que faz da administração de grupos de consórcio objeto de sua atividade profissional, enquadrando-se, por isso, no conceito legal de fornecedora.

---

3/ A estruturação dada pelo regulamento anexo à Circular nº 2.766, de 1997, ao sistema de consórcios foi, no fundamental, incorporada ao Projeto de Lei do Senado nº 989, de 2008, que tem origem no Projeto de Lei nº 7.161, de 2006, na Câmara dos Deputados (Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2006/05/18052006/17293.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2008). Entretanto, o projeto confunde o contrato de participação em grupo de consórcio com o próprio grupo, ao definir, no art. 10, que o contrato de participação, por adesão, seria o instrumento plurilateral associativo que tem por escopo a constituição de fundo pecuniário destinado a aquisição de bens e de serviços por meio de autofinanciamento. Com isso, confunde o antecedente, que é o contrato de participação, de estrutura bilateral, firmado entre o aderente e a empresa de consórcio, com o conseqüente, que é o próprio grupo de consórcio que, uma vez constituído, é contrato de estrutura plurilateral e associativa. É possível que, na ocasião da publicação do presente artigo, o projeto já tenha sido convertido em lei. Isso, todavia, não prejudicará a análise que aqui se faz sobre a estrutura contratualmente complexa do sistema de consórcio, abordagem essa que reforça a necessidade de distinção jurídico-dogmática que delineamos entre o vínculo jurídico-obrigacional que une a administradora aos consorciados e o que se estabelece entre participantes do grupo de consórcio, uma vez constituído.

Paradigmático, nesse sentido, o julgamento do REsp 541.184/PB<sup>4</sup>, haja vista que o voto da Ministra-Relatora destacou, no caso, os inúmeros precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que confirmam a submissão dos contratos de consórcio à legislação consumerista. O voto condutor desse julgado afirma, categoricamente, “a incidência do CDC aos negócios jurídicos celebrados entre as empresas responsáveis pelo empreendimento consorcial e os consorciados”, destacando: a) “a legitimidade ativa de associação civil para promover ação civil pública com o objetivo de ver declarada a nulidade de cláusula abusiva em contrato de consórcio e conseqüente restituição de importâncias indevidamente cobradas” (REsp 235.422/SP, REsp 299.386/RJ e REsp 313.364/SP); b) a “legitimidade passiva de empresa responsável pelo empreendimento consorcial” (REsp 41.457/RS e REsp 139.400/MG<sup>5</sup>); c) “a possibilidade do [sic] juiz declinar, de ofício, da competência para processar a ação proposta em face de consumidor-consorciado quando da aplicação da cláusula de eleição de foro dificultar sobremaneira a sua defesa” (REsp 169/670/SP, CC 22.000/PE, CC 18.589/GO e REsp 79.083/SP); e d) a submissão, também ao CDC, dos contratos para a compra de imóveis (REsp 595.964/GO). Na seqüência, o julgado apreciou, à luz do CDC, a alegada abusividade de cláusula contratual que regulava a cobrança de taxa de administração.

No julgamento do REsp 541.184/PB, como nos precedentes nele referidos, a discussão versou exclusivamente sobre a relação contratual entre consorciado (ou entre os consorciados em bloco) e administradora. Não houve análise e enfrentamento da questão referente à natureza do vínculo plurilateral existente entre os consorciados e sua importância para a definição das obrigações contratuais, de modo que se pode concluir que não há, a esse respeito, posição firmada no âmbito do STJ.

4/ REsp 541.184/PB, STJ, Relatora Ministra Nancy Andrigui, publicado no DJ de 20/11/2006, p. 00300.

5/ A rigor a legitimidade passiva da empresa de consórcios para responder a demanda que visa à restituição de valores pagos prescinde que a relação seja caracterizada como de consumo. Aliás, no julgamento do REsp 41.457/RS isso sequer foi discutido, pois o reconhecimento da legitimidade passiva fundou-se na existência de vínculo contratual, cuja natureza, civil-comum ou consumerista, não estava em discussão. Todavia, especificamente no julgamento do REsp 139.400/MG, a legitimidade da administradora de consórcios teve por fundamento a aplicação da teoria da aparência, não com base nos princípios da codificação, mas no preceito no art. 30 do CDC, que regula a vinculação do fornecedor às informações e à publicidade dos serviços e produtos disponibilizados no mercado de consumo e que, no caso concreto, ampliaria a possibilidade de aplicação da teoria da aparência, excepcionando a aplicação da teoria dos atos *ultra vires*. Nesse caso, embora não tenha havido pronunciamento explícito acerca do tema, a aplicação de preceito da legislação consumerista relativo à responsabilidade por informações e publicidade passadas ao mercado pressupõe, por óbvio, a aplicação do CDC.

A questão relativa à importância do vínculo plurilateral chegou a ser ventilada no julgamento do Agravo Regimental no REsp 253.175/SP<sup>6</sup>. No feito em questão – uma execução por quantia certa movida pela empresa de consórcio no foro de eleição do contrato –, o juiz da causa, em decisão confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, declinou de ofício de sua competência, com base no art. 6º, VIII, da Lei nº 8.078, de 1990, determinando a remessa da execução para o foro do domicílio da pessoa executada. A administradora sustentou a inaplicabilidade do referido preceito da legislação consumerista, sob o argumento de que o afastamento do foro de eleição com base na legislação protetiva ao consumidor implicaria incremento de custos que seria repassado aos consorciados adimplentes. O STJ rejeitou o argumento, confirmando a decisão que negara seguimento ao recurso especial, argumentando que

A premissa adotada pelo agravante é falsa. A divisão de custos pelos consorciados não desnatura a relação de consumo existente entre a administradora e o consorciado inadimplente. Em sendo assim, o contrato de adesão elegendo foro que dificulte a defesa dos direitos do consumidor, conforme consta no aresto hostilizado, possui cláusula abusiva e nula de pleno direito.

O argumento é irrepreensível. O fato de os custos da aplicação das normas de proteção ao consumidor serem distribuídos no mercado e, em última análise, suportados pelos próprios consumidores é da lógica do sistema de proteção ao consumidor. A rigor, a refutação da aplicabilidade das normas de proteção aos consumidores aos contratos de consórcio, com base no argumento de que o custo seria suportado pelos demais consumidores, impediria a imposição de qualquer norma protetiva, na medida em que a observância e a aplicação de normas de proteção implicam, em última análise, incremento dos custos de proteção e de circulação de bens e serviços, refletindo-se nos preços praticados no mercado<sup>7</sup>.

---

6/ “REsp 253.175, STJ, Relator Ministro Waldemar Zveiter, publicado no DJ de 30/10/2000, p. 154.

7/ Cumpre assinalar que, se, de um lado, a distribuição dos custos de proteção no próprio mercado de consumo, sob a forma de preços, não justifica que se deva desproteger o consumidor, de outro, tampouco se justifica que esses custos devam ser suportados por toda a coletividade, sob a forma de subvenção e seguros públicos não previstos em lei. De fato, não há como transformar o instituto da responsabilidade objetiva dos fornecedores em seguro estatal de cobertura do risco integral, em contradição com os princípios de justiça distributiva que orientam a regulação jurídica das relações de consumo. Há que se distinguir a situação do Estado, quando regula o mercado, incluindo-se a regulação incidente sobre as relações de consumo, das situações em que o Estado é, ele próprio, um fornecedor de bens e de serviços a destinatários finais, seja quando concorre com agentes privados, seja quando explora serviços em regime de monopólio, mas sob formas de direito privado. Na qualidade de fornecedor de bens e de serviços, o Estado, ou as formas jurídicas de direito

A tese que advoga a inaplicabilidade da legislação consumerista a determinados contratos, sob o argumento de que o “excesso de proteção” de determinados consumidores refletir-se-ia na sobrecarga dos demais, não é nova e é particularmente sensível naqueles setores da atividade econômica que envolvem a intermediação de recursos financeiros.

Aliás, essa tese foi esgrimida, sem sucesso, na petição inicial da ADI nº 2.591, movida pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Cosif), que investia contra a parte final do § 2º do art. 3º da Lei nº 8.078, de 1990. Entre outros argumentos, a autora da ação declaratória de inconstitucionalidade sustentou que as relações decorrentes da prestação de serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária não poderiam ser qualificadas como relações de consumo, haja vista que a Constituição Federal traria implícita a distinção entre consumidor e cliente de instituição financeira. A autora da ADI argumentou que a distinção entre consumidor de produtos e usuários de serviços e clientes de instituições financeiras se justificaria em virtude de razões de ordem constitucional e pelas situações peculiares existentes em cada circunstância, não sendo o caso de submeter situações distintas às mesmas regras<sup>8</sup>.

Todavia, a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) considerou haver compatibilidade entre as posições jurídicas de consumidor e poupador, nas operações financeiras passivas das instituições financeiras, e de consumidor e mutuário, nas operações financeiras ativas<sup>9</sup>. A posição prevalecente no âmbito da

---

privado que ele usa para atuar no mercado, são objetivamente responsáveis, na forma da legislação consumerista, pelos danos causados pelos bens ou serviços que disponibilizarem no mercado. Na qualidade de regulador, porém, o Estado não pode ser responsabilizado, ou co-responsabilizado, pela só condição de regulador, pelos danos que bens ou serviços disponibilizados pelas empresas reguladas causarem aos consumidores, sob pena de subverter a lógica distributiva que orienta o direito do consumidor, transmutando o Estado-regulador em Estado-segurador-universal. Dados os limites do presente artigo, descabem maiores considerações a respeito desse relevante tema. Para mais, vejam-se as acertadas ponderações de Lopes (1996, p. 77-93).

8/ Assinalou a autora da ação direta que: “É de se ressaltar, por exemplo, que as instituições financeiras não trabalham com dinheiro próprio, mas de terceiros. A pretensão de aplicar-lhes regras de consumo – que não se amoldam às peculiaridades das operações bancárias – pode atingir, de rigor, os correntistas e aplicadores que ofertam recursos ao sistema para serem repassados, mediante guarda ou aplicação, em vez de mantê-los guardados em casa ou no cofre das empresas. Vale dizer, a proteção a alguns ‘consumidores’ representaria, na verdade, violação aos direitos de outros ‘consumidores’, ou seja, dos demais usuários da instituição, titulares dos recursos do sistema. Não há, pois, como atingir o exercício do direito do consumidor contra o próprio consumidor, ou, o que é pior, de forma a pôr em risco os direitos dos correntistas e investidores. Por esta razão é que só o órgão encarregado de controlar o sistema financeiro, que é o Banco Central, pode cuidar da fiscalização nessa matéria, que está disciplinada no art. 192 da Constituição Federal, em consonância com o art. 164 da Constituição Federal, e, não, no art. 170 da Constituição Federal”.

9/ O julgamento original da ADI nº 2.591 deu a entender que deveriam ser excluídas da incidência da legislação consumerista as operações ativas e passivas celebradas entre as instituições financeiras e seus clientes-consumidores, na medida em que constou da ementa do acórdão que o “preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve

Corte Suprema, com os esclarecimentos dados em face da oposição de embargos de declaração, foi a de que as instituições financeiras estão todas elas alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo CDC e que consumidor, para fins do CDC, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira ou de crédito<sup>10</sup>.

Aplicando-se o mesmo raciocínio aos contratos de adesão aos grupos de consórcio, forçoso concluir que tão-somente a transferência do custo de proteção para os demais consorciados, sob a forma de preços pelos serviços disponibilizados pelas administradoras, não descaracteriza a relação estabelecida entre as empresas de consórcios e os aderentes aos grupos de consórcios como relação contratual de consumo.

Cumprido destacar que não há, nos precedentes analisados, enfrentamento das questões referentes às obrigações e aos direitos dos consorciados entre si e relativamente ao grupo consórcil em sua totalidade. Entendemos que o contrato plurilateral que se forma entre os consorciados, a partir da constituição do grupo de consórcio, não pode ser caracterizado como relação de consumo, haja vista a impossibilidade de se qualificar um consorciado, ou mesmo o grupo de consorciados, como fornecedor relativamente aos demais.

A constituição e a administração do grupo de consórcios são obrigações da empresa de consórcios, assumida em face da adesão do consumidor à proposta que ela formula. Todavia, o grupo de consórcios, conquanto decorra do contrato adesão, não se confunde com este: é relação obrigacional plurilateral e autônoma, que vincula os consorciados entre si, e não com a administradora.

---

ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência". Esse era, em verdade, o entendimento do Relator original para o acórdão, Ministro Carlos Velloso, que julgava procedente em parte a ADI, para dar interpretação conforme a Constituição à norma do § 2º do art. 3º da Lei nº 8.078/90, para dela afastar a exegese que nela incluía a taxa de juros das operações bancárias, ou sua fixação em 12% ao ano, dado que essa questão diz respeito ao Sistema Financeiro Nacional – CF, art. 192, § 3º. Todavia, a posição prevalecente no STF, com os esclarecimentos prestados na ocasião do julgamento de embargos de declaração ulteriormente opostos pelo Procurador-Geral da República, foi a de improcedência total da ação de inconstitucionalidade. A maioria dos ministros rejeitou a argumentação, defendida pelo Ministro Nelson Jobim, que sustentava que não haveria ligação entre as operações financeiras (ativas e passivas) e a idéia de consumo, que a proteção do consumidor e a proteção do poupador ou do mutuário deveriam observar normas distintas e que a aplicação do CDC aos contratos bancários deveria se limitar aos serviços de natureza não-financeira.

10/ É de se ressaltar que na fundamentação do voto condutor do julgado, da lavra do Ministro Eros Roberto Grau, a questão referente à fixação da taxa de juros, por ser matéria relativa ao funcionamento do SFN, não diz respeito diretamente à legislação consumerista, mas envolve aspectos macroeconômicos, sendo, portanto, matéria reservada à lei completar. Não se está impedido o controle judicial da abusividade da taxa de juros nas operações bancárias ativas das instituições financeiras; contudo, isso não significa limitação genérica de juros nominais nos empréstimos bancários, conforme reiterada jurisprudência do STF.



Portanto, o vínculo obrigacional plurilateral, ou a gama de vínculos obrigacionais que se formam entre os consorciados, está submetida a uma normatividade jurídica própria, distinta das relações de cada consorciado, ou dos consorciados em bloco, com a administradora. A questão é: que normas (regras e princípios) regulam esses direitos e obrigações? A compreensão desse problema requer uma análise mais detida sobre a natureza do vínculo obrigacional que une os participantes dos grupos de consórcio. Previamente a isso, porém, faz-se necessário analisar a estrutura jurídico-dogmática dos contratos plurilaterais, tema que será desenvolvido na seqüência.

#### **4 A caracterização jurídico-dogmática dos contratos plurilaterais e o grupo de consórcio**

Como sustentamos no item 3, a compreensão da distinção entre obrigações e direitos dos consorciados em suas relações recíprocas e em suas relações com a administradora é fundamental na definição do âmbito e da aplicação da legislação consumerista. Isso exige, de nossa parte, uma reflexão sobre a distinção entre os contratos de troca ou de permuta de bens e de serviços, de estrutura bilateral – entre os quais se encontram os contratos de prestação de serviços celebrados entre os participantes de grupos de consórcios e as empresas que os administram, denominado contrato de adesão a grupo de consórcio –, e os contratos de cooperação, de estrutura plurilateral – aí incluídas as sociedades simples despersonalizadas, que chamamos grupos de consórcio –, atentando para as características de uns e de outros.

A construção jurídico-dogmática da distinção entre contratos bilaterais e plurilaterais, no plano da teoria jurídica dos contratos, é tributada a Túlio Ascarelli (1945, p. 274-332), o qual assinalou que, enquanto os contratos bilaterais regulam a contraposição de interesses quanto à destinação (distribuição) de bens (ou serviços), os contratos de cooperação (ou colaboração), estruturalmente plurilaterais, regulam o uso cooperativo de bens (e a convergência de esforços) na realização de objetivos comuns<sup>11</sup>.

---

11/ Antes de se firmar, no plano jurídico-dogmático, a natureza contratual das sociedades, não faltaram construções teóricas negando-lhes natureza contratual, havendo quem advogasse tratar-se não de um contrato, mas, sim, de um ato jurídico

Segundo Ascarelli (1945), os contratos plurilaterais distinguem-se dos contratos de permuta ou troca em função de características que lhes são próprias, quais sejam: a) a possibilidade da pluralidade de partes<sup>12</sup>; b) a convergência de interesses entre elas quanto a fins comuns (atenuando o caráter de contraposição de interesses, que caracteriza estruturalmente os contratos bilaterais)<sup>13</sup>; c) o fato de todas as partes do contrato plurilateral serem titulares de direitos e obrigações iguais relativamente a todas as demais<sup>14</sup>;

---

complexo ou de uma fundação. Essas teorias encontram-se, hoje, superadas. Com efeito, tanto nos contratos bilaterais – nos quais há duas partes, mas não necessariamente apenas dois sujeitos – como nos plurilaterais – em que há a possibilidade, não a necessidade, de mais de dois sujeitos –, há interesses contrapostos. Nos contratos que têm por objeto a troca de bens ou a prestação de serviços, essa contraposição é evidente, pois as partes (do contrato bilateral) têm interesses divergentes quanto aquilo que, por meio do contrato, será distribuído. Nos contratos plurilaterais, dos quais a sociedade é o exemplo mais evidente, em que pese o escopo comum, subsistem conflitos de interesses, seja na constituição (da sociedade), seja, potencialmente, ao longo de sua execução – vulgarmente falando, ao longo da “vida da sociedade”. Adverte Ascarelli: “O conflito de interesses – evidente na constituição e subsistente durante a vida da sociedade – permite falar de contrato e excluir o ato complexo; a comunhão de objetivo, por sua vez, distingue esse contrato dos de permuta” (ASCARELLI, 1945, p. 278). Assim sendo, a sociedade – e outros contratos cooperativos – observará não só as normas comuns aos contratos em geral, mas também normas especiais distintas das que se aplicam aos contratos bilaterais celebrados com escopo distributivo dos bens e dos serviços (“mercadorias”) oferecidos ao mercado.

- 12/ Como dissemos na nota 11, os contratos ditos bilaterais não o são por nele intervirem apenas duas pessoas, mas, sim, duas partes, com interesses estruturalmente contrapostos, ainda que numa das partes haja pluralidade de sujeitos ou de pessoas. Assim, no contrato de adesão a um grupo de consórcio, de estrutura bilateral, podem ser titulares dos direitos inerentes a uma cota duas ou mais pessoas em condomínio. Ou seja: bilateralidade de partes não significa presença de apenas dois sujeitos na relação contratual, podendo haver, inclusive, posição contratual compartilhada, sob a forma de condomínio. Ver, para mais, Ascarelli (1945, p. 285-286).
- 13/ Ascarelli assevera que a distinção entre contratos e atos jurídicos complexos reside no fato de que, no contrato, as partes são animadas por interesses jurídicos contrapostos – sendo função do contrato compor os interesses colidentes – ao passo que no ato complexo as partes são animadas por interesses idênticos. Segundo ele, o caráter contratual da sociedade consistiria no fato de que, na constituição da sociedade, há vários pontos de contraposição de interesses (e. g., na avaliação dos bens trazidos como contribuição à formação do capital social); ademais, mesmo que tenha presente que a sociedade é animada pela realização de finalidades de interesse comum (portanto, não contrapostos) dos sócios, não se deve ignorar que, ao longo de sua vida societária, diversas são as situações em que os interesses dos sócios podem conflitar, como no caso da disputa pelo controle acionário nas sociedades anônimas (ASCARELLI, 1945, p. 276-280).
- 14/ O fato de não haver que se considerar a existência de uma multiplicidade de relações jurídicas particularizadas entre os consorciados não impede que se reconheça haver, entre eles, uma relação jurídica contratual, na medida em que decorre da estrutura plurilateral dos contratos de sociedade o fato de que as obrigações e os direitos de um sócio frente aos dos demais assumem a feição de obrigações e de direitos do sócio para com a sociedade. Nesse sentido, assinala Ascarelli: “Patrimônio separado e pessoa jurídica são, afinal, instrumentos jurídico para disciplinar a responsabilidade das partes pelos atos que praticarem como sócios e para distinguir, assim, os interesses sociais e os interesses individuais dos sócios. A ordem jurídica, admitindo a constituição de patrimônio separado e da pessoa jurídica, unifica, em substância, a coletividade que se apresentava ainda amorfa no momento da constituição; isso, porém, não impede que, através dessa unificação, se realize, essencialmente, uma disciplina particular das relações dos sócios entre si e para com terceiros. As obrigações que, em matéria de constituição, assume cada sócio para com os outros sócios, tornam-se obrigações para com a “sociedade”, na qual o direito unifica a coletividade dos sócios, através da personalidade jurídica [...]” (ASCARELLI, 1945, p. 282). Adiante, conectando essa característica com outra, a finalidade comum, Ascarelli assevera que: “A pluralidade corresponde à circunstância de que os interesses contratantes das várias partes devem ser unificados por meio de uma finalidade comum, os contratos plurilaterais aparecem como contratos de comunhão de fim. Cada uma das partes obriga-se, de fato, para como todas as outras, e para com todas as outras adquire direitos; é natural, portanto, coordená-las, todas, em torno de um fim, de um escopo comum” (ASCARELLI, 1945, p. 290).

e d) o caráter instrumental do contrato relativamente à finalidade comum<sup>15</sup>.

As sociedades em geral são contratos plurilaterais, na medida em que se caracterizam pela (potencial) pluralidade de partes, pela convergência de interesses entre os contratantes na realização de fins econômicos comuns, pela existência de direitos e obrigações iguais de umas partes relativamente às outras e pela instrumentalidade do contrato relativamente aos fins comuns.

Sendo o grupo de consórcio uma sociedade, ainda que despersonalizada e simples, haja vista, de um lado, a ausência de constituição de personalidade jurídica distinta dos participantes, e, de outro, a ausência de empresariedade em seu objeto, temos que o vínculo contratual, que liga os consorciados entre si, possui as características de um contrato plurilateral. Daí que, no âmbito do sistema contratual dos consórcios, há que distingui-lo do contrato bilateral que vincula a administradora a cada consorciado em particular e a todos coletivamente, haja vista que aqui, além da bilateralidade estrutural, há permanente divergência de interesses, contraposição de direitos e obrigações distintos e posições contratuais voltadas à realização de interesses – e, portanto – finalidades distintas entre os contratantes que ocupam pólos opostos da relação contratual.

---

Coerentemente com esse entendimento, Ascarelli entende que a chamada sociedade em conta de participação – “sociedade” despersonalizada, porém, regular – não é contrato plurilateral, e sim bilateral, porquanto, nesse caso, o “*dominus* do negócio é sempre, e necessariamente, o associante, que, somente ele, assume obrigações e adquire direitos para com terceiros, ao passo que os associados são responsáveis somente perante o associante e têm direitos somente perante ele; não se cria uma nova organização, nem externa [...] nem interna; até quando o associante admite mais pessoas a participar de seus negócios, isso tem lugar através de outros tantos contratos bilaterais distintos” (ASCARELLI, 1945, p. 319). Na verdade, a dita sociedade em conta de participação, cuja regulação pelo Código civil de 2002 é fundamentalmente a mesma (arts. 991 a 996), nada mais é que um contrato de investimento.

Todavia, no que concerne ao grupo de consórcio, a ausência de constituição de pessoa jurídica não impede nem a regular formação da sociedade despersonaliza nem – o que é fundamental – a constituição de patrimônio autônomo comum, distinto dos patrimônios dos consorciados, administrado pela empresa de consórcio.

Assim, no que diz respeito às relações dos consorciados entre si no âmbito do grupo de consórcios, é igualmente válido o raciocínio de Ascarelli: as obrigações que eles reciprocamente assumem ao integrarem, por meio da adesão a um contrato de participação, um grupo de consórcio, não se traduzem em obrigações que possam ser exercidas uns frente aos outros, mas sim em obrigações perante a “coletividade”, ou seja, o grupo de consórcio, sociedade despersonalizada. Não há, pois, ação que um consorciado possa manejar contra o outro, alegando, por exemplo, descumprimento ou cumprimento defeituoso das obrigações assumidas; há, sim, em verdade, ação que o grupo, por seu representante legal, a administradora, pode (e deve) manejar contra o consorciado inadimplente. Ou então do consorciado contra a administradora, gestora dos recursos dos consorciados, visando, e g., a restituição atualizada das parcelas pagas por ocasião do encerramento contábil do grupo (ASCARELLI, 1945).

15/ Como destaca Ascarelli, pluralidade (potencial) de partes e convergência de interesses são características complementares: “À pluralidade de partes corresponde à circunstância de que os interesses contrastantes das várias partes devem ser unificados por meio de uma finalidade comum; os contratos plurilaterais aparecem como contratos com comunhão de fim. Cada uma das partes obriga-se, de fato, para com todas as outras, e para com todas as outras adquire direitos; é natural, portanto, coordená-las, todas, em torno de um fim, de um escopo comum”. (ASCARELLI, 1945, p. 209).

## **5 A inadequação jurídica da aplicação da legislação consumerista na regulação das relações obrigacionais existentes entre os participantes dos grupos de consórcio**

A caracterização do grupo de consórcio como uma sociedade simples e despersonalizada – e, portanto, como um contrato plurilateral – põe em cheque a aplicação das normas protetivas de consumo na regulação das obrigações reciprocamente assumidas pelos participantes dos referidos grupos. Se, de um lado, não há consistência jurídica nos argumentos que visam a excepcionar os contratos de adesão aos grupos de consórcio da aplicação das normas de consumo – questão, como vimos, hoje pacificada no âmbito do STJ –, de outro, a aplicação dessas normas se revela inadequada para regular as obrigações reciprocamente assumidas pelos consorciados a partir de seu ingresso no grupo consórcio.

Diferentemente do que ocorre na relação entre a administradora e os consorciados, individualmente e em bloco, em que há assimetrias jurídica e economicamente relevantes, os consorciados encontram-se, em suas relações recíprocas, em posição de igualdade jurídica. Como em todo contrato plurilateral, não há posições jurídicas, direitos e deveres distintos, mas posições jurídicas, direitos e obrigações iguais; não há interesses distintos, mas comunhão de interesses na realização de objetivos comuns.

Isso não significa que não possa haver conflito de interesses entre os consorciados relativamente às obrigações assumidas. Todavia, pelas características estruturais e funcionais do grupo de consórcio, a defesa dos interesses do grupo é atribuída à administradora, que atua, assim, investida de legitimidade extraordinária exclusiva. Vale dizer: a defesa dos interesses do grupo, eventualmente lesados pelo descumprimento das obrigações contratuais por parte de um ou de alguns consorciados não é feita nem pelo grupo, que é sociedade despersonalizada, nem pelos demais integrantes do grupo, deslegitimados para defender o interesse grupal, mas por um terceiro, a administradora, a quem a lei atribuiu o dever, a competência e a legitimidade para atuar em nome da sociedade despersonalizada. Deve fazê-lo sob pena de responder perante os consorciados eventualmente lesados pelos danos causados ao patrimônio do grupo, em função da negligência no cumprimento de suas obrigações de depositária e de gestora de recursos da sociedade (Código Civil, art. 1.011).

Há que se diferenciar, assim, na atuação da administradora, as situações nas quais ela age em defesa de seus próprios interesses das situações em que ela defende os interesses do grupo, frente ao consorciado que descumpriu as obrigações contratuais fundadas no contrato plurilateral. No primeiro caso, há um conflito contratual de consumo, envolvendo fornecedora e consumidor; no segundo, um conflito entre o participante do grupo e o grupo, representado pela administradora, e, portanto, uma relação privada regida pela legislação civil comum.

Assim, *e. g.*, conflitos sobre a taxa de administração ou quanto a validade da fixação de multa contratual em favor da administradora abrangem interesses da administradora relativamente aos consorciados e, portanto, aspectos da relação consumerista envolvendo a administradora e o consorciado. Deverão, por isso, ser resolvidos à luz das normas de direito do consumidor<sup>16</sup>.

Já quando estão em jogo interesses do consorciado, contrapostos aos do grupo, aplicar normas de Direito Consumerista constitui-se num equívoco de compreensão, na medida em que não há aqui relação de consumo a justificar a aplicação desses preceitos.

A distinção entre umas e outras dimensões obrigacionais é, de certa forma, intuída pela jurisprudência. É o que justifica, por exemplo, que, ao mesmo tempo em que se reconhece o direito à restituição atualizada dos recursos carreados pelos consorciados excluídos ou desistentes, em conformidade com a Súmula nº 35 da Jurisprudência do STJ, condiciona-se a restituição ao encerramento do grupo.

A medida impede, de um lado, o enriquecimento sem causa do grupo em detrimento do ex-consorciado, mas assegura, de outro, o funcionamento equilibrado do grupo, evitando que ele seja forçado a fazer desembolsos imprevistos, os quais poderiam comprometer a realização dos objetivos que justificaram a sua constituição.

---

16/ Nesse sentido, o já referido precedente no STJ, REsp 541.184/PB, cuja ementa estabelece que “– Aplica-se o CDC aos negócios jurídicos realizados entre as empresas administradoras de consórcios e seus consumidores-consorciados. Precedentes. – À taxa de administração de consórcios não podem ser embutidos outros encargos que não aqueles inerentes à remuneração da administradora pela formação, organização e administração do grupo de consórcio (art. 12, § 3º, da Circular do Bacen nº 2.766/97). – Se houver cláusula contratual que fixe a taxa de administração em valor que exceda ao limite legal previsto no art. 42 do Dec. 70.951/72, estará caracterizada a prática abusiva da administradora de consórcio, o que impõe a exclusão do percentual que sobejar ao estipulado na referida Lei” (Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 25/4/2006).

As razões desse entendimento, nem sempre explicitadas em julgados posteriores, podem ser buscadas em voto da lavra do Ministro Ruy Rosado da Aguiar Jr., no julgamento do REsp nº 94.266/RS<sup>17</sup>.

O julgado discutia o direito de um ex-consorciado, que desistiu de sua condição de participante, a imediata restituição de suas contribuições.

De um lado, com base na vedação ao enriquecimento sem causa, a Corte entendeu descabida a devolução dos recursos sem atualização. Interessante notar que a decisão atenta que a restituição das contribuições sem atualização teria como potenciais beneficiários não só a administradora, mas os demais consorciados, sinalizando a complexidade das relações obrigacionais envolvidas na formação de grupamentos de consórcios. De outro lado, atentando para a estrutura e para o funcionamento do sistema de consórcios, o voto diferencia a relação do consorciado com a administradora da relação dele frente aos demais integrantes do grupo de consórcio, ao afirmar que aquele que se retira espontaneamente de um grupamento consórcil não pode ter direitos maiores que o último contemplado.

Uma hermenêutica irrestritamente protetiva aos interesses dos consorciados desistentes ou excluídos produziria uma situação de desequilíbrio funcional nos grupos de consórcio, em detrimento dos consorciados remanescentes, olvidando que não há como reconhecer a existência de relação de consumo entre o grupamento e seus participantes, assim como não há noutras formações societárias ou associativas que pressupõem a paridade de obrigações e direitos entre os participantes um reforço na eficácia dos deveres anexos, inerentes à cláusula geral da boa-fé, na comparação com os contratos bilaterais<sup>18</sup>.

---

17/ REsp 94.266/RS, STJ, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, publicado no DJ de 11/11/1996, p. 43720. Veja-se, *in verbis*, a fundamentação do julgado:

“Assim como o grupo formado para a aquisição de bens pela modalidade de consórcio, em caso de desistência, não pode servir para o enriquecimento sem causa dos demais participantes, ou da administradora – retendo os valores recebidos e somente restituindo o principal, sem correção monetária, o que em época de inflação alta significa devolver o nada –, assim também o consorciado não pode transformar o consórcio, que foi formado para a finalidade de adquirir bens, em oportunidade para aplicação financeira, retirando-se a qualquer tempo e recebendo imediatamente o capital investido, mais correção e juros.

A desistência é sempre um incidente negativo no grupo, que de se recompor, a exigir a transferência da cota, a extensão do prazo ou o aumento das prestações para os remanescentes, etc. O pagamento imediato ao desistente será um encargo imprevisto, que se acrescenta à despesa normal. Quem ingressa em negócio dessa natureza e dele se retira por disposição própria não pode ter mais direitos que o último contemplado com o bem, ao término do prazo previsto para o grupo. Se este, que cumpriu regularmente com suas obrigações e aguardou pacientemente a última distribuição, pôde colaborar com seus recursos para que os outros antes dele fossem contemplados, também o mesmo ônus há de se impor ao desistente, que se retira por decisão unilateral.

Assim, o desistente deve receber o que pagou, com valores devidamente corrigidos, descontada a taxa de administração e prêmio de seguro eventualmente pagos, até trinta dias depois do prazo previsto para a entrega do último bem”.

18/ Com efeito, os deveres de fidelidade e de cooperação, inerentes à cláusula geral da boa-fé, se presentes em todas as relações obrigacionais e na generalidade dos contratos, apresentam especial significado e função normativa nos chamados vínculos

Em síntese, sem a pretensão de oferecer uma fórmula para a solução de todos os conflitos de interesse envolvendo as obrigações decorrentes do sistema contratual de consórcios, entendo que o ponto de partida deve ser a distinção entre as obrigações que decorrem dos contratos bilaterais firmados entre administradora e os consorciados, sujeitos às normas consumeristas, e as obrigações resultantes do contrato plurilateral formado entre os consorciados, a partir de constituição da sociedade despersonalizada que denominamos grupo de consórcio.

## 6 Conclusões

Após o desenvolvimento do tema, é possível enumerar as principais conclusões:

- a) O sistema contratual dos consórcios envolve uma gama de contratos de estrutura distinta, ora vinculando as administradoras aos consorciados, individual ou coletivamente considerados, ora os consorciados entre si;
- b) O chamado contrato de adesão ao grupo de consórcio, firmado entre a administradora e o consorciado, constitui-se em contrato bilateral de prestação de serviços especializados de formação e de gestão de grupos de consórcio;
- c) Esses contratos bilaterais são contratos de consumo e sujeitam-se à legislação correspondente, pois envolvem, do lado da demanda, o não-profissional, consumidor, destinatário final da prestação de serviços feita pela empresa de consórcios, que faz da administração de grupos de consórcio objeto de sua atividade profissional, enquadrando-se, por isso, no conceito legal de fornecedora;
- d) O fato de os custos da proteção ao consumidor-consorciado serem suportados, sob a forma de preço do serviço, pelos demais consorciados, não é argumento suficiente para afastar a aplicação das normas protetivas

---

obrigacionais de colaboração, característicos dos contratos plurilaterais. Assim, a retirada unilateral do consorciado, ou mesmo sua exclusão motivada, não significa sua desoneração dos deveres inerentes à cláusula geral da boa-fé objetiva, dado o escopo do vínculo obrigacional. Sobre a boa-fé no tráfego negocial, a bibliografia é vasta, todavia, em língua portuguesa, indispensável referir o trabalho pioneiro de Couto e Silva (1964) – tese para Concurso da Cadeira de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Da mesma forma, são indispensáveis as leituras da monumental obra de Cordeiro (2001) e da já clássica obra de Martins-Costa (2000).

- de consumo, pois é da lógica do Direito do Consumidor a distribuição dos custos de proteção no âmbito do próprio mercado de consumo;
- e) O grupo de consórcio, por constituir-se numa sociedade simples despersonalizada, é um contrato plurilateral, caracterizado não só pela pluralidade de partes, mas também pela convergência de interesses entre elas quanto a finalidades comuns, pelo fato de todas as partes do contrato plurilateral serem titulares de direitos e obrigações iguais relativamente a todas as demais e pelo caráter instrumental do contrato relativamente aos fins;
  - f) Revela-se inadequado, do ponto de vista do Direito, aplicar as normas consumeristas na solução de conflitos relativos às obrigações decorrentes desses contratos plurilaterais, vez que inexistem neles posições contratuais contrapostas e economicamente assimétricas, características dos contratos de consumo.

## Referências

- ASCARELLI, Túlio. O contrato plurilateral. In: \_\_\_\_\_. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Saraiva, 1945. p. 274-332.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. Porto Alegre, 1964. Tese para Concurso da Cadeira de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 35-36.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Responsabilidade do Estado por empresas fiscalizadas. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 18, p. 77-93, abr./jun., 1996.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.



NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 138-167.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Propriedade e contratos em direito e economia. In: \_\_\_\_\_. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 83-156.

SADDI, Jairo. **Crise e regulação bancária: navegando mares revoltosos**, São Paulo: Texto Novo, 2001.

SZTAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos contratos. In: SZTAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio. **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TURCZYN, Sidnei. **O sistema financeiro nacional e a regulação bancária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 368-371.

# Governança Cooperativa: as funções estratégicas e executivas em cooperativas de crédito no Brasil

Marden Marques Soares\*

Elvira Cruvinel Ferreira Ventura\*\*

1 Introdução. 2 As teorias da governança e o papel do conselho de administração. 3 As cooperativas de crédito no Brasil e o marco legal em relação aos órgãos de administração. 4 Metodologia de pesquisa: o projeto Governança Cooperativa. 5 Singularidades da governança em cooperativas de crédito. 6 A dinâmica de funcionamento do conselho de administração das cooperativas de crédito no Brasil. 7 Considerações finais.

## Resumo

O artigo trata da dinâmica de funcionamento do conselho de administração das cooperativas de crédito no Brasil, defendendo o argumento de que, para uma boa governança, as atividades de execução devem ser exercidas por diretoria estatutária profissional – diretoria executiva –, integrada ou não por associados, porém sempre independente do conselho de administração, de forma a retornar este órgão ao papel de responsável pela condução estratégica da sociedade. O referencial conceitual é elaborado com base em estudos dos principais modelos de governança corporativa no Brasil e no mundo, bem como em resultados de pesquisa institucional, de âmbito nacional, inserida em projeto

---

\* Chefe-Adjunto do Departamento de Organização do Sistema Financeiro do Banco Central do Brasil.

\*\* Gerente de Projetos no Departamento de Organização do Sistema Financeiro do Banco Central do Brasil, doutora em Administração pela Fundação Getúlio Vargas.

voltado para fortalecer a governança no setor de cooperativas de crédito. De forma a melhor compor um diagnóstico e fazer uma avaliação da governança no segmento, aplicou-se questionário ao universo de cooperativas de crédito brasileiro, validado por pesquisa amostral junto aos cooperados, por telefone.

**Palavras-chave:** Cooperativas de crédito. Governança. Conselho de administração. Funções executivas.

### *Abstract*

*The purpose of this study is analyzing the functional dynamics of financial cooperatives' board of administration within Brazil and advocate that, for a good governance, executive activities shall be conducted by a professional statutory board of directors – an executive board –, either populated by members or otherwise, but in any case independent from the board of administration, in a way to return to the latter the role of being responsible for the strategic conduction of the institution. The conceptual framework is prepared based on studies of main cooperative governance models in both Brazil and the world, as well as in results of domestic institutional surveys, in the context of a project aimed at strengthening the governance in the financial cooperative sector. Furthermore, in order to arrive to a diagnostic and assessing governance in this segment, a questionnaire was applied to the universe of financial cooperatives, validated by a sample survey among members conducted by telephone.*

**Keywords:** *Financial cooperatives. Governance. Board of administration. Executive activities.*

## **1 Introdução**

O impacto positivo das boas práticas de governança nas empresas de capital aberto atraiu o interesse de outras organizações que, mesmo não dependendo fundamentalmente de investidores, tinham também arranjos vinculando

propriedade e gestão e podiam se beneficiar do referencial teórico-prático construído acerca desse assunto. Empresas estatais, familiares, organizações sem fins lucrativos, clubes de futebol, fundos de pensão e cooperativas são exemplos de contextos nos quais mecanismos de controle externo e interno, alinhamento de interesse e redução de custos de agência vêm sendo adotados.

Os problemas centrais tratados na governança corporativa são semelhantes aos enfrentados pela grande maioria das organizações. Em uma empresa aberta típica – e na maioria de outras organizações, como fundos de pensão, estatais e organizações não governamentais (ONG) –, seu órgão máximo de administração é constituído por um grupo de pessoas que representam os proprietários ou financiadores – o conselho de administração (CA) ou deliberativo –, cabendo a esse órgão a responsabilidade por definir estratégias e objetivos, escolher executivos que irão implantá-los, e acompanhar sua atuação, representando, assim, a expectativa e os interesses desses proprietários. Nesse sentido, a separação das funções desses administradores/conselheiros, com funções estratégicas, das dos administradores executivos é considerada uma das mais importantes práticas para a boa governança. Aos administradores com funções executivas caberia o máximo esforço para alcançar os resultados esperados pelos proprietários, articulados pelo conselho.

Assim, entre os diversos mecanismos utilizados para a melhoria da governança, aquele de maior convergência é o fortalecimento do CA. Escolhidos pelas assembléias de proprietários ou em acordos de acionistas, os membros do CA representam a interligação entre os acionistas e os gestores, acompanhando de forma mais próxima o dia-a-dia da empresa. Além de concentrar o interesse de grupos dispersos de acionistas, têm como dever fiduciário buscar o melhor desempenho da empresa. Entretanto, seu papel nem sempre é claro, o que impacta tanto em sua atuação como, obviamente, nas formas de avaliar sua contribuição. Sua constituição legal varia para cada tipo de organização, reflexo da premissa dos legisladores sobre seu papel esperado.

Internacionalmente, a prática mais difundida, seja entre empresas, seja entre cooperativas, é a de separação do órgão político-estratégico de representação na decisão dos associados – o CA – do órgão de execução – a diretoria ou outro órgão semelhante (superintendência executiva, gerência executiva etc). Nesse sentido, é significativo observar as conclusões de um dos primeiros e

mais representativos trabalhos sobre governança realizados. Constituído no Reino Unido, sob a coordenação do Banco Central inglês e participação de diversos organismos profissionais, o Comitê Cadbury apresentou, em 1992, a recomendação de que as empresas deveriam ter uma separação mais clara entre os papéis desempenhados por diretores-executivos e não executivos, atribuída a estes uma função de monitoramento dos primeiros. Mais que uma conclusão particular do ambiente privado inglês, essa orientação serve para pautar estruturas de governança em qualquer organização. A necessidade de separação clara entre essas duas funções aplica-se também às cooperativas de crédito brasileiras, que são o objeto deste artigo.

O marco legal das cooperativas no Brasil permite, e as normas infralegais chegam a induzir, que essas funções – executivas e não executivas – sejam exercidas pelas mesmas pessoas. Situação observada em grande parte das cooperativas de crédito brasileiras, essa modelagem tende a produzir desequilíbrio – de poder, de acesso à informação, de capacidade de controle, entre outros – entre os membros executivos e os não executivos. Ainda, o executivo principal passa a deter mais informação sobre os negócios da cooperativa que os demais membros do conselho, o que contribui sensivelmente para reduzir o poder de influência e a capacidade de atuação dos membros não executivos. Além disso, a obrigatoriedade legal de rodízio de parte do CA a cada eleição, que deveria servir para a salutar alternância de poder na cooperativa, acaba recaindo sempre sobre os membros não executivos, gerando a possibilidade de elevada concentração de poder nas mãos do executivo principal. Como resultado, a distribuição do poder interno da cooperativa fica fortemente associada ao poder discricionário do executivo principal, e não a um mecanismo institucional transparente.

Assim, a clara separação entre as funções estratégicas e as funções executivas em cooperativas se mostra fundamental para evitar a excessiva concentração de poder na figura do executivo principal, uma vez que esse acumula maior conhecimento sobre o negócio e controle sobre os processos decisórios operacionais. Ainda, é necessário que os administradores que exercem as funções executivas sejam devidamente capacitados para a função. Nesse sentido, o objetivo deste artigo é analisar a dinâmica de funcionamento do CA das cooperativas de crédito no Brasil, defendendo o argumento de que, para uma boa governança, as atividades de execução devem ser exercidas por órgão

executivo profissional e independente do CA, de forma a retornar a esse conselho a condução estratégica da sociedade.

O referencial conceitual se baseia em estudos dos principais modelos de governança corporativa no Brasil e no mundo, bem como em resultados de pesquisa institucional, de âmbito nacional, inserida em projeto voltado a fortalecer a governança no segmento de cooperativas de crédito. Ainda, de forma a melhor compor diagnóstico e avaliação da governança, foi aplicado questionário ao universo de cooperativas de crédito no Brasil e realizada pesquisa amostral junto aos cooperados. O artigo está estruturado em seis partes, além desta introdução. Assim, na segunda parte, são apresentadas teorias sobre governança, focando o papel do conselho. A terceira parte apresenta as cooperativas de crédito no Brasil e o marco legal em relação aos órgãos de administração. A quarta parte apresenta a metodologia da pesquisa. A quinta parte trata das singularidades da governança em cooperativas de crédito, necessárias ao entendimento da dinâmica do conselho. A sexta parte apresenta os resultados da pesquisa, enfatizando a dinâmica de funcionamento e os papéis do CA nas cooperativas de crédito no Brasil. Por fim, nas considerações finais, é firmado o argumento dos autores em relação à necessidade de fortalecimento dos diferentes papéis do CA.

## **2 As teorias da governança corporativa e o papel do conselho de administração**

A tônica do debate atual envolvendo governança corporativa tem dado maior ênfase ao modelo *shareholder*<sup>1</sup>, certamente sujeito ao peso político-econômico dos países que o adotam. De acordo com as premissas desse modelo, a firma tem como objetivo maximizar a riqueza dos acionistas e utiliza, entre outros aspectos, seu valor de mercado como critério para avaliar seu desempenho (MAHER, 1999). As principais dificuldades relacionam-se à separação entre propriedade e gestão,

---

1/ No modelo *shareholder*, do contexto anglo-saxão, a ênfase é dada ao acionista, ou *shareholder*, e o objetivo principal é a obtenção de lucro. O acerto das estratégias adotadas é avaliado primordialmente pelo mercado, pelo o que as análises dos investidores são refletidas nas oscilações dos mercados bursáteis.

à assimetria de informações e à divergência de objetivos entre principal e agente, tendo como consequência os denominados problemas de agência.

Segundo a visão mais ampla do modelo dos *Stakeholders*<sup>2</sup>, as empresas devem compatibilizar as expectativas de diversos grupos de interessados, considerados como detentores de legítimos direitos sobre a atuação e os resultados da empresa. Nesse sentido, a atuação socialmente responsável, administrada de acordo com o interesse público, adquire importância fundamental, e o mesmo ocorre com o dever de prestar contas a diversos outros grupos, tais como empregados, fornecedores, clientes e comunidade em geral, sendo forte a cobrança por *accountability*. 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).

Em que pese a existência desses diferentes modelos, a grande maioria das abordagens teóricas sobre governança corporativa tem tratado quase que exclusivamente de corporações empresariais. Entretanto, uma vez que o problema original da governança corporativa resulta da separação entre a propriedade e a gestão, identificada inicialmente pelo historiador econômico Alfred Chandler, em meados do século XIX, como resultante do efeito da exigência de eficiência e especialização provocada pela Revolução Industrial (McGRAW, 1998), as questões tratadas se aplicam também a um amplo conjunto de organizações, como as cooperativas de crédito.

Mesmo considerando modelos de organização baseados em autogestão, a especialização requerida pela crescente complexidade dos negócios exige que haja gestores preparados para lidar com as questões de natureza executiva, deslocando questões de natureza política a outros fóruns, particularmente a os conselhos de administração ou deliberativo. Assim, permanece a necessidade de configuração de um órgão executivo, de natureza técnica, o que implica problemas de agência pela existência de interesses diversos entre proprietários e executivos, ainda que esses executivos sejam também proprietários, dada a responsabilidade, o acesso

---

2/ Na perspectiva *stakeholder*, base do ambiente nipo-germânico, os interesses dos acionistas buscam ser equilibrados aos de outros grupos que são impactados pelas suas atividades, como os empregados, os fornecedores, os clientes e a comunidade.

à informação, e a singularidade – ou seja, não representa necessariamente o pensamento coletivo – da atuação desses executivos.

Diversos instrumentos são considerados na construção de ambientes de governança corporativa que visam a minimizar esses problemas de agência, definidos como instrumentos de controle interno ou externo. No primeiro caso, esses instrumentos são exemplificados pela atuação do CA e do conselho fiscal, vigilância mútua entre empregados, participação dos dirigentes na propriedade e direito de voto dos acionistas. Exemplos de controle externo são o mercado de bens e de serviços, a concorrência no mercado de trabalho dos dirigentes e a atuação do mercado financeiro e de capitais. Desses, é a atividade do CA que tem se mostrado o mecanismo de controle interno mais importante (DE ANDRES; AZOFRA; LOPEZ, 2005).

É ampla a literatura tratando da composição e dos padrões de atuação do conselho de administração, a qual discute questões como número de membros, participação de membros independentes, participações cruzadas de conselheiros entre empresas (*interlock directorates*) e papéis desempenhados.

Hung (1998) foca em seu estudo a capacidade explicativa de um conjunto de teorias para compreender a dinâmica de funcionamento do CA de organizações de mercado e produzir uma tipologia para classificar seu comportamento. Contrariando a visão predominante, baseada na teoria da agência (DAILY; DALTON; CANNELLA, 2003; SHLEIFER; VISHNY, 1997), em que o papel essencial do CA é exercer o controle sobre a gestão, Hung (1998) afirma que sua atuação representa um fenômeno muito mais complexo e que uma única perspectiva teórica não seria suficiente para capturar toda a abrangência do processo. Para Hung (1998), diversas vertentes teóricas, desenvolvidas para outros contextos e outros problemas, foram sendo utilizadas pelos pesquisadores para tentar exprimir questões específicas da governança e, particularmente, do papel desempenhado pelo conselho. Esse estudioso argumenta que cada teoria, ao focar em uma pequena parte do problema, lembra a famosa estória dos cegos e do elefante, impede que se compreenda o todo, pelo que defende tanto uma abordagem multiteórica quanto o desenvolvimento de teorias próprias capazes de integrar os diversos aspectos da governança.

Assim, com base nas teorias utilizadas para analisar o papel dos conselhos e da descrição de códigos de governança, Hung (1998) avalia que cabe ao conselho



desempenhar seis papéis distintos: de ligação, coordenação, controle, estratégico, conformidade e apoio. Pela taxonomia proposta, a atenção é direcionada ao trabalho do conselho no processo de tomada de decisão, que pode ocorrer segundo uma influência extrínseca ou intrínseca. No primeiro caso, o papel do conselho é pautado pelos fatores contingenciais dos ambientes externo e interno. Na perspectiva intrínseca, o papel é voltado à adequação a expectativas institucionais. Cada um desses seis papéis, a seguir discriminados, tem sido proposto ou tratado por uma teoria associada.

O primeiro papel descrito por Hung (1998) é o papel de ligação, que considera que dependências mútuas entre as organizações, para acesso a recursos e condições necessários a seu funcionamento, criam relações de interdependência que precisam ser gerenciadas, situação essa tratada particularmente pela teoria da dependência de recursos.

No papel de coordenação, cabe às organizações, e principalmente a seu CA, tratar das exigências de participação de grupos de interesse no conselho, entendido que, como referenciado pela teoria dos *stakeholders*, essas são manifestações legítimas e significativamente influenciadoras. Há, portanto, um espaço social em que os diversos grupos de interesse (*stakeholders*) atuam, defendendo diferentes expectativas e posições de poder, cujo equacionamento está na base da sustentabilidade organizacional (MARTINS; FONTES FILHO, 1999).

O terceiro papel destacado para o CA é, certamente, o mais reconhecido como intrínseco à sua missão em um ambiente de separação entre propriedade e gestão: o papel de controle. É destacada a importância desse papel, dadas as possibilidades de diferenças de expectativa e de propensão a risco, bem como de assimetrias de informação entre proprietários e gestores, conforme tratado na teoria da agência.

Contudo, para além de uma posição de monitoramento, o CA deve ser capaz de apresentar ou de deliberar sobre propostas de objetivos para a organização que reflitam os interesses dos proprietários, definido por Hung (1998) como o papel estratégico. Espera-se que os membros do CA tenham uma posição ativa, ou mesmo voluntariosa, no sentido de buscar apresentar propostas que visem a aperfeiçoar a capacidade da organização de produzir os resultados esperados, como discutido na teoria do *stewardship*.

Hung (1998) reconhece também a influência do meio externo em moldar as práticas internas e, muitas vezes, seus objetivos. Principalmente para organizações que atuam sem as referências explícitas de lucro e de valor do mercado como principais direcionamentos, as pressões por legitimidade ocupam um papel de significativa pressão, conforme discutido pela corrente da teoria institucional. Ao CA, cabe o papel de conformidade, adequando as práticas internas aos mecanismos isomórficos do ambiente, dentro dessa busca pela legitimidade, definida por Meyer e Rowan (1977) como o grau de suporte cultural a uma organização.

Por fim, manifesta-se também o papel de suporte, quando o conselho adota uma posição menos estratégica e mais de confirmador das estratégias organizacionais definidas pelos gestores (*rubber stamp*). Esse papel pode ocorrer em situações em que se manifeste um exagerado poder dos gestores ou quando há uma excessiva passividade na atuação do CA e os conselheiros se limitam a suportar as decisões dos executivos, seja por constrangimento, seja por pouca independência.

Cornforth (2003), na tentativa de estabelecer um modelo de análise apropriado para organizações sem fins lucrativos e tomando por base a taxonomia proposta por Hung (1998), 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. O mesmo autor utiliza esse modelo para analisar paradoxos em relação ao conselho especificamente em cooperativas e em associações de base mutualista, enfocando as tensões do conselho (CORNFORTH, 2004). Para ele, em cooperativas e associações, há a predominância da perspectiva democrática no papel e nas práticas dos conselhos, uma vez que os membros devem ser eleitos pelos e entre os associados. Essa perspectiva sugere que o trabalho dos membros do conselho é representar os interesses dos membros da organização, resolvendo ou escolhendo entre interesses de diferentes grupos e definindo a política global da organização, que pode ser implementada pelo *staff*, mas na qual não se obriga que os membros do conselho sejam especialistas, apesar de essa qualidade ser desejável.

### **3 As cooperativas de crédito no Brasil e o marco legal em relação aos órgãos de administração**

Tendo por princípio básico o mutualismo, o cooperativismo pode ser definido como a associação de pessoas que unem seus esforços para satisfação de necessidades econômicas, sociais e culturais em comum. No caso do cooperativismo de crédito, sua importância para a sociedade se destaca por promover a aplicação de recursos privados e assumir os correspondentes riscos em favor da própria comunidade onde se desenvolve. Por representar iniciativas diretamente promovidas pelos cidadãos, é importante para o desenvolvimento local de forma sustentável, especialmente nos aspectos de formação de poupança e de financiamento de iniciativas empresariais que trazem benefícios evidentes em termos de geração de empregos e de distribuição de renda (SOARES; MELO SOBRINHO, 2007).

As cooperativas de crédito brasileiras têm seu regime jurídico regulamentado pela Lei nº 5.764, de 1971 – Lei Cooperativa – (BRASIL, 1971), que define esse tipo de organização como uma sociedade de pessoas, com natureza jurídica própria, de natureza civil, não sujeita a falência, constituída para fornecer crédito, captar depósitos e prestar serviços aos seus associados. Por serem consideradas instituições financeiras pela Lei nº 4.595, de 1964 (BRASIL, 1967), e, portanto, integrantes do Sistema Financeiro Nacional, seu funcionamento e sua regulamentação são definidos pelo Conselho Monetário Nacional e sua fiscalização é exercida pelo Banco Central do Brasil.

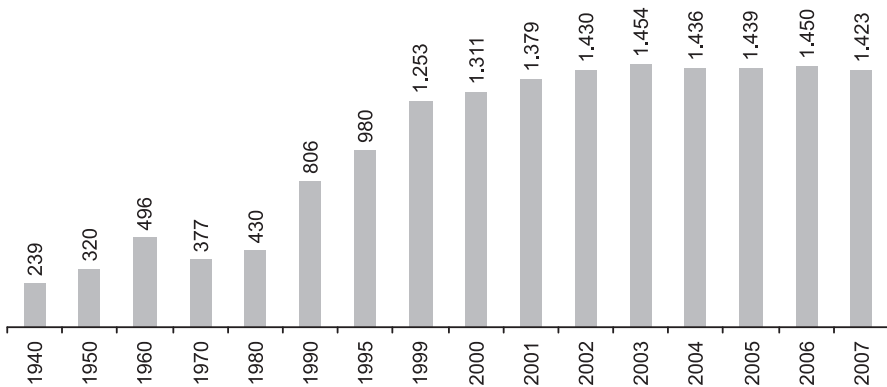
Em dezembro de 2007, estavam em funcionamento 1.423 cooperativas singulares (de primeiro nível), 37 cooperativas centrais, consideradas de segundo nível por serem formadas por cooperativas singulares, quatro confederações, formadas por centrais (terceiro nível) e dois bancos controlados por cooperativas (bancos cooperativos), usados para melhorar o relacionamento com o mercado e para baixar custos para os sistemas, como os de compensação de cheques e outros documentos (BACEN, 2008).

As cooperativas de crédito podem ser classificadas por modalidade, de acordo com o objeto ou a natureza das atividades desenvolvidas, ou por seus associados. Em dezembro de 2007, o sistema cooperativo de crédito era composto por 573 cooperativas de empregados públicos e privados, 394 de crédito rural, 258 de

profissionais, 26 de microempresários, 34 de empresários e 131 de livre admissão de associados<sup>3</sup> (BACEN, 2008).

Além de agrupamentos por níveis e por modalidades, as cooperativas de crédito podem ser agrupadas de acordo com o vínculo a sistemas cooperativos ao qual pertencem. Esses sistemas reúnem cooperativas que compartilham normas internas, ferramentas de tecnologia de informação, procedimentos, tecnologias, produtos, serviços e marca com a finalidade de melhorar a eficácia no relacionamento com associados e nos controles organizacionais e sistêmicos. Em dezembro de 2007, 44% dos pontos de atendimento estavam vinculados ao sistema Sicoob, 25% ao Sicredi, 10% ao Unicred, 8% ao Ancosol e 3% aos demais sistemas, sendo que 11% desses pontos, entre eles 294 cooperativas, não estavam vinculados a sistemas e foram classificadas como cooperativas independentes (BACEN, 2008).

**Gráfico 1 – Quantidade de cooperativas**



Fonte: Bacen (2008).

Em 1971, quando entrou em vigor a Lei Cooperativa (5.764), a quantidade de cooperativas começou a crescer e manteve esse padrão ao longo de todo esse tempo, independentemente das várias mudanças de cenário político, social e econômico pelos quais o país passou, conforme demonstrado no Gráfico 1. Mas, ao longo do

3/ Modalidade criada em 2003, quando foi atendido antigo anseio do segmento das cooperativas, representada pela abertura do quadro social, que permite aumento da economia de escala, mitigação de riscos e, principalmente no setor rural, regularização de situação que de fato já existia: principalmente em municípios desassistidos por serviços financeiros, as cooperativas de crédito rural atendiam as necessidades de cidadãos não vinculados ao setor rural que moravam em sua área de atuação.

seu processo evolutivo, o marco legal tem induzido a modelagem vertical para o cooperativismo de crédito, assim entendido aquele que busca economia de escala, por intermédio de fusões e incorporações e pelo aumento da amplitude operacional por meio de postos de atendimento cooperativo (PAC), em benefício da eficiência na gestão dos recursos, já que os custos de instalação desses postos são inquestionavelmente inferiores aos de estabelecimento de uma cooperativa. Demonstra esse fenômeno o fato de que, em dezembro de 2007, dos 3.930 pontos de atendimento existentes, 1.423 eram cooperativas de crédito, e 2.507, postos de atendimento cooperativo (SOARES; DUARTE SOBRINHO, 2007).

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.

Dessa forma, as cooperativas de crédito no Brasil devem optar por serem administradas por uma diretoria ou por um CA, em qualquer caso eleitos pela Assembléia Geral, que é o órgão supremo, e atentar para a necessidade de renovação de percentual de seu quadro administrativo. Esse dispositivo legal permite, ainda, que, no caso de a cooperativa optar por ter uma diretoria, a renovação de seus membros administrativos não seja obrigatória. 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).

Em que pese existir espaço para o entendimento de que é possível a cooperativa ser dirigida por mais de um órgão de administração e de que não necessariamente seus membros devam ser associados e eleitos em Assembléia, está consagrado no cooperativismo de crédito brasileiro o modelo em que a cooperativa opta por ter um conselho ou uma diretoria, sempre composto por associados eleitos em assembléia, não havendo consenso quanto ao entendimento de que podem ser contratados executivos de fora do quadro social, prática usual em outros países<sup>4</sup> e recomendada para uma boa governança.

---

4/ Segundo Meinen (2008), na América Latina, há dois modelos principais de administração em cooperativas de crédito. No primeiro, a administração estratégica compete ao conselho de administração – membros eleitos, oriundos do quadro social –,

Na prática, portanto, prevalece o disposto na Resolução nº 12, de 1974, da Confederação Nacional do Cooperativismo (CNC) (CONSELHO, 1974) – órgão que, mesmo extinto, tem suas orientações aplicadas inclusive a cooperativas de crédito, naquilo que não conflite com as resoluções baixadas pelo Conselho Monetário Nacional – todos os componentes do CA podem ter funções de direção ou pode existir um CA constituído por uma diretoria executiva (DE) e por membros vogais, alternativa essa a mais utilizada nas cooperativas de crédito no Brasil atualmente.

#### 4 Metodologia de pesquisa: o projeto Governança Cooperativa

A pesquisa insere-se em projeto do Banco Central do Brasil, que busca fortalecer a governança do segmento de cooperativas de crédito no Brasil, por meio da proposição de diretrizes para boas práticas de governança. O projeto buscou identificar as principais questões de governança nas cooperativas e verificar como a adoção de boas práticas poderiam equacioná-las, e não simplesmente transpor práticas de outros contextos organizacionais e de outros países.

Assim, foi realizada pesquisa bibliográfica e documental, entre agosto e novembro de 2006, para sistematizar informações sobre: a) principais modelos e códigos de governança no mundo e no Brasil; b) modelos de governança adotados pelas cooperativas de crédito no país; e c) modelos de governança de cooperativas em outros países. Ainda, em outubro de 2006, foi realizado *workshop* com representantes dos principais sistemas de cooperativas de crédito para apresentação e debate sobre seu modelo de governança, evento esse importante para compor o quadro de análise.

---

e a administração executiva, por sua vez, compete ao chamado gerente general, que é o gestor principal, uma espécie de diretor, técnico vindo do mercado, profissional de finanças/bancário e representante legal da cooperativa. É o caso, por exemplo, da Bolívia, do Equador, da Colômbia e da Costa Rica. No segundo modelo, o próprio conselho de administração (ou uma parte dele) – eleito pela assembléia geral, não profissional e selecionado do quadro social – é o gestor executivo/principal. Ainda assim, nesse formato, há o gerente que executa atividades de menor importância. É o caso mais geral, via de regra, do Chile, do Paraguai e do Uruguai. Em ambos os casos, o gerente geral é escolhido e destituído pelo conselho de administração – em onze de doze países pesquisados pela Confederação Alemã de Cooperativas (DGRV), adota-se essa prática. Apenas no México, a assembléia geral elege o executivo. Na Alemanha, não há CA, mas apenas diretoria executiva (DE) profissional. Os componentes do colegiado (no mínimo dois e no máximo cinco), que advêm (todos) do mercado, são eleitos pelo conselho fiscal de cada banco cooperativo. Na Austrália, a maior parte dos diretores – quase sempre provenientes do mercado – ainda é eleita pelos associados, sendo que o conselho de administração escolhe/elege o presidente executivo. Algumas cooperativas de crédito têm permissão de escolher diretores por meio do conselho, cuja prática é apoiada pelo órgão regulador.

Na segunda etapa da pesquisa, entre novembro de 2006 e março de 2007, foram realizadas entrevistas em profundidade com representantes de trinta e quatro cooperativas singulares e onze cooperativas centrais em todo o país, objetivando conhecer, além dos documentos, suas práticas de governança. A seleção contemplou os diversos tipos de cooperativa e os diferentes sistemas (incluindo cooperativas independentes), buscando-se respeitar a proporcionalidade nas regiões do país. A seleção buscou também contemplar cooperativas de diferentes portes, tendo em vista que seus ambientes de governança podem ser diferenciados.

Após as entrevistas, antevendo a fase seguinte do projeto, foi realizado um segundo *workshop*, em junho de 2007, dessa vez com a presença de cerca de trinta dirigentes de cooperativas singulares de várias partes do país. Esse evento teve o objetivo de avaliar informações obtidas na fase de entrevistas e, principalmente, promover uma discussão sobre as principais questões com grupos de dirigentes de diferentes tipos, sistemas e portes de cooperativas.

Com base nesse primeiro diagnóstico – estudos, entrevistas e *workshops* –, que visou a reconhecer questões e problemas principais em relação à governança das cooperativas de crédito – pontos fortes e vulnerabilidades –, foi elaborado questionário com cerca de cem questões, divididas nas seguintes seções: a) Representatividade e Participação; b) Direção; e c) Gestão e Fiscalização. O questionário, aplicado via internet entre os meses de setembro e outubro de 2007, foi direcionado a todas as cooperativas de crédito singulares. Responderam o questionário 1.199 cooperativas singulares, o que representa um retorno de 86% do total no país naquele momento. Nesse sentido, os objetivos principais do questionário foram provocar a discussão sobre o tema nas cooperativas – para fazer com que seus dirigentes avaliassem e comesçassem a repensar os mecanismos de governança – e obter diagnóstico sobre a percepção desses dirigentes (conselheiros e executivos) e a prática atual de governança nas cooperativas.

Uma vez que o associado é a parte interessada fundamental em uma cooperativa, nos meses de novembro e dezembro de 2007, foi realizada pesquisa amostral com associados de trinta cooperativas singulares. As entrevistas foram realizadas por telefone, com quatorze associados de cada cooperativa, perfazendo amostra de 420 cooperados. O questionário continha cerca de trinta perguntas, das quais duas abertas, com o objetivo de investigar a percepção do associado em relação à administração da cooperativa e aos dirigentes. Foram

selecionadas cinco cooperativas dos tipos: rural, empregados/servidores, profissionais, solidária, micro e empresários e de livre admissão<sup>5</sup>. Essa pesquisa foi fundamental para o cotejamento com a visão dos dirigentes.

## 5 Singularidades da governança em cooperativas de crédito

Caracterizadas como sociedade de pessoas, e não de capital, as cooperativas têm na união de indivíduos pela adesão voluntária e livre, na gestão democrática, na participação econômica dos membros e na autonomia e independência, princípios basilares de sua gestão. Assim, ao contrário do que ocorre nas grandes empresas privadas, as cooperativas são administradas por seus associados, que são os “donos do negócio”, tendo cada associado direito a um voto, independentemente do valor de seu capital. Ainda, não há o objetivo de lucro e as metas devem ser de longo prazo, uma vez que o objetivo principal é o atendimento às necessidades dos proprietários da cooperativa.

Segundo Desrochers e Fischer (2002), a principal causa das falências em instituições com propriedades difusas e não pertencentes ao mercado acionário, como é o caso das cooperativas de crédito, decorre dos conflitos gerados na separação entre as funções de dirigentes e proprietários. O fato de a cooperativa ser administrada pelos associados elimina, em tese, os problemas de agência no que se refere apenas à relação entre proprietários e gestores – pois esse gestor é, ao mesmo tempo, o principal e o agente. Entretanto, os associados podem não ter os mesmos objetivos e interesses, e, assim, cria-se a segmentação entre os que conduzem os negócios e os demais associados. Particularmente, o papel do conselho de definir as estratégias pode ficar comprometido. Assim, ao ocorrer a delegação das decisões pelo conjunto dos cooperados a um grupo eleito de dirigentes, mantêm-se, com forma diferente, problemas clássicos de governança.

---

5/ Dada essa restrição, para o sorteio das cooperativas, foi considerado o “método sistemático”, a fim de garantir a inserção de cooperativas de todo porte. Os cooperados a serem entrevistados de cada uma das trinta cooperativas também foram selecionados de forma sistemática, de acordo com as listagens fornecidas pelas cooperativas, contendo os nomes e os telefones de associados. A cobertura geográfica da pesquisa abrangeu todo o Brasil, contemplando quatorze estados e trinta municípios, dos quais seis capitais e 24 municípios de interior. As entrevistas tiveram a duração média de quinze minutos.



Além dessas características, as cooperativas de crédito apresentam outra, importante para compor o quadro de análise de sua governança, que é o fato de, apesar de serem associações, serem também instituições financeiras (BRASIL, 1964), o que, por sua vez, implica algumas especificidades.

O setor financeiro caracteriza-se por ser altamente exposto a risco sistêmico, ou seja, o risco de a quebra de instituição financeira contaminar todo o sistema. Mas, diferentemente dos bancos, as cooperativas de crédito não pertencem ao mercado acionário, portanto, não estão sujeitas ao escrutínio dos investidores, o que aumenta ainda mais a necessidade de possuir uma boa governança. Sua participação no Sistema Financeiro Nacional (SFN) faz, então, com que sua governança transcenda aos limites do interesse particular dos associados, podendo ser também considerada uma questão de políticas públicas (FONTES FILHO *et. al.*, 2006). Segundo Pagnussat (2004), o público externo coloca restrições à governança das cooperativas, uma vez que os associados são clientes e dirigentes, o que pode ser positivo para resguardar seus interesses, embora possa transferir riscos para terceiros, como o governo e fornecedores. Assim, em cooperativas de crédito, os proprietários são também os clientes (tomadores de crédito, de produtos e de serviços) e os fornecedores (depositantes) de recursos à organização<sup>6</sup>.

Além disso, nesse tipo de organização, muitas vezes o espírito cooperativista rivaliza-se com posturas oportunistas do quadro social. Enquanto há os que se associam por acreditar nos ideais cooperativos, há aqueles que seguem uma lógica utilitarista e pragmática, associando-se pelo menor custo de suas operações ou pela dificuldade que têm de conseguir atender suas necessidades financeiras em outro local (AMESS; HOWCROFT, 2001). Como consequência disso, a construção da confiança depende do *ethos* criado na cooperativa em torno de um espírito associativo, mas sua utilização nas estruturas de governança deve considerar as diferentes razões da adesão a seus quadros.

Apesar de não existir concentração de propriedade, há outro problema de comportamento igualmente danoso para a governança e que indiretamente gera assimetria de poder: o chamado “efeito carona” (*free rider*) – uma vez que é baixa a participação em cooperativas. Esse comportamento está diretamente

---

6/ Entre os associados, há grupos de poupadores e tomadores líquidos de recursos. As decisões na gestão da cooperativa certamente geram conflito de interesse entre esses dois grupos de sócios. Se os dirigentes decidirem por maximizar o retorno para os credores, poderá prejudicar o grupo de tomadores líquidos, e vice-versa.

relacionado ao sentimento de pertencimento e propriedade dos associados e manifesta-se quando as pessoas sentem que sua contribuição individual representa pouco para o todo ou não lhe permite capturar benefícios individuais.

Uma vez que os grupos de associados, na maioria dos casos, possuem elos com os dirigentes eleitos, existe nesse tipo de organização um clima de confiança entre associados e gestores, sentimento desejável em uma cultura associativista. Entretanto, para exemplificar a importância da consolidação das boas práticas de governança, essa mesma confiança pode trazer uma percepção de menor necessidade de acompanhamento e fiscalização por parte dos associados, fragilizando um dos principais mecanismos de controle da organização. Pode, ainda, conduzir a uma concentração de poder e influência em determinados dirigentes, reduzindo a capacidade de atuação dos demais membros do CA e da DE.

Seguindo essa linha, é certo que participar de cooperativa exige informação, conhecimento e capacidade de decidir. O princípio da transparência define, nas práticas de governança, o interesse dos gestores em assegurar que os proprietários, no caso os associados, tenham pleno conhecimento das informações e dos resultados da associação, de forma a melhorar sua opinião.

Do ponto de vista dos associados, as questões de governança visam a promover condições que facilitem a tomada de decisão coletiva, reduzindo custos e potenciais conflitos. Com o crescimento do segmento das cooperativas de crédito e, principalmente, com a introdução a partir de 2003 da possibilidade de livre admissão de associados, será cada vez mais freqüente o surgimento de conjuntos variados de interesses entre os associados de uma mesma cooperativa. Nesse sentido, a tomada de decisão pela maioria pode ser origem para uma série de problemas futuros, tais como desmotivação de um grupo específico de associados, desinteresse na participação e conflitos entre grupos.

Feitas essas ponderações sobre a governança em cooperativas de crédito, a próxima seção visa a analisar a dinâmica do conselho, tendo em vista os diferentes papéis exercidos e esperados e tomando por base os resultados das pesquisas efetuadas.

## **6 A dinâmica de funcionamento do conselho de administração em cooperativas de crédito no Brasil**

A maioria das cooperativas de crédito que responderam à pesquisa (82,23%) tem o CA como órgão responsável pela administração, e não a diretoria – que são as duas formas permitidas pela legislação. Dessas cooperativas, 84,68% possuem dentro do CA uma DE – o que representa quase 70% do total das cooperativas da amostra; ou seja, a maioria das cooperativas de crédito no Brasil apresenta uma configuração de sobreposição de funções estratégicas e funções executivas. Em 70,14% das cooperativas da amostra da pesquisa, a condução dos assuntos administrativos do dia-a-dia da instituição é executada principalmente por “um diretor eleito, com funções executivas”, e apenas em 29,52% essa condução é feita principalmente por um executivo contratado.

Problema clássico de governança, essa sobreposição das funções aparece de forma mais clara quando o presidente da DE e o presidente do CA são a mesma pessoa, o que, de acordo com a pesquisa, ocorre em 94,4% das cooperativas que possuem CA, evidenciando que não há preocupação em separar as funções estratégicas das funções executivas. Essa situação, somada ao fato de que o diretor-presidente na maioria das vezes é indicado já na eleição, sendo seu nome designado na chapa eleitoral, contribui fortemente para reduzir a importância do CA, ao fortalecer a figura do diretor-presidente.

De fato, quem administra a cooperativa é o diretor-presidente, nem sempre auxiliado pelos demais diretores executivos. É ele quem toma as decisões táticas e cotidianas de condução dos negócios. Ao mesmo tempo em que também é membro e vota nas decisões do CA, os membros da DE têm papel fundamental na definição das estratégias da cooperativa e na formação das chapas que concorrerão aos órgãos estatutários da cooperativa. Assim, a maioria dos entrevistados, tanto membros do CA quanto da diretoria, informaram que o CA exerce papel mais de referendo às proposições da DE do que de proposição e supervisão pró-ativa das ações tomadas pela DE. Portanto, o grau de independência do CA frente aos diretores fica comprometido em decorrência da concentração de poder e de informações na diretoria. Por sua vez, como a DE, às vezes, dedica-se apenas parcialmente às atividades da cooperativa – na medida em que possui vínculo com o grupo de controle externo que originou a cooperativa: produtor

rural, empresário, profissional ou empregado –, acaba por delegar parcela substancial de sua competência ao gerente ou ao superintendente, o que também pode comprometer sua autonomia nas decisões da cooperativa.

Essa parece ser uma das questões de governança das cooperativas de crédito a exigir mudanças mais urgentes, pois, nessa configuração, o processo decisório está sendo controlado pelos ocupantes dos cargos executivos, sem o necessário monitoramento por parte do CA (colegiado). Além disso, essa sobreposição de funções estratégicas e executivas, no mesmo órgão, representa risco de perpetuação no poder, independentemente de desempenho, e risco de ausência de preparação de sucessores, necessários à perenidade da sociedade cooperativa.

Na maioria das cooperativas entrevistadas, o CA é formado por de sete a nove membros, e, em todas, a DE é escolhida entre os membros do CA. A quantidade de cargos executivos dentro do CA varia de dois a quatro, sendo três o número mais freqüente de executivos. Os resultados do questionário aplicado às cooperativas corroboram esses números, pois o valor da moda do número de membros efetivos do CA é seis (22,41%), seguido de sete (21,11%), de três (18,28%) e de nove (13,09%). Em relação ao número de membros efetivos que cumprem expediente diário na cooperativa, 36,41% responderam que são três membros estatutários, 24,57% que são dois e 25,98% que somente um membro cumpre expediente diário na cooperativa. Assim, observa-se que, na maior parte das cooperativas de crédito, há grande concentração de poder.

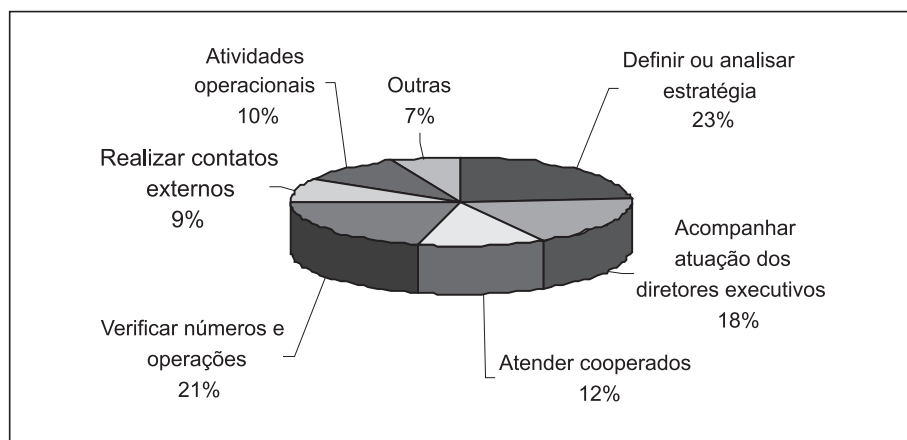
Em relação ao percentual de tempo demandado na atuação dos conselheiros de administração ou dos diretores sem função executiva, o gráfico 2 evidencia que a atividade de “definir ou analisar estratégia” (papel estratégico e de suporte) ocupa mais tempo (23%). Paradoxalmente, a verificação de números e operações (papel de controle) ocupa percentual de tempo demasiadamente grande (21%), sinalizando sobreposição de funções com o conselho fiscal<sup>7</sup> ou mesmo desvio do papel do CA. O papel relacional de atendimento dos cooperados (papel de ligação) também ocupa percentual significativo do tempo dos conselheiros sem função executiva.

---

7/ De acordo com o art. 56 da Lei Cooperativista (BRASIL, 1971), o conselho fiscal é um órgão estatutário e independente da administração, constituído de três membros efetivos e de três suplentes, todos associados eleitos anualmente pela Assembléia Geral. Funciona de modo permanente, e sua responsabilidade principal é fiscalizar os atos de gestão administrativa e analisar as demonstrações financeiras, relatando suas observações aos associados nas assembleias.

Quanto ao acompanhamento da atuação dos diretores executivos, em que pese demandar 18% do tempo dos conselheiros, 22,19% das respostas apontam que esses diretores não prestam contas formalmente de suas atividades ao CA ou aos diretores não executivos. Ainda, diversos fatores se apresentam como evidências de que, mesmo ocorrendo essa prestação de contas, ela pode dar-se de forma limitada. O amplo poder do diretor-presidente frente aos demais executivos e ao próprio conselho, a assimetria de informações sobre as atividades da cooperativa e a freqüente recondução dos dirigentes contribuem para criar um ambiente que pode limitar a efetiva prestação de contas. Certamente isso não significa afirmar que não há prestação de contas, mas que sua efetividade pode ser considerada limitada.

Gráfico 2 – Distribuição percentual do tempo que as atividades demandam na atuação dos conselheiros de administração ou diretores sem função executiva



Fonte: Dados da pesquisa.

Há grande incidência de cooperativas nas quais não há remuneração pela função de conselheiro de administração (40,95%). Embora possa ser entendido como uma contribuição voluntária à cooperativa, a exigência de dedicação e tempo e a responsabilidade inerente ao cargo recomendam que essa função seja remunerada.

Os números da pesquisa evidenciam que há razoável renovação dos quadros de dirigentes das cooperativas – 44,17% do conjunto total de dirigentes das

cooperativas que responderam à pesquisa estão em seu primeiro mandato; mas, no outro extremo, 6,09% estão no quinto mandato ou em mandato superior, consecutivos. Há que se destacar, contudo, que isso não indica a existência ou não de quadros que não se renovam. Em 505 cooperativas, há dirigentes no quinto mandato eletivo consecutivo, ou mais, o que representa 42% da amostra. Somente 18,02% das cooperativas limitam formalmente o número de reeleições de um mesmo membro de órgão estatutário. Da perspectiva de boas práticas de governança, é recomendável que o número de reeleições seja limitado estatutariamente.

De acordo com as entrevistas, o funcionamento do CA, no geral, segue um procedimento mais ou menos padronizado. É realizada no mínimo uma reunião ordinária por mês. Em caso de necessidade, são efetuadas reuniões extraordinárias. A DE da cooperativa prepara previamente os documentos necessários à deliberação do CA e os entrega com antecedência, em geral, de uma semana. Embora as reuniões sejam mensais, a maioria dos conselheiros vai à cooperativa diversas vezes durante o mês para informar-se a respeito das atividades da cooperativa. Há cooperativas em que os conselheiros se reúnem em um dia específico da semana para tratar dos negócios e tomar decisões referentes ao comitê de crédito.

Geralmente, as reuniões do CA são marcadas em datas diferentes das reuniões do conselho fiscal (CF) para que ambos os conselhos tomem conhecimento das deliberações do outro. Nas reuniões, são lidas a ata da reunião anterior, a ata da reunião do CF e são deliberados os assuntos da ordem do dia. Em geral, o coordenador do CF é chamado a participar como ouvinte, e, em algumas cooperativas, o coordenador da auditoria participa para prestar esclarecimentos.

## **7 Considerações finais**

O objetivo do artigo foi descrever e analisar a dinâmica de funcionamento do CA das cooperativas de crédito no Brasil, defendendo o argumento de que as atividades de execução devem ser realizadas por órgão independente do CA, de forma a retornar a este último o papel de responsável pela condução estratégica da sociedade. Para tanto, baseou-se na análise dos resultados do projeto de pesquisa desenvolvido pelo Banco Central do Brasil denominado Governança Cooperativa.

Essa análise, de fato, apontou a existência de problemas clássicos de governança derivados da restrição legal de contratação de diretores executivos estatutários não eleitos em assembleia e não associados, bem como da não existência de dois órgãos de administração independentes, um com funções estratégicas (CA) e outro com funções executivas (DE). Nas cooperativas em que há a tentativa de separação dessas funções, aqueles que exercem a condução diária dos assuntos da cooperativa (executivos) continuam mantendo o papel de membro do CA, o que leva à concentração de poder e à assimetria de informações.

Mesmo considerando que a cooperativa se qualifica como sociedade de pessoas, portanto com características próprias de governança, os papéis e as funções de seu CA não devem se distanciar daqueles atribuídos às sociedades de capital. Aliás, por se tratarem de instituições de propriedade difusa, sem a figura de sócio majoritário ou controlador, o fortalecimento do papel do CA é ainda mais importante, de forma a manter os valores inerentes ao processo associativo e mitigar riscos de comportamento oportunista ou personalizado dos dirigentes, que são agentes e principais, ao mesmo tempo. Nesse contexto, as regras de funcionamento do órgão de administração estratégica, instância máxima da administração da cooperativa, devem ser perenes, não definidas casuisticamente, devendo ser explicitadas responsabilidades, atribuições e rotinas de trabalho dos conselheiros.

Ocorre que diretores executivos que são também titulares das funções de conselheiro se impõem, tacitamente, frente ao conjunto do CA, uma vez que têm mais acesso a informações e possuem poder de decisão em nível operacional. Essa posição de desequilíbrio progressivamente transfere o poder para a figura do executivo principal, em contrapartida ao esvaziamento do papel do CA. Com poder político e informacional reduzido frente aos executivos, como o que se observa no sistema cooperativista de crédito brasileiro, o CA dificilmente poderá cumprir plenamente suas funções de representação dos associados, de definição de estratégias e de acompanhamento de sua execução, o que explica parte dos problemas de governança existentes nesse segmento.

Quando as atividades executivas são realizadas por órgão específico, cabe ao executivo principal a responsabilidade pela coordenação das atividades dos demais executivos e do próprio órgão executivo, devendo responder pelo desempenho operacional da cooperativa e pela prestação de contas perante os administradores não executivos e perante o conselho fiscal. Ainda, as funções de

direção executiva devem ser exercidas com dedicação exclusiva, num princípio não raro desrespeitado pelo sistema cooperativista brasileiro, que tem em seus principais executivos estatutários, eleitos dentre os membros do CA, muito mais funções de representação política do que propriamente de execução, as quais, de fato, acabam nas mãos de gerentes e colaboradores. Não se trata de inibir dirigentes retirados do próprio corpo social por vocação, formação ou liderança, mas de segregar claramente o papel de conselheiro do papel de dirigente executivo.

Assim, torna-se necessária, no ambiente do crédito cooperativo brasileiro, a separação das funções estratégicas das funções executivas, inclusive com a perspectiva de contratação de dirigentes executivos não necessariamente integrantes do corpo social – ainda não explicitamente permitida pelo marco legal e regulamentar vigente.

Por fim, visando à boa governança, é importante redirecionar e fortalecer a atuação dos conselheiros que não desempenham funções executivas, de modo a que seja exercido efetivamente seu papel estratégico e de ligação, que traduza as expectativas dos cooperados em orientações e estratégias, a serem desenvolvidas pelos executivos, com ênfase no controle para o monitoramento dessa realização.

## Referências

AMESS, Kevin; HOWCROFT, Barry. Corporate governance structures and the comparative advantage of Credit Unions. In: **Corporate Governance: An International Review**, v. 9, n.1, p. 59-65, Jan. 2001.

BANCO CENTRAL DO BRASIL – BACEN. **Composição do Sistema Financeiro**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?SFNCOMP>>. Acesso em: 29 mai 2008.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS – BIS. **Enhancing corporate governance for banking organizations**. Fev. 2006. Disponível em: <<http://www.bis.org/publ/bcbs122.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2006.

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.senado.gov.br>>. Acesso em: 5 mar. 2006.



\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.764**, de 16 de dezembro de 1971. Define a política nacional de cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 5 mar. 2006.

CIANCANELLI, Penny, GONZALEZ, Jose Antonio Reyes. Corporate governance in banking: a conceptual framework. **European Financial Management Association Conference**, Athens, Jun. 2000. Disponível em: <[papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=253714](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=253714)>. Acesso em: 20 set. 2002.

CONSELHO NACIONAL DE COOPERATIVISMO – CNC. **Resolução CNC nº 12**, de 23 de abril de 1974. Dispõe sobre a administração da sociedade cooperativa. Disponível em: <<http://www.portaldocooperativismo.org.br/sescoop/juridico/legislacao/#cnc12>>. Acesso em: 8 mar. 2008.

CORNFORTH, Chris. **The governance of public and non-profit organisations: what do boards do?** Oxon: Routledge, 2003.

\_\_\_\_\_. Governance of cooperatives and mutual associations. **Annals of Public and Cooperative Economics** 75:1 2004. Ciriec 2004. Published by Blackwell Publishing Ltd. Oxford.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS – CVM. **Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa**. Junho 2002. Disponível em: <<http://www.ecgi.org/codes/documents/cartilha.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2006.

DAILY, Catherine; DALTON, Dan R.; CANNELLA Jr., Albert A. Corporate governance: decades of dialogue and data. **Academy of Management Review**, v. 28, n. 3, p. 371-382, Jul. 2003.

DE ANDRES, Pablo; AZOFRA, Valentin; LOPEZ, Felix. Corporate Boards in OECD Countries: size, composition, functioning and effectiveness. **Corporate Governance: An International Review**, v. 13, n. 2, p. 197-210, Mar. 2005.

DESROCHERS, Martin & FIRCHER, Klaus P. Corporate Governance and Depository Institutions Failure: The Case of an Emerging Market Economy. July 2002. **Social Science Research Network**. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=345980](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=345980). Acesso em: 25 mar. 2008.

FONTES FILHO, J. R.; VENTURA, E. C. F.; OLIVEIRA, M. J. Avaliando as possibilidades de modelos participativos de governança: o ambiente das

cooperativas de crédito. X COLÓQUIO INTERNACIONAL DE PODER LOCAL. **Anais...** Salvador, 2006.

HUNG, Humphry. A typology of the theories of the roles of governing boards. **Corporate Governance: An International Review**, v. 6 Issue 2, p. 101-111, Apr. 1998.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA – IBGC. **Código das Melhores Práticas de Governança**. 1999. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/CodigoMelhoresPraticas.aspx>>. Acesso em: 23 maio 2007.

MAHER, Maria. **Corporate governance: effects on firm performance and economic growth**. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Sept. 1999.

McCRAW, Thomas K. (org.). **Alfred Chandler: ensaios para uma teoria histórica da grande empresa**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1998.

MEYER, John W., ROWAN, Brian. Institutionalized organizations: formal structure as myth and ceremony. **American Journal of Sociology**, v. 83, n. 2, p. 340-363, 1977.

MEINEN, Enio. Confederação SICREDI. Assunto: **Governança Cooperativa – Diretoria Executiva**. Resposta a solicitação de informações sobre o modelo de governança em outros países, via *e-mail*. Mensagem enviada em: 10 de abril de 2008.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 27 jun. 2007.

PAGNUSSATT, Alcenor. **Guia do cooperativismo de crédito: organização, governança e políticas corporativas**. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2004.

SHLEIFER, Andrei. VISHNY, Robert. A survey of corporate governance. **The Journal of Finance**, v. LII, n. 2, p. 737-783, Jun. 1997.

SOARES, Marden; MELO SOBRINHO, Abelardo. Microfinanças. **O Papel do Banco Central do Brasil e a Importância do Cooperativismo de Crédito**. Brasília: Banco Central do Brasil, 2007.

# **Responsabilidade por Omissão do Auditor Externo no Âmbito do Sistema Financeiro Nacional: considerações sobre o poder disciplinar do Banco Central do Brasil, a culpabilidade e a justiça da pena**

Marlos Lopes Godinho Erling\*

1 Introdução. 2 Competência do Banco Central do Brasil. 3 A função do auditor externo. 4 Poder disciplinar da Administração Pública, culpabilidade e a justiça da pena: concepção de juridicidade administrativa e o esboço de parâmetros de análise. 5 Conclusão.

## **Resumo**

A função do auditor externo de atestar a idoneidade e a veracidade das informações contábeis, financeiras e patrimoniais de instituições financeiras e instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil é fundamental para o funcionamento adequado do Sistema Financeiro Nacional. Fraudes podem ser praticadas, e o auditor externo, que age na qualidade de garantidor, deve ter postura ativa e independente. Nesse sentido, o exercício do poder disciplinar daquela autarquia sobre a atividade de auditoria externa assume importância, de modo que condutas omissivas injustificáveis praticadas por auditores externos podem dar ensejo à instauração de processo administrativo punitivo, com vistas à apuração de responsabilidades e à imposição da pena justa

---

\* Economista e advogado. Procurador do Banco Central do Brasil no estado do Rio de Janeiro, pós-graduando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ).

ao caso concreto, segundo critérios de relevância e justificação da conduta, bem como de acordo com o desvalor jurídico da ação e do resultado lesivo, daí a necessidade de construção de alguns parâmetros de análise para a culpabilidade do auditor externo, consoante sua contribuição para a consumação da fraude.

**Palavras-chave:** Auditor externo. Poder disciplinar. Ato administrativo punitivo. Justiça da pena.

### *Abstract*

*The function of the external auditor to certify the truthfulness and accuracy of accounting, financial assets and property information of the financial institutions and institutions authorized to operate by the Central Bank of Brazil is essential for the proper functioning of the National Financial System. Frauds can be committed and the external auditor, acting as a guarantor, should have active and independent posture. Accordingly, the exercise of disciplinary powers of the supervisory authority on the activity of external audit is important, so that unjustifiable omission of conduct committed by external auditors may give rise to the introduction of punitive administrative process, with the aim of the determination of responsibility and to the imposition of a fair penalty, according to the criteria of relevance and justification of the conduct, the worthless legal grade of the action and the harmful result, hence the need for construction of some parameters of analysis for the guilt of the external auditor, in proportion to your contribution to the consummation of fraud.*

**Keywords:** *External auditor. Disciplinary powers. Administrative punitive act. Justice of penalty.*

## 1 Introdução

O presente artigo tem por objeto trazer algumas considerações acerca da atuação do poder disciplinar pelo Banco Central do Brasil na hipótese em que diagnosticada omissão injustificável e relevante, no exercício da atividade de auditoria externa, por parte de sociedades de empresa de auditoria ou pelo auditor externo independente<sup>1</sup> em instituições financeiras ou demais instituições autorizadas a funcionar pela autarquia.

A propósito, evidenciada a competência do Banco Central do Brasil para a instauração de processo administrativo punitivo no caso em tela e explicitada a função do auditor externo, pretende-se demonstrar que somente a omissão injustificável e relevante do auditor externo é punível. Nesse caso, atestada a ausência de justificativa plausível, a pena deve ser justa<sup>2</sup> ao desvalor jurídico da ação (elemento subjetivo da conduta) – no caso, conduta omissiva – e/ou ao desvalor jurídico do resultado (intensidade e relevância da conduta em si) sobre a higidez do Sistema Financeiro Nacional e o regular e o transparente funcionamento do sistema bancário, conforme a relevância e a lesividade da conduta omissiva do auditor externo, que age na qualidade de garantidor.

- 
- 1/ Faz-se a distinção entre sociedade de empresa de auditoria e auditor externo independente sem rigor científico, mas apenas para frisar que, na auditoria externa, atuam tanto a sociedade do ramo de auditoria quanto o auditor independente, que é sócio ou é empregado da sociedade e, geralmente, lidera uma equipe de auditores. De qualquer forma, emprega-se no texto a expressão “auditor externo” de forma genérica com referência a ambos.
- 2/ A expressão “justiça da pena” deve ser vista sem qualquer comprometimento doutrinário de natureza dogmático-normativa, o que fugiria do escopo do artigo, tendo em vista as divergências doutrinárias complexas a respeito da diferenciação entre os princípios ou os postulados normativos da proporcionalidade, da razoabilidade e do não excesso, vale dizer, a pena justa é aquela, dentre as previstas em lei, que se aplica ao caso concreto. No que tange à questão, trazem-se as observações de Humberto Ávila (2004, p. 90) a respeito da proporcionalidade, por exemplo: “As dificuldades de enquadramento da proporcionalidade, por exemplo, na categoria de regras e princípios evidenciam-se nas próprias concepções daquelas que a inserem em tais categorias. Mesmo os adeptos da compreensão dos aqui denominados postulados normativos aplicativos como regras de segundo grau reconhecem que eles, ao lado dos deveres de otimização, seriam uma forma específica de regras (*eine besondere Form von Regeln*). Também os adeptos de sua compreensão como princípios reconhecem que eles funcionam como máxima ou topos argumentativo, que mescla o caráter de regras e de princípios. Outros já os enquadram, com sólida argumentação, na categoria de princípios distintivos, denominados de **princípios de legitimação**. Há, ainda, aqueles que os representam como normas metódicas.”. Ademais, é importante frisar que, embora não seja possível afirmar, de forma categórica, abstrata e pura qual a decisão justa do caso concreto, o intérprete deve buscá-la mediante argumentação jurídica racional e coerente. Nesse sentido, cita-se a lição de Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 122), dirigida à atividade judicial, mas aplicável ao intérprete em geral, com referência à doutrina de Ronald Dworkin: “Alguns autores, especialmente Ronald Dworkin, sustentam que é possível chegar a uma teoria da decisão correta, isto é, uma teoria que seja capaz de sustentar a existência de uma decisão correta para cada caso concreto. Trata-se de questão bastante controversa. Porém, aceita ou não a tese da “decisão correta”, o certo é que não se pode isentar o juiz de demonstrar que a sua decisão é racionalmente aceitável e, nessa linha, a melhor que poderia ser proferida diante da lei, da Constituição e das peculiaridades do caso concreto. Acontece que uma decisão não é racional em si, pois a racionalidade da decisão não é atributo dela mesma. Uma decisão ‘se mostra’ racional ou não. Para tanto, necessita de ‘algo’, isto é, da racionalidade da argumentação que a fundamenta. Essa argumentação, a cargo da jurisdição, é que pode demonstrar a racionalidade da decisão e, nesse sentido, a decisão correta”.

Por fim, serão esboçados alguns parâmetros analíticos abstratos dotados de aptidão para determinar se é possível a punição do auditor externo no caso concreto, informados, à evidência, pela ausência de justificação e a existência de relevância da conduta omissiva praticada, segundo o desvalor jurídico da conduta omissiva e do resultado.

## 2 Competência do Banco Central do Brasil

Desde o advento da Medida Provisória nº 1.334, editada em 12 de março de 1996 e convertida na Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, atribuiu-se ao Banco Central do Brasil a competência para exercer o poder administrativo disciplinar sobre as atividades do auditor externo em instituições financeiras ou demais instituições autorizadas a funcionar pela autarquia, o que, até então, competia à Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Portanto, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (SFN), as atividades de auditoria externa passaram, por expressa previsão legal, a ser objeto de fiscalização pelo Banco Central do Brasil, com poder regulamentar para editar normas sobre relatório de administração, demonstrações financeiras, padrões de contabilidade e relatórios e pareceres de auditores independentes, com aplicação subsidiária das normas expedidas pela CVM, segundo o § 2º do art. 22 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976<sup>3</sup>, de modo que condutas omissivas praticadas por auditores externos, em princípio, podem dar ensejo à instauração de processo administrativo punitivo pela autarquia, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 26 da Lei nº 6.385, de 1976, incluídos pela Lei nº 9.447, de 1997<sup>4</sup>, com a possibilidade

---

3/ “Art . 22. Considera-se aberta a companhia cujos valores mobiliários estejam admitidos à negociação na bolsa ou no mercado de balcão.

§ 1º Compete à Comissão de Valores Mobiliários expedir normas aplicáveis às companhias abertas sobre:

[...]

II – relatório da administração e demonstrações financeiras;

[...]

IV – padrões de contabilidade, relatórios e pareceres de auditores independentes;

[...]

§ 2º As normas editadas pela Comissão de Valores Mobiliários em relação ao disposto nos incisos II e IV do § 1º aplicam-se às instituições financeiras e demais entidades autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, no que não forem conflitantes com as normas por ele baixadas.”

4/ “Art . 26.

[...]

§ 3º Sem prejuízo do disposto no parágrafo precedente, as empresas de auditoria contábil ou os auditores contábeis

de aplicação das penas previstas no art. 11 da Lei nº 6.385, de 1976, quais sejam, advertência, multa, proibição temporária, suspensão de autorização ou registro para o exercício das atividades de auditoria externa e cassação de autorização ou registro para atuação nas aludidas atividades.

Sendo assim, não restam dúvidas quanto à competência do Banco Central do Brasil para o exercício do poder disciplinar com relação às condutas praticadas por empresas de auditoria e por auditores externos independentes em instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, nos termos da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

### 3 A função do auditor externo

O ofício do auditor externo, assim como qualquer outro ofício, mister ou profissão, decorre de uma necessidade específica de mercado e social, qual seja, haver alguém que, de forma independente e desvinculada em termos institucionais, avalie a consistência dos dados contábeis, patrimoniais e financeiros de uma sociedade empresária, eis que, notadamente, há instituições cuja idoneidade é importante para terceiros e, até mesmo, para a sociedade, tal como no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.

Em outras palavras, o auditor externo foi concebido para ser aquele cuja função é questionar e testar os dados contábeis, patrimoniais e financeiros apresentados pela sociedade auditada, isto é, o auditor externo jamais poderá aderir *tout court*, por exemplo, às conclusões do setor de auditoria interna e às informações da sociedade auditada ou deixar de proceder a testes de adequação contábil<sup>5</sup> existentes e aplicáveis, porquanto sua atividade profissional é, justamente, atestar a idoneidade e a veracidade daquilo que lhe é dado para análise. Daí a razão fundamental para reputar-se potencialmente lesiva a conduta do auditor externo

---

independentes responderão administrativamente, perante o Banco Central do Brasil, pelos atos praticados ou omissões em que houverem incorrido no desempenho das atividades de auditoria de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, o Banco Central do Brasil aplicará aos infratores as penalidades previstas no art. 11 desta Lei.”

5/ Testes de adequação contábil, em geral, são feitos mediante o cruzamento de diversas informações contábeis por meio de consultas a diversas fontes ligadas às atividades da sociedade auditada, tal como a verificação da veracidade de dívidas com valores muito elevados perante os principais devedores de uma instituição financeira.

que se omite no exercício das suas funções, pois fraudes podem ocorrer em razão de sua negligência, prejudicando terceiros e a sociedade.

Nesse sentido, em princípio, ao auditor externo é exigível conduta ativa segundo as normas oficiais de contabilidade, de modo a opinar de forma consistente, após testes de adequação contábil aplicáveis, sobre os dados contábeis, patrimoniais e financeiros de uma sociedade auditada, eis que a realização dos referidos testes é essencial, pois o auditor externo existe para desconfiar dos dados apresentados, do que decorre a necessidade de independência funcional e institucional do auditor externo em relação à sociedade auditada. Se os dados fornecidos e as conclusões do setor de auditoria interna e da sociedade auditada sobre tais dados fossem sempre verídicas, qual seria então a função do auditor externo?

Destarte, no que tange à responsabilidade do auditor externo em relação aos dados fornecidos pela sociedade auditada, cabe frisar que aquela não pode ser dividida com o auditor interno, conforme determina o § 610.8 das **Normas Internacionais de Auditoria**, transcrito abaixo:

A auditoria interna faz parte da entidade. Independentemente do grau de autonomia e objetividade da auditoria interna, ela não pode atingir o mesmo grau de independência exigido do auditor externo ao expressar uma opinião sobre as demonstrações contábeis. O auditor externo tem responsabilidades somente pela opinião da auditoria externa e essa responsabilidade não é reduzida por qualquer uso feito da auditoria interna. Todos os julgamentos relacionados com a auditoria das demonstrações contábeis são os julgamentos do auditor externo.<sup>6</sup> (FRC, 2008).

Logo, o auditor externo tem o dever jurídico de aplicar os testes de adequação contábil existentes e aplicáveis sobre os dados contábeis, patrimoniais e financeiros apresentados pela sociedade auditada na condição de garantidor, segundo a noção da causalidade normativa, porquanto somente se exige de quaisquer

---

6/ Tradução livre. O texto, em inglês, tem a seguinte redação: ["Internal auditing is part of the entity. Irrespective of the degree of autonomy and objectivity of internal auditing, it cannot achieve the same degree of independence as required of the external auditor when expressing an opinion on the financial statements. The external auditor has sole responsibility for audit opinion expressed, and that responsibility is not reduced by any use made of internal auditing. All judgments relating to the audit of the financial statements are those of the external auditor"].



responsabilidades se provar que não havia testes contábeis capazes de possibilitar o diagnóstico de fraudes cuja omissão na verificação lhe é imputada (justificação da conduta)<sup>7</sup>.

#### **4 Poder disciplinar da Administração Pública, culpabilidade e a justiça da pena: concepção de juridicidade administrativa e o esboço de parâmetros de análise**

A Administração Pública, no exercício legítimo do poder disciplinar, não só deve punir agentes públicos por práticas ilegais no exercício da função pública, como deve também efetuar punições a particulares sujeitos a normas jurídico-administrativas, segundo o princípio do devido processo legal, com vistas a aplicar a sanção administrativa prescrita em lei reputada como justa à culpabilidade e reprovabilidade do ato ilícito praticado pelo particular sujeito ao poder disciplinar.

Antes de entrar na discussão a respeito da natureza jurídica do ato administrativo punitivo, importa afirmar que, à evidência, só são puníveis condutas injustificáveis<sup>8</sup> ou evitáveis – ou que pudessem ser diversas<sup>9</sup> – e que possam lesionar bens jurídicos.

7/ A noção aqui empregada é idêntica à do garantidor, e sua omissão injustificável e relevante no âmbito do Direito Penal (art. 13, § 2º, do Código Penal). A propósito, cita-se a doutrina de Fernando Capez (2003, p. 144): “Deve-se, assim, antes de tudo, verificar a possibilidade real, física, de o agente evitar o resultado, ou seja, se dentro das circunstâncias era possível ao agente impedir a ocorrência da lesão ou perigo ao bem jurídico, de acordo com a conduta de um homem médio, porque o direito não pode exigir condutas impossíveis ou heróicas. Assim, não basta estar presente o dever jurídico de agir, sendo necessária a possibilidade real de agir”.

8/ “[...] para que o descumprimento seja reprovável e, por conseguinte, passível de sanção administrativa geral, ele tem de ser injustificado, ou, por outras palavras, o administrado tem de ter agido de maneira ilícita sem nenhuma escusa a seu favor. Note-se que é por via da idéia de justificação que as idéias de culpa ou responsabilidade ganham corpo no domínio administrativo sancionador [...] para se avaliar a responsabilidade no plano administrador sancionador julgamos que seja de se perguntar, de primeiro, se o administrado possuía razões para se furtar ao cumprimento do dever que lhe é imposto (motivos de justificação), e, em seguida, se essas razões eram suficientes para justificar o descumprimento, tendo em conta a diligência que lhe era exigível para evitar que esse descumprimento ocorresse nas circunstâncias concretas (culpa em sentido estrito ou negligência) [...] O aspecto subjetivo da infração administrativa, é dizer, a vontade do infrator, não seria, pois, o elemento determinante da responsabilidade administrativa, mas um seu elemento coadjuvante, e, ainda assim, muito mais por intermédio da figura da negligência (culpa), do que por meio da figura do dolo. Destarte, cometida uma infração punível com sanção administrativa, caberá à Administração averiguar se existem motivos a justificar a ação ilícita. Inexistindo qualquer motivo de justificação, poderá ser aplicada a respectiva sanção administrativa, pois estará patente, se não a vontade do infrator em descumprir o dever administrativo em questão (dolo), ao menos a sua falta de diligência em cumprir um dever que lhe fora clara, específica e expressamente dirigido, de forma a impedir o acontecimento de uma infração evitável (culpa ou negligência)” (PRATES, 2005, p. 87-89).

9/ “Culpabilidade encerra um forte significado de ‘evitabilidade’. Sem adentrar o debate filosófico e metafísico sobre ‘livre-arbitrio’ e ‘determinismo’, concordo com Ferrajoli quando sustenta que a culpabilidade se baseia, fundamentalmente, em um juízo normativo e traduz, ademais, as noções de exigibilidade ou inexigibilidade de conduta diversa” (OSÓRIO, 2005, p. 438).

Em outras palavras, a análise quanto à culpabilidade ocorre depois de afirmada a significância da conduta omissiva do auditor externo no exercício de suas funções, isto é, a tipicidade material da conduta é o primeiro passo para a prática do ato administrativo punitivo. Assim sendo, se a conduta omissiva imputada não tiver potencialidade lesiva, não pode haver punição.

No entanto, se a conduta omissiva do auditor externo foi reputada relevante, passível de imposição de pena disciplinar, passa-se a aferir a culpabilidade e a consequente dosimetria da pena justa a ser imposta.

Com relação às funções do auditor externo, não se pode aceitar de maneira nenhuma eventual alegação de erro ou ignorância<sup>10</sup> por parte de um auditor externo independente ou por uma sociedade cujo objeto seja auditoria externa a respeito de procedimentos técnicos ou aplicação de testes de adequação contábil, pois o seu papel de garantidor torna obrigatório o conhecimento das normas oficiais de contabilidade e a consequente atuação prática.

Logo, o auditor externo só se exime da imposição de pena disciplinar se provar que seguiu todas as normas oficiais de contabilidade e os procedimentos e os testes de adequação contábil nelas previstas e que, mesmo assim, não seria possível diagnosticar as fraudes cuja omissão na verificação lhe é imputada.

Atestada a tipicidade material da conduta omissiva praticada pelo auditor externo, perquire-se, depois, sua culpabilidade para fins de aplicação da pena ao caso concreto, o que enseja a necessidade de aludir à natureza jurídica do ato administrativo punitivo, bem como à concepção de juridicidade administrativa, pois uma pena injustamente aplicada é sindicável pelo Poder Judiciário<sup>11</sup>.

---

10/ “É claro que tanto o caráter censurável do erro, como a admissibilidade da ignorância deverão ser avaliados no caso concreto, de acordo com a pessoa do administrado, sendo essas justificações menos toleráveis à medida que cresçam as habilitações do administrado, mormente no que diz respeito à qualidade e a freqüência da sua relação com a Administração. Isso porque os administrados que desempenham atividades de grande relevo público, as quais são constante e fortemente reguladas e controladas pela Administração, como as instituições financeiras e as seguradoras, p. ex., devem ter melhor conhecimento sobre as normas administrativas que lhes são aplicáveis e sobre os deveres e os cuidados que lhes são exigidos, devendo-lhes ser reconhecida, em decorrência, menor margem para a invocação de erros e, sobretudo, de ignorância” (PRATES, 2005, p. 103).

11/ “O Estado Constitucional, numa de suas mais expressivas dimensões, pode ser traduzido como o Estado das escolhas administrativas legítimas. Assim considerado, nele não se admite a discricionariedade pura, intátil, sem limites. Em outras palavras, impõe-se controlar (ou, ao menos, mitigar) os contumazes vícios forjados pelo excesso degradante, pelos desvios ímprobos ou pela omissão desidiosa. Faz-se cogente, sem condescendência, enfrentar todo e qualquer ‘demérito’ ou antijuridicidade das escolhas públicas, para além do exame adstrito a aspectos meramente formais.” (FREITAS, 2007, p. 7). No Brasil, significativo exemplo é a evolução da extensão da garantia do controle jurisdicional, formalmente inalterada desde regimes constitucionais pretéritos (hoje, art. 5º, XXXV) – particularmente no tocante aos limites da censurabilidade dos atos da Administração pelos juizes. Constitui visível tendência dos tribunais brasileiros o deslocamento da linha divisória entre os aspectos legais do ato – que comportam exame pelo Poder Judiciário (Súmula 473 do STF) – e o mérito do ato administrativo, que o sistema constitucional de separação entre os Poderes do Estado imuniza a esse exame. Sem

Com efeito, embora haja divergência doutrinária a respeito da natureza vinculada ou discricionária<sup>12</sup> do ato administrativo punitivo, a melhor doutrina simplesmente abandona a dicotomia entre os atos vinculados e os atos discricionários<sup>13</sup>, por força da incidência dos princípios da razoabilidade<sup>14</sup>, da proporcionalidade ou da proibição do excesso, para adotar a concepção de juridicidade administrativa<sup>15 16</sup>, de modo que, com vistas a preservar o princípio da independência e da harmonia entre poderes (art. 2º da Constituição da República), o Poder Judiciário só pode anular atos praticados pela Administração Pública quando manifestamente desproporcionais, desarrazoados ou excessivos (injustiça da pena).

Logo, somente o abuso do poder disciplinar, revelado pela manifesta falta de congruência entre o motivo e o objeto do ato administrativo punitivo, pode autorizar a anulação do ato administrativo pelo Poder Judiciário. A propósito, cumpre citar os apontamentos doutrinários de Fábio Medina Osório (2005, p. 222) sobre o tema, em que faz comentários com fundamento na proporcionalidade, *in verbis*:

- alteração em texto algum e mantendo-se até a fórmula básica (censurabilidade da forma, incensurabilidade do mérito), hoje os tribunais vão além daquilo que ousavam em tempos passados e chegam bem mais próximos ao chamado mérito do ato administrativo (p. ex., revendo a prova feita no processo administrativo, com fundamento na qual o administrador tomara decisões em matéria disciplinar). Essa evolução, consistente em ampliar a órbita do controle jurisdicional, é efeito do espírito liberal das Constituições modernas e da generalizada tendência à universalização da tutela jurisdicional – responsável pela minimização dos resíduos conflituosos não-jurisdicionizáveis.” (DINAMARCO, 2005, p. 268-269).
- 12/ “Outra característica do poder disciplinar é seu discricionarismo, no sentido de que não está vinculado a prévia definição da lei sobre a infração funcional e a respectiva função. Não se aplica ao poder disciplinar o princípio da pena específica que domina inteiramente o Direito Criminal comum, ao afirmar a inexistência da infração penal sem prévia lei que a defina e apene: “nullum crimem, nulla poena sine lege”. Esse princípio não vigora em matéria disciplinar. O administrador, no seu prudente critério, tendo em vista os deveres do infrator em relação ao serviço e verificando a falta, aplicará a sanção que julgar cabível, oportuna e conveniente, dentre as que estiverem enumeradas em lei ou regulamento para a generalidade das infrações administrativas” (MEIRELLES, 2002, p. 121).
- 13/ A respeito, confira-se Gustavo Binbenjoni (2006, p. 193-238).
- 14/ O próprio Hely Lopes Meirelles assim se manifesta, embora frise que a razoabilidade não pode substituir a “vontade da lei”: “[...] o princípio da razoabilidade ganha, dia a dia, força e relevância no estudo do Direito Administrativo e no exame da atividade administrativa. Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição do excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da administração pública, com lesão aos direitos fundamentais. Como se percebe, parece-nos que a razoabilidade envolve a proporcionalidade, e vice-versa. Registre-se, ainda, que a razoabilidade não pode ser lançada como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou do intérprete, mesmo porque ‘cada norma tem uma razão de ser’” (MEIRELLES, 2002, p. 91).
- 15/ “Afirma-se com desenvoltura que ao Poder Judiciário cabe realizar, quando provocado (princípio da demanda), juízo de legalidade sobre os atos dos demais poderes – além dos seus próprios, é claro. Não há impedimento ao uso da expressão, desde que bem entendida. Todavia, mais apropriado, para melhor revelar o fenômeno, que se fale em juízo de juridicidade. A lei é algo bem menor do que o Direito” (PEREIRA, 2006, p. 45).
- 16/ “A constitucionalização dos princípios gerais de Direito ocasionou o declínio da hegemonia do princípio da legalidade, que durante muito tempo reinou sozinho e absoluto, ao passo em que propiciou a ascensão do princípio da juridicidade da Administração, o que conduziu à substituição da ideia do Direito reduzido à legalidade pela noção de juridicidade, não sendo mais possível solucionar os conflitos com a Administração Pública apenas à luz da legalidade estrita” (MORAES, 2004, p. 29-30).

Saliento que a proporcionalidade não significa apenas uma necessária moderação das penas estatais e dos tipos sancionadores, até porque ao Judiciário não será lícito examinar, à luz desse princípio, se a alternativa eleita pelo legislador era a menos gravosa possível. Ao Judiciário competirá corrigir eventuais abusos, vale dizer, eleição de alternativas ilícitas, excessivamente gravosas. Há um campo de discricionariedade legislativa que permite ao Estado uma livre configuração dos ilícitos, dentro de certos limites. Os interesses sociais podem e devem ser levados em consideração na construção dos tipos sancionadores e na concreção da resposta estatal aos fatos ilícitos praticados pelos agentes.

No mais, há que se sustentar que o exame da dosimetria da pena guarda intensa similitude com princípios de Direito Penal e de Processo Penal<sup>17</sup>, notadamente os princípios da culpabilidade e da individualização da pena<sup>18</sup>.

Importa frisar, ainda, em termos normativos, que no âmbito do processo administrativo disciplinar não há diferença entre ações e omissões<sup>19</sup>, pois o que importa analisar é a violação ao bem jurídico tutelado insito ao interesse público primário<sup>20</sup> que se visa a preservar, o qual, no caso concreto, é a higidez do Sistema Financeiro Nacional, o regular e o transparente funcionamento do sistema bancário.

Em suma, a relevância e nocividade da conduta omissiva do auditor externo sobre o Sistema Financeiro Nacional, aferida mediante a análise do elemento subjetivo da conduta (desvalor jurídico da ação) e da intensidade da lesão

---

17/ “Como se trata de processo acusatório, deve reconhecer-se a incidência, por analogia, de alguns axiomas consagrados no âmbito do Direito Penal e Processual Penal” (CARVALHO FILHO, 2003, p. 75).

18/ “O princípio da capacidade infratora, já consagrado, implícita ou explicitamente, no Direito Administrativo Sancionador, equivale ao princípio da imputabilidade vigente no Direito Penal. Para que alguém seja imputável, passível de determinado modelo de responsabilização, há de preencher certos requisitos, geralmente fixados no campo legislativo, mas também aceitos como reconduzíveis à ordem constitucional a partir de processos interpretativos. [...] Princípio básico, em matéria de responsabilidade do agente perante o Direito Administrativo Sancionador, é a culpabilidade, verdadeiro pressuposto de responsabilidade das pessoas físicas, sem deixar de ser operativa também quanto às pessoas jurídicas, embora com contornos diferenciados” (OSÓRIO, 2005, p. 424-425).

19/ “Não há diferenças substanciais, do ponto de vista normativo, entre ações e omissões, porque estão pautadas, as duas, pela nota da transgressão reprovável das normas. Ambas vinculam-se à tipicidade e à inobservância de deveres gerais de conduta, sendo seus resultados dependentes da estrutura normativa aplicável à espécie. Na ação, o agente viola deveres de abstenção. Nas omissões, viola deveres de ação. Porém, não há, *a priori*, uma escala hierárquica de valores a delimitar maior severidade nas ações ou nas omissões” (OSÓRIO, 2005, p. 442).

20/ A distinção entre interesse público primário e interesse público secundário, formulada por Renato Alessi, segundo a doutrina brasileira em Direito Administrativo, é assim sintetizada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2005, p. 9): “[...] diferenciação entre **interesses públicos primários**, que dizem respeito à sociedade, e os **interesses públicos secundários**, que se referem ao próprio Estado, enquanto pessoa moral à qual se imputam direitos e deveres, valendo observar que os interesses públicos **secundários** só são considerados legítimos quando sejam instrumentais para o atingimento dos **primários**”.

(desvalor jurídico do resultado) é determinante para a fixação da pena justa ao caso concreto. Confira-se, a respeito, a lição doutrinária de Marcelo Madureira Prates (2005, p. 94), *in verbis*:

[...] a censura do ilícito no domínio administrativo sancionador decorre basicamente da nocividade, muitas vezes presumida pelo próprio legislador, da infração sobre a ordem e os interesses público-administrativos, enquanto no direito penal o ilícito é avaliado não apenas pela intensidade do resultado provocado, mas também, e principalmente, pela vontade consciente e livre manifestada pelo infrator, por ele ter, consciente e livremente, agido como agiu. Nesse aspecto, é interessante notar como o desvalor do resultado, ou melhor, dos efeitos decorrentes do ilícito, ganha em relevância, tendendo mesmo a superar o desvalor da conduta, à medida que se caminha do direito penal tradicional ou de justiça para o direito administrativo sancionador.

Portanto, no caso concreto, deve-se indagar, em primeiro lugar, sobre a tipicidade material da conduta omissiva do auditor externo e sua significância normativa, mediante a análise a respeito da justificativa, da evitabilidade ou da inexigibilidade de conduta diversa. Posteriormente, afirmada a culpabilidade, dosa-se a pena, segundo as previstas em lei, de acordo com o desvalor jurídico da conduta omissiva em si (elemento subjetivo da conduta) e com o desvalor jurídico do resultado (lesividade da conduta ao bem jurídico tutelado)<sup>21</sup>.

Pois bem, na hipótese de que trata o art. 2º da CF, é possível, em princípio, esboçar alguns parâmetros analíticos que podem ter aplicação geral, de modo a facilitar a aplicação da pena justa e a trazer maior robustez à argumentação da decisão a ser tomada, mormente para, por meio dos argumentos, concretizar a concepção abstrata dos conceitos acima formulados de significância normativa, desvalor jurídico da ação e desvalor jurídico do resultado.

No que toca à significância normativa, é evidente que a inobservância de regras e procedimentos de auditoria previstos nas normas oficiais de contabilidade e na legislação é um indicativo importante de culpabilidade, pois,

---

21/ “O autor de um ilícito deverá receber do Estado uma pena proporcional ao fato e às suas características pessoais que se revelem relevantes ao caso concreto. Inquestionavelmente, os elementos subjetivos do comportamento do agente devem ser levados em linha de conta pelos operadores jurídicos. A intensidade e o tipo de elemento subjetivo aparecem como relevantes na fixação da pena” (OSÓRIO, 2005, p. 433-434).

conforme já frisado, o auditor externo não tem qualquer responsabilidade em qualquer instância se agiu de acordo com as normas oficiais de contabilidade e adotou todas as medidas a ele exigíveis.

Sem embargo, o principal parâmetro com o qual se deve lidar diz respeito ao nexo de causalidade normativa entre a omissão do auditor externo e a consumação da fraude cuja omissão na verificação lhe é imputada, isto é, perquirir se a consumação da fraude seria possível sem a omissão do auditor externo.

Nesse sentido, assume destaque a questão pertinente à acessibilidade das informações contábeis, patrimoniais e financeiras da sociedade auditada ao auditor externo, porquanto a alegação de que o auditor externo não teve acesso a determinadas informações sempre deve ser ponderada com o dever jurídico das sociedades empresárias de seguir, na escrituração de suas atividades, as normas oficiais de contabilidade.

Vale dizer, o auditor externo só se exime de responsabilidade, ao invocar tal argumento, se provar que, adotados os procedimentos e os testes de adequação contábil aplicáveis, a fraude praticada só poderia ser descoberta com o acesso, exclusivamente, àquelas informações sonegadas. Assim sendo, a mera alegação de que foram ocultadas informações do auditor externo só deve merecer importância se não for possível atestar as inconsistências nos balanços contábeis representativas de uma fraude pelos procedimentos e pelos testes de adequação contábil aplicáveis.

A propósito, dados contábeis, patrimoniais e financeiros que acobertem eventual fraude podem ser diagnosticados mediante a utilização de testes de adequação contábil aplicáveis, enquanto técnicas objetivas de avaliação da idoneidade de valores contábeis de uma sociedade empresária relativamente desvinculadas dos valores apresentados pela instituição financeira submetida à auditoria externa, com vistas a atestar a consistência das informações submetidas à apreciação contábil.

Quanto ao ponto, cumpre frisar que a adesão *tout court* a conclusões do setor de auditoria interna ou a documentos produzidos pela sociedade auditada, sem que sejam realizados testes de adequação contábil existentes e aplicáveis, revela grave omissão pelo auditor externo, pois seu papel é o de atestar, mais uma vez, a consistência dos dados contábeis da sociedade auditada, o que já influi no desvalor jurídico da conduta omissiva.

Assim sendo, o desvalor jurídico da conduta omissiva se revela na análise da atuação do auditor externo durante suas atividades, de sua postura ativa de independência funcional e institucional perante a sociedade auditada, inferida a partir da realização de testes de adequação contábil existentes e aplicáveis, e da importância de sua atuação para a consumação da fraude.

Por fim, o desvalor jurídico do resultado deve ser avaliado tendo em vista a lesividade e a repercussão que a fraude não descoberta pelo auditor externo teve sobre a higidez do Sistema Financeiro Nacional, em relação aos acionistas minoritários eventualmente existentes e credores em geral, o que evidencia a maior influência, em abstrato, do desvalor jurídico do resultado na fixação da pena justa do que do desvalor jurídico da ação no caso de omissão injustificável e relevante do auditor externo.

## 5 Conclusão

Conforme se expôs, o auditor externo de instituição financeira ou instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil pode responder a processo administrativo punitivo no âmbito da autarquia se incorrer em omissão injustificável e relevante no exercício de suas funções, porquanto atua como garantidor no sentido de evitar que os resultados contábeis sejam inverídicos e que acobertem eventuais fraudes.

É exigível do auditor externo uma postura ativa, de independência funcional e institucional, o que lhe permite a realização de testes de adequação contábil existentes e aplicáveis com a finalidade de atestar a consistência dos dados contábeis da sociedade auditada, o que é essencial para a preservação da higidez do Sistema Financeiro Nacional e do regular e do transparente funcionamento do sistema bancário.

Pois bem. A omissão do auditor externo não é punível quando restar comprovado que a fraude praticada e acobertada nos valores contábeis não poderia ter sido evitada, quando o agir do auditor externo se justificar diante do caso concreto ou quando não for possível exigir conduta diversa porque foram adotados todos os procedimentos e os testes de adequação contábil exigíveis.

No entanto, se afirmada a tipicidade material da conduta omissiva do auditor externo em significância normativa, a pena justa aplicável deve levar em consideração o desvalor jurídico da conduta omissiva (elemento subjetivo) e o desvalor jurídico do resultado lesivo sobre a higidez do Sistema Financeiro Nacional, em relação aos acionistas minoritários eventualmente existentes e aos credores em geral.

Assim sendo, alguns parâmetros de análise podem ser utilizados para justificar tanto a afirmativa de significância normativa da conduta ao desvalor jurídico da conduta omissiva e do resultado, dentre os quais: a) a verificação, caso concreto, de que houve a inobservância de regras e procedimentos de auditoria previstos nas normas oficiais de contabilidade e na legislação; b) a existência de nexo de causalidade normativa entre a omissão do auditor externo e a consumação da fraude; c) a ocorrência de adesão *tout court* por parte do auditor externo a conclusões do setor de auditoria interna ou a documentos produzidos pela sociedade auditada, sem que sejam realizados testes de adequação contábil existentes e aplicáveis, de forma a inferir a contribuição da conduta omissiva do auditor externo para a consumação da fraude.

## Referências

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- 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.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 5.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito Administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.



CUNHA, Leonardo José Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. São Paulo: Malheiros, 2005.

FINANCIAL REPORTING COUNCIL – FRC. **International Standard on Auditing (UK and Ireland) 610**. Disponível em: <<http://www.cpaireland.ie/UserFiles/File/Technical%20Resources/Auditing/International%20Standards%20on%20Auditing/ISA%20610.pdf>>. Acesso em 20 jun. 2008.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

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

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em Juízo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005.

# Limitação às Taxas de Juros Moratórios: a controvérsia acerca do uso da Taxa Selic na aplicação do artigo 406 do Código Civil brasileiro e a atual sistemática legal da limitação das taxas de juros

Alberto André Barreto Martins\*

1 Introdução. 2 Limitação às taxas de juros: 2.1 Conceituação; 2.2 Questões iniciais; 2.3 Utilização da taxa Selic na fixação do juros moratórios; 2.4 Atual sistemática da limitação das taxas de juros.  
3 Conclusão.

## Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a controvérsia existente no direito brasileiro em relação ao uso da taxa Selic na aplicação do artigo 406 do Código Civil, além de descrever a atual sistemática legal da limitação das taxas de juros no âmbito do Direito Civil. A pesquisa fundamentou-se nas decisões dos tribunais superiores e na mais balizada doutrina nacional. Ao final, pode-se verificar que a tendência atual é a não-utilização da taxa Selic quando da aplicação do artigo 406 do Código Civil e o uso do parágrafo primeiro do artigo 161 do Código Tributário Nacional, que limita em 1% ao mês os juros

---

\* Procurador do Banco Central em Brasília, assessor jurídico da Coordenação-Geral de Processos de Consultoria Bancária e de Normas da Procuradoria do BCB. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub) e especialista em Direito, Estado e Constituição.

legais moratórios. Da mesma forma, foram apreciados os limites às taxas dos juros legais compensatórios e dos juros convencionais nos contratos civis.

**Palavras-Chave:** Juros. Taxa Selic. Código Civil. Código Tributário Nacional.

### *Abstract*

*The present article aims to analyze the actual controversy existing in Brazilian Law on the use of the SELIC rate to Article 406 of the Civil Code, in addition to describe the current system for limitation of interest rates in the field of Civil Law. The research was based on decisions of superior courts and national legal doctrine. In the end, we can verify that the current trend is the non-application of the SELIC rate to Article 406 of the Civil Code, but the first paragraph of Article 161 of the National Tax Code, which limits by 1% per month the legal interest. Similarly, were analyzed the rates limits of compensation legal interest and conventional interest in contracts of Civil Law.*

**Keywords:** Interest rate, SELIC rate, Civil Code, National Tax Code.

## **1 Introdução**

Com a entrada em vigor, em janeiro de 2003, do novo Código Civil brasileiro (CC) – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 –, abriu-se a discussão acerca da nova regra relativa aos juros de mora prevista no referido diploma legal.

A polêmica instalou-se em razão de o art. 406 do Código Civil dispor da seguinte maneira:

Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

No entanto, existe divergência quanto à definição de qual é a taxa aplicável ao pagamento dos impostos devidos à Fazenda Nacional.

O Código Tributário Nacional (CTN) – Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 –, no § 1º de seu art. 161, prevê que “se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês”.

Por sua vez, a Lei nº 9.065, de 26 de junho de 1995, em seu art. 13, estipula que os juros aplicáveis ao pagamento de impostos serão os equivalentes à taxa Selic<sup>1</sup>, que é a taxa média ponderada e ajustada das operações de financiamento por um dia, lastreadas em títulos públicos federais e processadas no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) ou em câmaras de compensação e liquidação de ativos, na forma de operações de venda de títulos públicos federais com compromisso de recompra assumido pelo vendedor concomitantemente com compromisso de revenda assumido pelo comprador, para liquidação no dia útil subsequente. Essas operações compromissadas são realizadas fundamentalmente por instituições financeiras habilitadas, tais como bancos, caixas econômicas, sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários e sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários.

Convém destacar aqui que não se deve confundir a taxa Selic, efetivamente apurada com base nas negociações dos títulos públicos federais no Selic e utilizada para fins de remuneração de créditos e débitos tributários, com a meta da taxa de juros fixada pelo Comitê de Política Monetária (Copom) do Banco Central, que é determinada para se atingir a meta de inflação fixada pelo Conselho Monetário Nacional (CMN). Com base nessa taxa de juros, que no mês de julho de 2008 foi fixada pelo Copom em 13% ao ano<sup>2</sup>, o Banco Central emprega instrumentos de política monetária para atingir aquela meta de inflação.

Assim, estabeleceu-se a dúvida frente ao art. 406 do novo Código Civil. Para a fixação da taxa de juros moratórios em débitos tributários, aplicar-se-ia o disposto no § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional, 1% ao mês (12% ao ano), ou a taxa Selic, variável conforme o mercado?

Para tanto, é necessário examinar se a taxa Selic, segundo a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo, pode ser utilizada pela Fazenda Nacional para a definição dos juros moratórios devidos no pagamento de impostos e, conseqüentemente, em razão do disposto no art. 406 do Código Civil, também para

1/ Art. 2º, §§ 1º e 3º, da Circular BCB nº 2.900, de 24 de junho de 1999, com redação conferida pela Circular BCB nº 3.119, de 18 de abril de 2002; e Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001.

2/ Comunicado BCB nº 17.158, de 23 de julho de 2008.

a fixação dos juros nos contratos civis, além de verificar se é possível sua conjugação com os demais diplomas legais pátrios, como o próprio Código Civil e o Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933, a chamada Lei de Usura.

Caso não seja possível a utilização da taxa Selic, também se faz necessário compreender como vêm sendo estipulados os limites máximos permitidos pela legislação aos juros moratórios previstos no art. 406 do Código Civil e como interpretar tal dispositivo em consonância com as demais normas aplicáveis à espécie, em especial com o referido Decreto nº 22.626, de 1933.

## **2 Limitação às taxas de juros**

Antes de adentrar na discussão acerca da existência de limites às taxas de juros e da forma com que essa limitação é realizada, é necessário definir alguns conceitos e analisar algumas questões preliminares.

### **2.1 Conceituação**

Inicialmente, cumpre definir o que são juros e taxa de juros e como aqueles são classificados.

Juros são o “rendimento do capital, os frutos civis produzidos pelo dinheiro” (MONTEIRO, 1982, p. 337). Constituem “o preço do uso do capital alheio, em razão da privação deste pelo dono, voluntária ou involuntariamente” (DINIZ, 1998, p. 368). Assim, “os juros remuneram o credor por este ficar privado de seu capital, pagando-lhe o risco em que incorre de não mais recebê-lo de volta” (RODRIGUES, 1968, p. 339).

Os juros podem ser classificados quanto a sua origem: se foram pactuados ou não pelas partes, como convencionais ou legais; e quanto a seu fundamento: se se referem à simples utilização do capital ou ao atraso no cumprimento da obrigação, como compensatórios ou moratórios.

Juros legais são os devidos por força de lei, independentemente de convenção entre as partes; e juros convencionais são os resultantes de manifestação volitiva das partes em função da prática de um negócio jurídico. Juros compensatórios

são os devidos em razão da utilização do capital pelo devedor; e juros moratórios são aqueles que decorrem do descumprimento das obrigações e do retardamento na restituição do capital ou do pagamento em dinheiro.

Em acórdão lavrado pelo Ministro Moreira Alves, o Supremo Tribunal Federal assim distinguiu juros compensatórios de juros moratórios:

Como se vê, os juros têm sempre um único fundamento (a privação do uso de elemento que integra o patrimônio de alguém), e, em razão desse fundamento, eles são sempre compensatórios. Ocorre, porém, que essa privação pode ser lícita ou ilícita. Quando ela é somente lícita (caso de mútuo, em que o mutuário restitui o capital no prazo estabelecido no contrato), os juros pela privação do uso do capital se denominam compensatórios. Quando ela é somente ilícita (caso de indenização por ato ilícito absoluto), os juros pela privação do uso da coisa se denominam moratórios (a mora começa a correr do momento em que o ato ilícito é praticado). E pode suceder que a privação do uso da coisa comece licitamente e passe a ser ilícita (caso de mútuo, em que o mutuário não restitui o capital), os juros são denominados compensatórios (até o momento em que o mutuário não se acha em mora), e passam a denominar-se moratórios a partir do instante em que o mutuário é constituído em mora.<sup>3</sup>

Já taxa de juros vem a ser a remuneração de uma unidade de capital pelo período a que se refere a taxa, na forma do Comunicado BCB nº 7.818, de 31 de agosto de 2000, que divulga os critérios adotados para a expressão da taxa de rentabilidade associada ao preço ou à cotação de títulos públicos federais custodiados no Selic.

Assim, conclui-se que limitar a taxa de juros significa estabelecer um teto acima do qual não poderão ser cobrados juros moratórios. Porém, para definir-se esse teto, é preciso investigar se existem diplomas legais que, por si só, determinem esse limite máximo; ou, caso não existam tais disposições, qual é a taxa aplicável e como pode ser utilizada.

3/ RE 90.656-8/SP, STF, Relator Ministro Moreira Alves, publicado no DJ de 26/09/1980 e RTJ Vol. 99-03, p. 708.

## 2.2. Questões iniciais

O art. 1.062 do Código Civil revogado, de 1916, dispunha que os juros moratórios, quando não convencionados, seriam de 6% ao ano.

Já o art. 1.063 do mesmo diploma legal previa que também seriam de 6% ao ano os juros devidos por força de lei ou quando as partes os convencionassem sem taxa estipulada.

Nessa esteira, o art. 1º do Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933, fazendo remissão ao citado art. 1.062 do Código Civil revogado, prevê que “é vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art. 1.062)”.

Partindo-se do princípio de que o Código Civil de 1916, que trazia tal disposição em seu art. 1.062, foi revogado pelo novo Código Civil de 2002, poder-se-ia pensar que o art. 1º do Decreto nº 22.626, de 1933, também fora revogado, pois seria incompatível com o novo diploma legal por não mais haver limitação legal para os juros a servir de base ao cômputo em dobro.

Porém, tal conclusão encontra-se equivocada frente ao previsto no art. 2.046 do novo Código Civil, que assim dispõe: “Todas as remissões, em diplomas legislativos, aos Códigos referidos no artigo antecedente, consideram-se feitas às disposições correspondentes deste Código.” Os códigos referidos são o Código Civil de 1916 e a primeira parte do Código Comercial de 1850, que foram expressamente revogados pelo artigo 2.045 do novo Código Civil<sup>4</sup>.

Assim, a remissão feita pelo art. 1º do Decreto nº 22.626, de 1933, ao art. 1.062 do Código Civil revogado deve ser lida agora como sendo feita ao art. 406 do novo Código Civil, que é a disposição correspondente do código em vigor.

Seguindo esse raciocínio, observa-se que é necessário dar correta interpretação ao art. 406 do novo Código Civil, em consonância com o disposto no Decreto nº 22.626, de 1933, a fim de obter o novo limite máximo das taxas de juros permitido.

Ultrapassadas essas questões iniciais, passa-se ao exame da possibilidade da utilização da taxa Selic para os fins a que se destina o art. 406 do Código Civil e sua adequação ao Decreto nº 22.626, de 1933.

---

4/ Art. 2.045. Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.

## 2.3 Utilização da taxa Selic na fixação dos juros moratórios

Os defensores da aplicação da taxa Selic para a fixação dos juros moratórios argumentam que ela pode ser utilizada porque as duas únicas limitações existentes à fixação da taxa de juros não mais persistem no ordenamento jurídico pátrio.

A primeira delas encontrava-se no § 3º do art. 192 da Constituição Federal, que previa que as taxas de juros não poderiam ser superiores a 12% ao ano<sup>5</sup>, o qual foi revogado pela Emenda Constitucional nº 40, de 30 de maio de 2003. Ainda que permanecesse em vigor, o Supremo Tribunal Federal já havia se pronunciado, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4, no sentido de que, além de o dispositivo não ser auto-aplicável, dizia respeito apenas aos juros decorrentes de concessão de empréstimos, o que não se confunde com os juros sob exame.

A segunda limitação seria uma possível infração ao art. 5º do Decreto nº 22.626, de 1933, que trata da impossibilidade de cobrança de juros superiores a 1% ao mês em elevação aos juros contratados<sup>6</sup>. Aqui, diferentemente do que ocorre com o art. 1º do referido decreto, afirmam os defensores do uso da taxa Selic ser lícito entender que o novo Código Civil revogou tal disposição, pois se trata de norma anterior contrária à nova regra e não excepcionada, expressamente, por esta, o que ocorreu com o art. 1º do Decreto nº 22.626, de 1933, seguindo a interpretação dos art. 2.045 e 2.046 do Código Civil em vigor.

Ocorre que, segundo as regras de direito intertemporal, o novo Código Civil não revogou o Decreto nº 22.626, de 1933, porque lei posterior de caráter geral não revoga nem altera lei especial anterior – *lex posterior generalis non derogat priori special*.

Assim, destaque-se que o art. 5º do Decreto nº 22.626, de 1933, continua em vigor, limitando a taxa dos juros.

Além disso, outros obstáculos existem à utilização da taxa Selic para a fixação dos juros nos contratos civis.

Um deles seria a forma com que a taxa Selic seria aplicada: se ela teria oscilação segundo a movimentação do mercado ou se valeria, para todos os meses, a taxa

5/ § 3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

6/ Art. 5º Admite-se que pela mora dos juros contratados estes sejam elevados de 1% e não mais.



observada no mês de início da incidência dos juros moratórios, sendo necessária, assim, a realização de uma operação matemática de multiplicação da taxa do mês de início de sua incidência pelo número de meses em atraso no cumprimento da obrigação.

Outra questão que se apresenta é relacionada à praticidade da utilização da taxa Selic no que tange à sua aplicação aos juros convencionados entre as partes, uma vez que sempre que ela variasse far-se-ia necessário alterar também a taxa dos juros pactuados, além de ser preciso também a previsão da forma de cálculo dos juros, o que dificultaria a aplicação.

Como se não bastasse, é importante ainda trazer as conclusões obtidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em jornada de Direito Civil promovida no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro do STJ Ruy Rosado de Aguiar, quanto à utilização da taxa Selic no caso em estudo.

Posicionou-se o referido centro contrariamente à aplicação da taxa Selic, publicando o Enunciado nº 20, no qual entende que o correto seria a aplicação da taxa prevista no § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% ao mês, pois: a) a utilização da taxa Selic como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; b) a taxa Selic não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; c) a utilização da referida taxa poderá ser incompatível com o § 3º do art. 192 da Constituição Federal, se dela resultarem juros reais superiores a 12% ao ano (conclusão prejudicada frente à Emenda Constitucional nº 40); e d) a aplicação da taxa Selic é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros<sup>7</sup>.

Também nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em irretocável acórdão da lavra do eminente Ministro Franciulli Netto<sup>8</sup>, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade do § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, que estabeleceu a utilização da taxa Selic, uma vez que “essa taxa não foi criada por lei para fins tributários. Em matéria de tributação, nesta incluídas as

---

7/ Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

8/ REsp 215.881/PR, STJ, 2ª Turma, Relator Ministro Franciulli Netto publicado no DJ de 19/6/2000, p. 00133 e JSTJ Vol. 00019, p. 00205.

contribuições previdenciárias, os critérios para aferição da correção monetária e dos juros devem ser definidos com clareza pela lei”. Além disso, “aplicada a taxa Selic há aumento de tributo, sem lei específica a respeito, o que vulnera o inciso I do artigo 150 da Constituição Federal, a par de ofender também os princípios da anterioridade, da indelegabilidade de competência tributária e da segurança jurídica”. Nesse mesmo sentido, continua o referido acórdão, “a taxa Selic é indevidamente aplicada, ora como sucedâneo dos juros moratórios, ora dos juros remuneratórios, sem prejuízo de sua conotação de correção monetária”, além da ocorrência de *bis in idem* na sua aplicação concomitantemente com o índice de correção monetária e da impossibilidade de aferição do percentual dessa correção.

Outro aspecto que levaria à inconstitucionalidade da aplicação da taxa Selic seria o fato de que ela é produto de operações de mercado financeiro. A quantia a ser recolhida, seja a título de tributo, seja a título de correção monetária ou de juros incidentes sobre o tributo, não pode ficar na dependência da oscilação do mercado, ainda que determinada pelas regras da oferta e da procura.

Para que a taxa Selic pudesse ser utilizada para fins tributários, seria necessária uma lei estabelecendo os critérios para sua exteriorização, por ser notório e de observação obrigatória o princípio de que o contribuinte deve, de antemão, saber como será apurado o *quantum debeatur* da obrigação tributária, ou seja, não há lei instituindo, definindo nem dizendo como deve ser calculada a taxa Selic, determinada pelas regras do mercado.

Soma-se a isso o fato de a taxa Selic possuir natureza remuneratória de negócios efetuados com títulos, e títulos e tributos são conceitos que não podem ser confundidos. Não é possível equiparar os contribuintes aos aplicadores, pois estes praticam ato de vontade, e aqueles são submetidos, coativamente, a uma taxa resultante das variações do mercado financeiro. A taxa Selic cria a anômala figura de tributo rentável, pois as operações com títulos podem gerar renda, mas os tributos, por si só, não. Por essas razões, observa-se que a referida taxa é direcionada.

Imperioso atentar-se ainda ao fato de que a utilização da taxa Selic causa grande discrepância em relação aos valores obtidos caso, não se aplicando essa taxa, incidissem os índices oficiais de correção monetária<sup>9</sup>, além dos juros legais

---

9/ Índices oficiais de correção monetária são aqueles que aferem o comportamento de preços na economia de forma geral, para diversos fins, e que, por isso, são utilizados para o cálculo da correção monetária. Dentre esses índices, destacam-se a TR (Taxa Referencial), calculada pelo Banco Central do Brasil, o IGP-M (Índice Geral de Preços do Mercado), calculado

de 12% ao ano, conforme já assentado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça<sup>10</sup>. Isso porque a taxa Selic já chegou a alcançar marca muito superior ao somatório de juros legais e correção monetária. Ainda que se admita a existência de leis ordinárias criando a taxa Selic para fins tributários, a interpretação que melhor se afeiçoa ao § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional, que possui natureza de lei complementar frente ao disposto no § 5º do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>11</sup>, é a de poder a lei ordinária fixar juros iguais ou inferiores a 1% ao mês, mas nunca juros superiores a esse percentual. Assim, a taxa Selic para fins tributários só poderia exceder a esse limite se prevista em lei complementar. Ocorre que, de ordinário, essa taxa tem superado, e muito, esse limite máximo. Não há como conceber que uma lei complementar estabeleça a taxa máxima e mera lei ordinária venha a apresentar percentual maior.

Em consonância com esse posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou diversas vezes acerca da questão, entendendo que “a taxa Selic para fins tributários é, a um tempo, inconstitucional e ilegal.”<sup>12</sup> Além disso, em outro julgado, aquela Corte assentou que:

A utilização da taxa Selic como remuneração de títulos é perfeitamente legal, pois toca ao Banco Central e ao Tesouro Nacional ditar as regras sobre os títulos públicos e sua remuneração. Nesse ponto, nada há de ilegal ou inconstitucional. A balda exsurge quando se transplantou a taxa Selic, sem lei, para o terreno tributário. Determinando a lei, sem mais esta ou aquela, a aplicação da taxa Selic em tributos, sem precisa determinação de sua exteriorização quântica, escusado obtemperar que mortalmente feridos de frente se quedam os princípios tributários da legalidade, da anterioridade e da segurança jurídica. Fixada a taxa Selic por ato unilateral da Administração, além desses princípios, fica também vergastado o princípio da indelegabilidade de competência tributária.<sup>13</sup>

---

pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), e o INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor), calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

10/ REsp 215.881/PR, STJ, 2ª Turma, Relator Ministro Franciulli Netto publicado no DJ de 19/6/2000, p. 00133 e JSTJ Vol. 00019, p. 00205.

11/ § 5º Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §§ 3º e 4º.

12/ REsp 438.772/PR, STJ, 2ª Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, publicado no DJ de 9/6/2003, p. 00218.

13/ REsp 216.497/PR, STJ, 2ª Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, publicado no DJ de 9/6/2003, p. 00206.

No entanto, o mesmo Superior Tribunal de Justiça vem alterando seu posicionamento acerca do tema, entendendo, em alguns casos, que a taxa Selic pode ser utilizada para cálculo dos juros moratórios.

Nesse ponto, vale a pena destacar o voto proferido pela Ministra Denise Arruda, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 710.385/RJ<sup>14</sup>, no qual sintetiza a oscilação do entendimento jurisprudencial daquela Corte acerca da aplicação da referida taxa, que varia segundo a natureza da relação jurídica apreciada:

(I) nas relações jurídico-tributárias, aplica-se a taxa Selic – tanto nos débitos devidos à Fazenda Pública como nos créditos dos contribuintes decorrentes de restituição, seja por repetição em pecúnia, seja por compensação – após a edição da Lei 9.250/95, desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 1º de janeiro de 1996, não podendo ser cumulada com qualquer outro índice de atualização monetária ou juros (REsp 815.734/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 10/4/2006; REsp 779.390/AL, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU de 6/4/2006);

(II) nas ações previdenciárias, em que se discutem os juros de mora devidos no pagamento de benefícios pagos em atraso, incide a taxa de 1% ao mês, em razão da natureza alimentar do débito (REsp 823.228/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 1º.8.2006; REsp 821.845/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 26/6/2006);

(III) nas ações sobre correção monetária das contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), prevalece a tese de que é aplicável a taxa Selic depois da entrada em vigor do CC/2002, ou seja, a partir de 11 de janeiro de 2003 (REsp 806.348/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 1º.8.2006; REsp 781.594/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 14/6/2006), ressalvando-se, contudo, a impossibilidade de sua cumulação com qualquer outro índice;

(IV) nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias aos servidores públicos (relação jurídico-administrativa), incidem juros moratórios na ordem de seis por cento ao ano, com fundamento no art. 1º-F da Lei 9.494/97 (AgRg no REsp 773.275/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 14.11.2005; AgRg no Ag 665.943/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU de 22/8/2005).

---

14/ REsp 710.385/RJ, STJ, 1ª Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, Relator para acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, publicado no DJ de 14.12.06, p. 255.

(V) nas condenações a indenização decorrente de responsabilidade civil contratual, existe, apenas, uma decisão monocrática proferida pela Ministra Nancy Andrighi, integrante da Terceira Turma desta Corte, que rejeitou a utilização da taxa Selic como juros de mora (Ag 720.526/RS, DJU de 2/12/2005).

Ainda que o Superior Tribunal de Justiça entenda que a taxa Selic pode ser utilizada para cálculo dos juros moratórios em determinadas relações específicas, em especial as de natureza jurídico-tributária, constata-se que essa taxa, pelos motivos já descritos, não deveria ser usada nem mesmo nesses casos. Nesse ponto, convém destacar o REsp 823.228/SC<sup>15</sup>, que, corroborando os argumentos anteriormente aduzidos, bem descreve a taxa Selic e suas características, levando-nos à conclusão de sua inaplicabilidade à fixação dos juros moratórios:

II – Quanto à *alínea a*, de início, cumpre esclarecer que a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic – é taxa de juros estipulada pelo Banco Central do Brasil e utilizada pelo Governo Federal como instrumento de política monetária e para financiamento no mercado de capitais. É calculada de acordo com uma média ponderada e ajustada das operações de financiamento por um dia, lastreadas em títulos públicos federais, na forma de operações compromissadas e realizadas por instituições financeiras habilitadas para esse fim.

III – Ademais, no cálculo da taxa Selic são levados em consideração os juros praticados no ambiente especulativo, refletindo as condições instantâneas de liquidez no mercado monetário (oferta *versus* demanda de recursos), decompondo-se em duas parcelas: taxa de juros reais e taxa de inflação no período considerado, sofrendo grande influência desta última.

IV – Integra a Selic, ainda, a correção monetária, não podendo ser acumulada, a partir de sua incidência, com qualquer outro índice de atualização.

V – A taxa Selic, portanto, não possui natureza moratória, e sim remuneratória, vez que pretende remunerar o investidor da maneira mais rentável possível, visando ao lucro, portanto, o que transmuda o intento pretendido com os juros moratórios, qual seja, punir o devedor pela demora no cumprimento da obrigação.

---

15/ REsp 823.228/SC, STJ, 5ª Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, publicado no DJ de 1º/8/2006, p. 539 e RIOBTP vol. 207, p. 153.

VI – Em conclusão, a taxa Selic é composta de juros e correção monetária, não podendo ser acumulada com juros moratórios. Sua incidência, assim, configura evidente *bis in idem*, porquanto faz as vezes de juros moratórios, compensatórios e remuneratórios, a par de neutralizar os efeitos da inflação, constituindo-se em correção monetária por vias oblíquas. Daí porque impossível sua acumulação com os juros moratórios. Precedentes.

VII – A adoção da Selic conduz ao desequilíbrio social e à insegurança jurídica, porquanto é alterada unilateralmente pela Administração Federal conforme os “ânimos” do mercado financeiro e indicadores de inflação.

Em recente decisão, proferida no julgamento do REsp 1.012.820/SP<sup>16</sup>, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça reafirmou o entendimento de que a taxa Selic não pode ser cumulada com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque ela “inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real”.

Ademais, os juros moratórios legais possuem uma única natureza jurídica, não podendo ser aplicados de forma distinta de acordo com a relação jurídica analisada, sendo em um momento utilizada a taxa Selic e noutra limitando-os a 1% ao mês; e muito menos se pode considerar que o art. 406 do Código Civil refere-se à taxa Selic para determinada situação e para outras não, pois tal diferenciação não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio<sup>17</sup>.

Importante, ainda, destacar que o art. 406 do Código Civil refere-se a juros reais, ou seja, o juro nominal deflacionado, excedente à taxa inflacionária. Já na taxa Selic, encontra-se embutido, além do juro real, a correção monetária, e mesmo nas hipóteses em que não há adição explícita dessa atualização, a aludida taxa contém embutido fator de neutralização da inflação, pois, conforme explicação bem delineada no já mencionado REsp 215.881/PR<sup>18</sup>, a taxa Selic é calculada sobre “os juros cobrados nas operações de venda de título negociável em operação financeira com cláusula de compromisso de recompra e não sobre a

16/ REsp 1.012.820/SP, STJ, Corte Especial, Relatora Ministra Eliana Calmon, publicado no DJe de 8/9/2008.

17/ Observa-se tal divergência, por exemplo, no cotejo do REsp 710.385/RJ (1ª Turma, Relatora Ministra Denise Arruda, publicado no DJ de 14/12/2006, p. 255), em que se concluiu que “a taxa a que se refere o art. 406 do CC é a Selic, tendo em vista o disposto nos arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/95, 39, § 4º, da Lei 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/02”, e em todas as leis que tratam de matéria tributária, com o AgRg no REsp 727.842/SP (3ª Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 14/12/2007, p. 398), onde se entendeu que “a taxa Selic tem aplicação específica a casos previstos em Lei, tais como restituição ou compensação de tributos federais. Não é a ela que se refere o Art. 406 do novo Código Civil, mas ao percentual previsto no Art. 161, § 1º, do CTN”.

18/ REsp 215.881/PR, STJ, 2ª Turma, Relator Ministro Franciulli Neto, publicado no DJ de 19/6/00, p. 133 e JSTJ vol. 19, p. 205.

diferença entre o valor de compra e de resgate dos títulos”, o que faz com que ela reflita “a remuneração dos investidores pela compra e venda dos títulos públicos e não os rendimentos do Governo com a negociação e renegociação da Dívida Pública Mobiliária Federal interna”. Isso, aliado ao fato de ela ser uma taxa flutuante, sujeita a todas as intempéries de determinada parcela do mercado, faz com que, em momento algum, a taxa Selic reflita a taxa de juros reais buscada pelo art. 406 do Código Civil.

Assim, com base nesses argumentos, vem-se entendendo que não seria legal nem constitucional a aplicação da taxa Selic para a fixação dos juros moratórios ao pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, não podendo a referida taxa prestar-se como base à definição dos juros de mora previstos no art. 406 do Código Civil, devendo, para tanto, ser aplicado o § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional, que fixa aqueles juros em 1% ao mês.

## 2.4 Atual sistemática da limitação das taxas de juros

Ultrapassada a discussão acerca da aplicação da taxa Selic para a fixação dos juros moratórios ao pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional e concluindo-se pela sua não utilização, deve-se, então, entender a atual sistemática da limitação das taxas de juros.

Prevê o art. 406 do Código Civil que, ante a ausência de estipulação das partes, a taxa de juros legais moratórios equivale à taxa de juros decorrentes da mora no pagamento de impostos à Fazenda Nacional. Essa taxa, como visto, é a prevista no § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional, de 1% ao mês, devendo obedecer, ainda, ao disposto no art. 5º do Decreto nº 22.626, de 1933.

Assim, mesmo com a revogação do § 3º do art. 192 da Constituição Federal, o limite dos juros legais continua sendo 12% ao ano, pois o art. 5º do Decreto nº 22.626, de 1933, continua em vigor, devendo harmonizar-se sua interpretação com o vigente Código Civil.

Como o novo Código Civil não estabeleceu expressamente uma taxa de juros legais compensatórios, aplica-se, por analogia, a taxa de juros legais moratórios, ou seja, também 1% ao mês.

Nesse passo, os juros convencionais moratórios também estão limitados a 12% ao ano, em razão do disposto nos art. 1º e 5º do Decreto nº 22.626, de 1933. Chega-se

a essa conclusão pela interpretação do art. 406 do Código Civil, cumulado com o art. 5º do referido decreto, e do § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional.

Apesar de o art. 406 do Código Civil ter definido apenas a taxa legal de juros moratórios, sendo aplicável não só quando não houver convenção dessa espécie entre as partes, mas também quando a lei determinar a sua aplicação, óbvio é que as partes não poderão convencionar livremente esses juros, visto que o novo Código Civil não revogou nem alterou o Decreto nº 22.626, de 1933, que limita esses juros.

Tendo o art. 5º do Decreto nº 22.626, de 1933, limitado os juros moratórios a 1% ao mês, as partes não podem convencionar juros acima disso. E isso prevalece não só quanto aos juros pactuados, mas também quando as partes não estipularem taxa alguma.

Lembre-se, mais uma vez, que, mesmo com a revogação do § 3º do art. 192 da Carta Magna pela Emenda Constitucional nº 40, a regra do Decreto nº 22.626, de 1933, continua limitando os juros a 12% ao ano, em sua interpretação juntamente com o Código Civil.

Quanto aos juros convencionais compensatórios, faz-se necessária a distinção, atualmente prevista no Código Civil, entre os contratos de mútuo e os demais instrumentos contratuais.

O art. 591 do Código Civil dispõe que a limitação das taxas de juros do contrato de mútuo deve orientar-se pelo art. 406 do mesmo diploma legal, que trata dos juros moratórios, e, por analogia, pois não há previsão legal, também dos juros legais compensatórios. Essa taxa é de 12% ao ano, na forma da interpretação do art. 406 do Código Civil e do § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional.

Nesse passo, o art. 1º do Decreto nº 22.626, de 1933, limita os juros convencionais compensatórios ao dobro da taxa legal, devendo ser entendido nos limites dos juros legais, que são os mesmos devidos à Fazenda Nacional na cobrança de seus impostos, podendo atingir, portanto, 2% ao mês.

Assim, visualizam-se duas situações distintas: os juros convencionais compensatórios para todos os contratos civis, que não os de mútuo, não poderão exceder 2% ao mês – o dobro dos juros legais. Já para os contratos de mútuo, cujo limite é fixado pelo artigo 591 do Código Civil, os juros convencionais compensatórios estão limitados a 1% ao mês.



Vale lembrar que, em razão da revogação do § 3º do art. 192 da Constituição Federal, o dobro dos juros legais previsto no art. 1º do Decreto nº 22.626, de 1933, passa a corresponder ao dobro dos juros legais do artigo 406 do Código Civil, que corresponde a 1%, conforme previsto no § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional.

### 3 Conclusão

Observa-se, portanto, que a tendência atual a ser seguida é a de que as taxas de juros a serem utilizadas quando da aplicação do art. 406 do Código Civil devem obedecer aos limites do § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional, que é o índice utilizado pela Fazenda Nacional para o pagamento dos débitos a ela devidos, e aos art. 1º e 5º do Decreto nº 22.626, de 1933, que continuam em vigor.

Conforme se vem entendendo, a utilização da taxa Selic para esse fim, na forma atualmente concebida, quedar-se-ia afastada, por todos os argumentos aqui aduzidos, em especial os julgados do Superior Tribunal de Justiça que entendem por sua ilegalidade e por sua inconstitucionalidade, além do fato de ela chocar-se frontalmente com os limites impostos pela legislação às taxas de juros moratórios nos contratos civis.

Frise-se que sua utilização como taxa de juros para remunerar títulos e negócios com eles realizados é plenamente legal. Porém, querer ampliar sua esfera de aplicação ao campo tributário violaria, conforme sustentam a atual jurisprudência e a doutrina, uma série de princípios constitucionais básicos, além da hierarquia das normas.

A taxa Selic, segundo sua atual sistemática, significando um produto das oscilações do mercado, foi criada unicamente com o objetivo de remunerar o capital desse mercado financeiro. Aplicá-la ao art. 406 do Código Civil significaria, como se entende hoje, utilizar como taxa moratória uma taxa que possui caráter em parte remuneratório do capital e em parte atualizador da moeda, sem revestir-se de natureza indenizatória.

Além disso, deve-se levar em conta que as normas jurídicas, necessariamente, harmonizam-se, complementam-se, com o objetivo de formar o sistema do

Direito. Assim, a interpretação dessas normas deve partir da premissa de que o Direito é um sistema uno.

Interpretar literalmente qualquer dispositivo legal, como o art. 406 do Código Civil, significa não atingir verdadeiramente o alcance da norma. Mais ainda, utilizando-se a taxa Selic quando de sua aplicação, estar-se-ia distorcendo o cunho eminentemente moratório dos juros, propiciando um enriquecimento sem causa ao credor, o que, com certeza, não foi o objetivo do legislador na feitura do Código Civil.

Sugere-se, portanto, que a legislação venha a criar um suporte constitucional à aplicação da taxa Selic para a fixação dos juros previstos no art. 406 do Código Civil, diferentemente do que ocorre atualmente, gerando toda a polêmica que cerca esse tema.

Assim, não se utilizando a taxa Selic para a fixação dos juros previsto no art. 406 do Código Civil, entende-se que a alternativa correta seria aplicar o disposto no § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% ao mês, que, em consonância com o Decreto nº 22.626, de 1933, pode chegar a 2% ao mês em alguns casos.

Dessa forma, vem-se entendendo que os juros, no ordenamento jurídico pátrio, estariam limitados da seguinte maneira:

- a) juros legais moratórios: 1% ao mês, segundo o art. 406 do Código Civil e o § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional;
- b) juros convencionais moratórios: 1% ao mês, segundo os art. 1º e 5º do Decreto nº 22.626, de 1933;
- c) juros legais compensatórios: 1% ao mês, segundo o art. 406 do Código Civil e o § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional;
- d) juros convencionais compensatórios nos contratos de mútuo: 1% ao mês, segundo os art. 406 e 591 do Código Civil;
- e) juros convencionais compensatórios nos demais contratos civis: 2% ao mês (o dobro da taxa legal de juros), segundo o art. 1º do Decreto nº 22.626, de 1933, o art. 406 do Código Civil e o § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional.

## Referências

AJBESZYC, Fábio. **Os juros de mora e o novo Código Civil**. Escola Superior da Advocacia da OAB/PE. Recife, a. 76, 2003. Disponível em: <[http://www.iusnet.com.br/webs/ruy\\_antunes/artigon76.cfm](http://www.iusnet.com.br/webs/ruy_antunes/artigon76.cfm)>. Acesso em: 11 ago. 2003.

COSER, José Reinaldo. **Juros**. São Paulo: LED – Editora de Direito, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2.

JANSEN, Letácio. **Panorama dos Juros do Direito Brasileiro**. São Paulo: Lumen Juris, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ilegalidade e Inconstitucionalidade da Taxa SELIC para Correção de Débitos Tributários. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, abril-junho, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 4.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968. v. 2.

SCAVONE JÚNIOR. Luiz Antônio. **Juros no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

# Desconsideração da Personalidade Jurídica: a Teoria Maior e tese sobre a Teoria Menor\*

Rafael Lovato\*\*

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 artigo 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.

## Resumo

Desde 2002, com a promulgação do Novo Código Civil Brasileiro, trazendo em seu artigo 50 a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, o tema ganhou maior visibilidade e importância no Brasil. O presente artigo acadêmico

\* Monografia laureada entre as doze melhores monografias jurídicas do Brasil no Prêmio Tozzini, Freire, Teixeira e Silva de Monografias Jurídicas, em São Paulo, em 2002.

\*\* Procurador do Banco Central em Porto Alegre, pós-graduado em Processo, escritor.

busca analisar a Teoria Maior da Desconsideração, e apresentar tese sobre a Teoria Menor, muito mais complexa e abrangente do que a Maior, mas igualmente de mais difícil sistematização e aplicação.

**Palavras-chave:** Desconsideração. Personalidade jurídica. Teoria Maior. Teoria Menor. Tese. Art. 50 do novo Código Civil brasileiro. Novo Código Civil brasileiro.

### *Abstract*

*Since 2002, with the promulgation of the New Brazilian Civil Code, bringing in his article 50 the Disregard Doctrine, the theme gained more visibility and importance in Brazil. The present academic article look for to analyze the Major Theory of the Disregard, and presents a Thesis about the Minor Theory, much more complex and comprehensive then the Major one, but also more difficult to systematize and apply.*

**Keywords:** *Disregard Doctrine, Legal Entity, Major Theory, Minor Theory, Thesis, Article 50, New Brazilian Civil Code.*

## **1 Introdução**

Desde os primórdios da civilização humana, esta vem aprendendo, desenvolvendo e exercendo a arte do comércio. A evolução do homem (enquanto “animal social”) trouxe a necessidade do aprimoramento do escambo, da troca etc., erigindo, hodiernamente, uma complexa rede mundial de comércio (mais ainda por meio da internet), criando uma procura muito grande por bens de consumo. Dessa ânsia (e necessidade) é que adviram estabelecimentos industriais (que fabricam esses bens) e comerciais (que os repassam aos consumidores).

Desse digladio entre a oferta e a procura, num mundo onde a mais valia é o fiel da balança (assunto tratado por Karl Marx em sua obra **Do capital** (MARX, 1996, 256 p.), surgiram megaempresas (tanto comerciais quanto industriais), construídas sobre as bases de um capitalismo muitas vezes inescrupuloso.

Essas assombrosas estruturas que amalgamam homens, metais e máquinas são instrumentos de geração de lucros fabulosos, ao mesmo tempo em que podem gerar prejuízos igualmente homéricos, pois não raramente lidam com movimentações de milhões de reais (dinheiro, muitas vezes, pertencente a terceiros) em negócios de alto risco. Destarte, elas são pessoas jurídicas com características antagônicas em seu imo: são benéficas quanto a gerarem empregos e produzirem bens (ou comerciá-los), mas são, também, perniciosas quanto a seu potencial lesivo ao patrimônio alheio.

E é justamente este risco danoso que preocupa o mundo comercial (e jurídico): o latente (e muitas vezes real) dano causado a terceiros em casos de falência ou insolvabilidade de pessoas jurídicas devedoras, causadas por incompetência da administração, abuso ou fraude dos administradores ou dos sócios da empresa.

Quanto à perda de capital por parte do empresário (numa falência, por exemplo) chama-se “risco do empreendedor”. Para quem investe, a possibilidade de perda é um risco assumido, ao qual o investidor se submeteu de livre e espontânea vontade, pois proporcional ao risco, se tudo der certo, serão os lucros, de propriedade exclusiva do investidor. Mas, quando algo dá errado é, também, somente ele que arca com os prejuízos?

Essa é uma pergunta inquietante. A legislação brasileira (assim como o costume interpretativo e aplicativo do Direito brasileiro) ampara o comerciante/industrial quando de um investimento mal direcionado (ou vários) que leve à sua falência ou insolvabilidade, tornando-o responsável somente pelo capital subscrito de sua empresa, resguardando o restante de seu patrimônio pessoal – Princípio da Autonomia Patrimonial. Dessa maneira, se o patrimônio ativo dessa empresa for menor que o seu patrimônio passivo quando de sua falência, ele estará, invariavelmente, lesando outras pessoas (físicas ou jurídicas) que não assumiram o risco de seu empreendimento e nem mesmo o corroboraram (muitas vezes sequer conhecem pessoalmente o investidor): os credores.

Essas pessoas terão, destarte, seu patrimônio lapidado por um risco assumido por outrem, de sorte que uma injustiça será posta à luz, pois alguns estarão pagando (literalmente) pelo erro de outros, independentemente se por administração incompetente ou fraude/abuso destes últimos.

Nesses casos, vem a lume, então, uma iniquidade legitimada pela prática jurídica e comercial brasileira e mundial: o “rateio de dividendos”, em que pessoas físicas

ou jurídicas estão arcando com prejuízos gerados por outrem. Dessa afirmação emerge a seguinte dúvida: que é possível fazer para equilibrar essa balança?

O antigo Código Civil brasileiro (datado de 1916) silenciava-se sobre o assunto, mas o novo Código Civil brasileiro, em seu art. 50, traz uma inovação (para o corpo textual de um Código Civil) sobre esse tema, já presente no mundo jurídico brasileiro (Lei Ambiental, Lei Antitruste, Código de Defesa do Consumidor etc.): a desconsideração da personalidade jurídica.

Esse tema, escopo deste artigo jurídico, virá como um amortizador do prejuízo causado por atos ilícitos ou abusivos de dirigentes/administradores de pessoas jurídicas (estendível, quem sabe, a casos de falência ou de insolvabilidade por incompetência administrativa), na tentativa de equilibrar, um pouco, a balança comercial da mais valia e do prejuízo causado por terceiros.

## **2 Prelúdio e histórico do tema**

### **2.1 A personalidade jurídica**

Anteriormente ao aprofundamento da matéria epígrafe deste artigo, mister se faz emergir conhecimentos específicos acerca de alguns temas que darão subsídio ao desenvolvimento do assunto em pauta. Procede-se dessa maneira, pois são esses conhecimentos indispensáveis à compreensão e ao questionamento da esfera jurídica adentrada na atividade científica desenvolvida e aqui compilada.

#### **2.1.1 Entendimento doutrinário**

Como o próprio título do presente compilamento jurídico de caráter científico deixa transparecer, o texto vindouro tratará de assunto pertencente à esfera comercial e civil do Direito brasileiro, mais especificamente no que concerne à personalidade das pessoas jurídicas enquanto entes abstratos ao mundo fático e reais ao mundo jurídico.

É sabido em profundidade pelos estudiosos do Direito e é notório à população em geral que as sociedades mercantis são formadas pela comunhão de vontades

de indivíduos, unidos por uma afinidade recíproca e com um fito específico: o lucro. Nas palavras de Fran 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., constitui-se numa comunhão de alguns (ou todos) os bens dos sócios (móveis, imóveis, pecúnia etc., conforme a vontade destes). Esses bens formarão o patrimônio de sua recém-constituída empresa (transformando-se em patrimônio indireto dos sócios), e esse patrimônio societário gozará de autonomia e independência em relação ao patrimônio pessoal (patrimônio direto) dos sócios componentes da sociedade.

A consequência social e jurídica mais importante desta comunhão de vontades e esforços é o nascimento da personalidade jurídica desta entidade comercial. A palavra nascimento foi adrede empregada, pois efetivamente um novo ser (incorpóreo) emerge do contrato social firmado: um ente abstrato, diverso das pessoas que o constituíram, que possui patrimônio próprio, sendo capaz de exercer direitos, contrair obrigações e responder diretamente contra terceiros. O patrimônio erigido funciona como garantia, aos credores, de adimplência de obrigações pecuniárias assumidas pela sociedade.

Ainda na esteira dos ensinamentos de Fran Martins (2001, p. 148), o doutrinador apregoa que pessoa jurídica é

[...] o ente incorpóreo que, como as pessoas físicas, pode ser sujeito de direitos. Não se confundem, assim, as pessoas jurídicas com as pessoas físicas que deram lugar ao seu nascimento; pelo contrário, delas se distanciam, adquirindo patrimônio autônomo e exercendo direitos em nome próprio. Por tal razão, as pessoas jurídicas têm nome particular, como as pessoas físicas, domicílio e nacionalidade; podem estar em juízo, como autoras ou como réis, sem que isso se reflita na pessoa daqueles que as



constituíram. Finalmente, têm vida autônoma, muitas vezes superior às das pessoas que as formaram; em alguns casos, a mudança de estado dessas pessoas não se reflete na estrutura das pessoas jurídicas, podendo, assim, variar as pessoas físicas que lhes deram origem sem que este fato incida no seu organismo. É o que acontece com as sociedades institucionais ou de capitais, cujos sócios podem mudar de estado ou ser substituídos sem que se altere a estrutura social.

Houve, no mundo jurídico brasileiro, quando do surgimento do instituto, discussões a respeito de não existir, de fato, a pessoa jurídica no mundo real. Acerca desse assunto, e em complemento ao comentário há pouco tecido, salienta, de maneira clara e direta, o doutrinador brasileiro Rubens Requião (1998, p.345):

O problema da personalidade jurídica das sociedades comerciais comporta um tratamento prático. Daí por que nos afastamos das abstratas preocupações científicas e doutrinárias, a respeito das teorias, dissertação imprópria em um compêndio de direito comercial. Valemo-nos, por isso, da destemida afirmativa de Messineo, que, alheando-se das querelas que tanto afadigaram os juristas, considerou de somenos importância o problema sobre a realidade ou ficção das pessoas jurídicas, satisfazendo-se com a circunstância de possuírem elas uma realidade no e para o mundo jurídico.

Os ensinamentos de Requião servem para alertar que é irrelevante, juridicamente, a discussão a respeito de ser concreta ou não a pessoa jurídica no mundo real. É pertinente, e aí sim, a realidade palpável dessas entidades na esfera de atuação e no mundo jurídico enquanto sujeitos capazes de contraírem obrigações, exercerem direitos e estarem em juízo.

Das querelas acima expostas restou que o entendimento acerca do reconhecimento de personalidade às sociedades comerciais, entre os sistemas legais societários e os juristas de todo o mundo, não é pacífica. Exemplifica-se, para facilitar o entendimento da afirmação recém-feita: há a Teoria Dualista Alemã (que não reconhece personalidade às sociedades civis, só às sociedades de capitais); há a Teoria da Ficção (defendida por Ihering, Savigny e Laurent, entre outros, para os quais as pessoas jurídicas são seres fictícios criados artificialmente pelo direito positivo, vez que a idéia natural da pessoa coincide com a do indivíduo, sendo que a existência daquela dependeria da vontade do legislador, configurando-se,

portanto, numa criação da lei); há a Teoria de Zittelman (que combateu a teoria adotada e defendida por Savigny, dizendo que a “realidade da pessoa social não está nos indivíduos e sim na idéia transcendental de que eles são manifestação efêmera” (ZITTELMANN *apud* FRAN MARTINS, 2001, p. 205)). Essa concepção da existência da personalidade jurídica anterior à lei é basilada no direito subjetivo, sendo, destarte, a vontade o ato fundamental do direito. Complementando o entendimento trazido à luz, Waldemar Ferreira, *apud* Fran Martins (2001, p. 205), ensina:

[...] onde existia uma vontade capaz de se determinar, existe um direito e, portanto, um sujeito de direitos, isto é: uma pessoa. Pela mesma razão por que se reconhece a pessoa natural, de existência visível, há de se reconhecer a pessoa jurídica, distinta das pessoas físicas que a formaram, tendo uma vontade própria.

Existem outras teorias mais, aqui não trazidas a lume, vez que, por não ser esse o escopo deste trabalho científico, tamanho aprofundamento tornar-se-ia desapropriado.

## 2.1.2 A personalidade jurídica no Direito brasileiro

O Direito positivo brasileiro admite em seu seio e reconhece amplamente a personalidade jurídica das sociedades legalmente constituídas. Nos dias de hoje, a teoria já se encontra amalgamada à tradição jurídica nacional, sendo Teixeira de Freitas o seu caudilho, pois foi o jurista brasileiro que apresentou a regulamentação das pessoas jurídicas no famoso Esboço de Código Civil.

É válido frisar que, no início, não foi pacífica a aceitação dessa personificação aqui no Brasil – assim como no mundo inteiro. Entre os célebres gladiadores do assunto, citem-se o professor Porchat – que defendia a tese de negativa de personificação – e J. X. Carvalho de Mendonça, Clóvis Beviláqua e Waldemar Ferreira – que defendiam a personificação –, dentre muitos outros juristas mais.

De Bento, *apud* Requião (1998, p. 217-218), fala sobre a personalidade no Direito brasileiro fazendo um comparativo ao art. 22 do Código Espanhol; pela clareza, o texto do doutrinador citado é transcrito *ipsis literis*:

[...] a doutrina que fundamenta este artigo deita por terra todas as conseqüências que decorrem da existência de personalidade nestas sociedades [...]

Vemos, pois, neste caso, que a declaração da personalidade jurídica destas sociedades nelas não teve nenhuma repercussão, isto é, não existe esta personalidade, pois está condicionada à existência de todos os seus progenitores.

[...] o patrimônio a todos pertence e as obrigações gravitam em torno dos sócios. Não necessitam de personalidade distinta dos sócios, pois a razão social, sob a qual se firmam, é suficiente para que se lhes reconheça a personalidade de adquirir direitos e contrair obrigações, podendo, inclusive, comparecer em juízo. As sociedades de capitais, entretanto, por estarem desvinculadas dos indivíduos que as compõem, e por causa da instabilidade e mutabilidade de seus sócios, dos órgãos de administração, de base impessoal e capitalista, e da sua fisionomia jurídica especial, levam a atribuição da personalidade a esse tipo de sociedade.

### 2.1.3 Problemas advindos da personificação

Mesmo que a teoria da personificação tenha sido e seja defendida por doutrinadores de peso no âmbito jurídico nacional (e mundial), e mesmo sendo ela acolhida pelo Direito positivo brasileiro, não há como negar que, quando aplicada praticamente às sociedades comerciais, causa uma série de problemas jurídicos e sociais. Tão graves são esses problemas que Requião (1998, p. 348) chegou ao ponto de desabafar: “Mas a teoria da personificação jurídica [...] não deixa de criar sérios problemas, a ponto de presentirmos a sua decadência”.

O mais debatido dos problemas causados pela personificação das sociedades é o efeito de rigidamente distinguir o patrimônio da pessoa física (sócios) do da pessoa jurídica (sociedade), dando azo aos efeitos do Princípio da Autonomia Patrimonial – por meio do qual os patrimônios (do sócio e da sociedade) tornam-se inconfundíveis.

É justamente em virtude dessa rigidez de distinções entre os patrimônios dos sócios e da sociedade e de crescentes fraudes promovidas por meio da personificação das sociedades (usando-se o Princípio da Autonomia Patrimonial como anteparo) é que surgiu, em 1897, a posteriormente denominada *Disregard of Legal Entity*. Essa teoria visava a coibir, especificamente, abusos e

fraudes praticados por administradores ou sócios mediante as pessoas jurídicas, amparados pela inconfundibilidade patrimonial.

## 2.2 Histórico da desconsideração da personalidade jurídica

A primeira repercussão e o primeiro questionamento acerca da desconsideração da personalidade jurídica ocorreram no caso *Salomon vs. Salomon & Co.*, julgado em 1897 na Inglaterra, caso que, pela peculiaridade e pela relevância, sempre é esclarecedor ser lembrado.

O empresário Aaron Salomon havia constituído, conjuntamente com seis de seus membros familiares, uma *company*. Quando dessa constituição, Salomon cedeu seu fundo de comércio à sociedade, recebendo, em contraprestação, vinte mil ações representativas, enquanto que a cada um dos outros sócios coube apenas uma ação por pessoa, integrando, assim, o valor da incorporação do fundo de comércio na nova sociedade. O valor que Salomon recebeu em obrigações garantidas perfaziam, à época, dez mil libras esterlinas.

Logo após a constituição da sociedade, esta se provou insolável, sendo que seu patrimônio ativo tornou-se inferior ao seu patrimônio passivo, não sendo suficiente sequer para honrar as obrigações garantidas, muito menos para as quirografárias.

Quando do procedimento de falência, o liquidante, resguardando o interesse dos credores quirografários da *Salomon & Co.*, sustentou que toda a atividade desenvolvida pela *company* era, verdadeiramente, a atividade de Aaron Salomon individualmente. Defendeu que Aaron usara de um artifício (a incomunicabilidade de patrimônios) para limitar sua responsabilidade, valendo-se da sociedade como um escudo, devendo, então, ser condenado a arcar com os débitos da *company*, restando seu crédito garantido revertido em favor dos credores quirografários da sociedade.

O caso teve julgamento favorável ao liquidante nas duas instâncias inferiores, sendo que, ao final do trâmite do processo, a *House of Lords* inglesa julgou que Aaron Salomon agira legalmente, sendo válido seu crédito garantido.

A partir desse caso, o tema despertou interesse de juristas do mundo inteiro, uma vez que duas instâncias inglesas inferiores foram seduzidas pelos

argumentos do liquidante. Estava lançada ao vento a longa discussão sobre o assunto.

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, hodiernamente, é também conhecida pelas seguintes nomenclaturas: Doutrina de Superamento da Personalidade Jurídica (Rubens Requião), Desconsideração da Pessoa Jurídica, Despersonalização de Sociedade, Doutrina da Penetração, Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica, *Disregard of Legal Entity*, *Disregard Doctrine*, *Piercing the Corporate Veil*, *Lifting the Corporate Veil*, além de outras mais. Essa teoria tomou aspectos sistematizados, pela primeira vez, na da tese de doutorado de Rolf Serick, defendida em 1953 perante a Universidade de Tübingen, Alemanha, intitulada *Rechtsform und Realität juristischer Personem*. O título dessa tese, em tradução de Antonio Polo, em Barcelona, seria *Aparencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles – El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*”.

Serick (*apud* COELHO, 2003) baseia-se em decisões de magistrados norte-americanos para erigir sua tese e formula quatro princípios distintos em sua teoria sobre a *Disregard Doctrine*: a) o de que o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica para impedir a prática de algum ato ilícito; b) o de que a pura e simples insatisfação do crédito do credor não é causa bastante para se utilizar a desconsideração; c) nas palavras do próprio Rolf 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. Em tal hipótese, para atendimento dos pressupostos da norma, levam-se em conta as pessoas físicas que agiram pela pessoa jurídica;

e d) e o último, ainda citando o autor (*apud* COELHO, 2003, p. 36):

[...] se as partes de um negócio jurídico não podem ser consideradas um único sujeito apenas em razão da forma da pessoa jurídica, cabe desconsiderá-la para aplicação de norma cujo pressuposto seja a diferenciação real entre aquelas partes.

Os ensinamentos de Serick ainda hoje são considerados relevantes, principalmente no mundo jurídico atinente à personalização das sociedades.

Porém, quando do surgimento de sua tese, por ser revolucionária, ela foi bastante criticada. Um de seus críticos foi Calixto Salomão Filho, que chamou a teoria de “unitarista” (por não fazer distinção entre os tipos de pessoas jurídicas) e apontou Müller-Freienfels como o maior opositor daquele.

### 2.2.1 Direito comparado

Além da Alemanha, com Serick, vários outros países adotaram ou estão adotando a desconsideração da personalidade jurídica em seu mundo jurídico, por reconhecerem sua absoluta pertinência.

Nos Estados Unidos, os tribunais a vêm aplicando, jurisprudencialmente, em casos excepcionais nos quais se comprove fraude à lei, a contratos ou a credores; na Inglaterra, surgiu o instituto (*Salomon vs. Salomon & Co.*), como já dito anteriormente; na França, por ensinamentos de Erlinghagen, por meio de sua esquematização, a desconsideração da pessoa jurídica aplica-se em casos nos quais haja interposição, simulação e aparência de pessoas. Josserand divulgou a afirmativa “Nem tudo que é conforme a Lei é legítimo”, apoiando Erlinghagen, além de muitos outros países mais.

## 3 Desconsideração da personalidade jurídica

### 3.1 A *Disregard Doctrine* no Brasil

No Direito brasileiro, o arauto da doutrina da desconsideração foi Rubens Requião, em uma conferência intitulada “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”. Esta conferência foi realizada na década de 1960 na Universidade Federal do Paraná. A palestra ministrada, posteriormente, foi transformada em artigo, que foi publicado na Revista dos Tribunais.

Seguindo no caminho de adotar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, foi a advinda da doutrina na positivação jurídica brasileira, trazendo, na letra de seu art. 28, *caput* e § 5º, o seguinte texto, que por pertinência traslada-se:

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

[...]

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

É importante notar que o diploma legal acima transcrito enumera casos que não dizem respeito à *Disregard Doctrine* – como se verá, paulatinamente, mais adiante. Um desses casos é no que tange à atuação do administrador em violação à lei ou ao contrato social, pois esse ato gera sua responsabilidade pessoal (*ex vi legis*), não sendo caso de desconsideração, pois haverá, nessa hipótese, somente a ocorrência de responsabilidade judicial do administrador acerca do ato ilícito por ele praticado. Igualmente se encaixam no explicitado acima os danos causados a terceiros em virtude de má administração. Seguindo-se o cerne da teoria, só é caso de aplicação da desconsideração, quanto ao Código de Defesa do Consumidor, o concernente ao abuso de direito, e nada mais.

No mesmo diapasão dos comentários tecidos (quanto à confusão entre a *Disregard Doctrine* e a responsabilidade *ex vi legis*), encontra-se a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, a chamada Lei Antitruste, que trata da desconsideração em seu art. 18, abaixo transcrito:

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

Outro diploma legal que trata do tema é a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que positiva sobre os crimes ambientais, da qual é transcrito o art. 4º: “Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade

for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

Direta, simples e eficaz, a Lei Ambiental não confunde a Teoria da Desconsideração com responsabilidade civil direta (*ex vi legis*), como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº 8.884, de 1994, sendo a positivação legal brasileira que mais se aproxima da inteligência da *Disregard Doctrine*.

Os textos legais acima transcritos são os mais marcantes e diretos acolhedores da teoria aqui estudada, mas não são os únicos. Outros mais a prenunciam, alguns fazendo confusões, como o Código de Defesa do Consumidor, mas servem para demonstrar que a *Disregard*, há muito, está presente na esfera jurídica brasileira, como se ilustra a seguir: a) A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu art. 2º, § 2º, prevê responsabilidade solidária no caso de relações empregatícias entre a empresa principal e suas subordinadas quando constituídas num conglomerado econômico; b) O Código Tributário Nacional (CTN), em seu art. 134, VII, prevê a responsabilização pessoal do representante legal da pessoa jurídica na hipótese de aquele exceder seus poderes; c) A Lei da Política Monetária, Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, responsabiliza solidariamente diretores e gerentes de instituições financeiras em virtude de obrigações assumidas por estas durante a gestão daqueles; etc.

Esses são alguns casos nos quais se pode denotar uma tendência a se responsabilizarem as pessoas físicas por dívidas da pessoa jurídica, anunciando um futuro de total acolhimento da *Disregard Doctrine* no Brasil. Vindo fortalecer essa tendência, o novo Código Civil brasileiro traz a doutrina, timidamente, em seu art. 50.

### 3.2 O novo Código Civil

O novo Código Civil brasileiro é a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que substituiu o antigo Código Civil brasileiro (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916), que vigorava desde 1917, elaborado por Clóvis Beviláqua com o auxílio de Rui Barbosa. Vale o friso que a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) – Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – mantém vigente.

Quanto ao novo Código, há quem diga que já entrou em vigência sendo obsoleto por causa da demora em sua aprovação, posto que seu anteprojeto foi



apresentado à Câmara dos Deputados em 1975 por Comissão composta por Miguel Reale, Agostinho de Arruda Alvim, Torquato Castro, José Carlos Moreira Alves, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun e Clóvis do Couto e Silva.

Um estudo mais aprofundado da integralidade desse anteprojeto e mesmo do novo Código Civil brasileiro não é relevante ao desenvolvimento desta monografia jurídica. Mas uma modificação por ele trazida é de absoluta pertinência: a admissão da desconsideração da personalidade jurídica, introduzida no art. 50 pela sugestão do professor Requião, artigo esse que a seguir se traslada:

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

### 3.2.1 Brevíssimos comentários sobre o artigo 50

O artigo transcrito é bastante tímido. Porém, o que é positivo, é que tal normatização não está adstrita ao Direito Civil, podendo ser estendida a outros ramos do direito.

Quanto ao abuso da personalidade, há que se tomar o cuidado de não se adentrar a responsabilidade *ex vi legis*, ou seja, a responsabilização pura e simples por ato ilícito, o que fugiria do cerne da *Disregard*. No que tange à confusão patrimonial, bem-vinda inovação, posto que essa é pressuposto objetivo da aplicabilidade da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica (o que veremos mais pormenorizadamente logo a seguir), o que nos remete diretamente ao caso *Salomon vs. Salomon & Co.*, manancial da referida teoria.

Porém, fato digno de nota é que o artigo em estudo limitou, em procedimento judicial instaurado, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica ao Ministério Público e à parte diretamente envolvida no litígio. Mas o artigo silencia-se a respeito da possibilidade de uma ação autônoma de pedido de desconsideração da personalidade jurídica, o que, em tese, é possível. O argumento para embasar a afirmativa da possibilidade de terceiros intentarem um pedido

autônomo de desconsideração é bastante simples: como se bem sabe, no Direito brasileiro, tudo o que não é defeso, é permitido. Assim, é parte legítima qualquer pessoa, inclusive terceiros, para propor o levantamento do véu de uma pessoa jurídica com base no novo Código Civil, uma vez que seu art. 50 não proíbe essa possibilidade. A única restrição possível será o respeito às condições da ação, a saber: legitimidade *ad causam*, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir na ação que der azo ao pedido *in comento*. (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 1996, p. 259-261)

### 3.3 Conceituação da *Disregard Doctrine*

Verossímil a compreensão de que, de todo o exposto até o presente momento, emerge, naturalmente, um conceito do tema tratado.

Buscando, então, a concisão, para não incorrer no erro da repetição, pode-se dizer que a desconsideração da personalidade jurídica é um artifício jurídico à disposição dos credores e de quaisquer interessados, por meio do qual se torna a personalidade jurídica de empresas ineficaz enquanto manancial gerador da autonomia patrimonial.

Ela não serve, de maneira nenhuma, para anular total e permanentemente a personificação: o que faz é momentaneamente afastá-la quando a sociedade está sendo usada como anteparo a fraudes e a atos abusivos de seus sócios ou de seus dirigentes.

Frise-se, na tentativa de espancar dúvidas, que a teoria em comentário não trata nem objetiva a negação da personalidade jurídica: o que ela faz, e aí, sim, é desconsiderar essa personificação em relação a um caso concreto. Sobre esse aspecto, são relevantes os ensinamentos de Coelho (2003, p. 37):

A teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica não é uma teoria contrária à personalização das sociedades empresárias e à sua autonomia em relação aos sócios. Ao contrário, seu objetivo é preservar o instituto, coibindo práticas fraudulentas e abusivas que dele se utilizam.

Salientando-se, por ser pertinente, que não é caso de despersonificação quando o sócio ou o dirigente viola a lei ou o contrato social (por exemplo, o

Código de Defesa do Consumidor, art. 28). Em casos como esse, o que ocorre é a simples e direta responsabilidade civil da pessoa física (administrador, sócio etc.) por atos ilícitos próprios (responsabilidade *ex vi legis*), e não da pessoa jurídica. Um pouco mais profundamente, frise-se que só é caso de desconsideração quando o ato praticado em nome da sociedade for lícito, mas, se imputado a uma pessoa física (dirigente) aí, sim, transformar-se em ilícito. Destarte, se o ilícito puder, imediatamente, ser apontado como ilícito do sócio ou do administrador, não é caso de despersonalização da sociedade.

No diapasão do acima afirmado, aponta-se novamente Coelho (2003, p. 43):

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

O texto acima trasladado vem fortalecer o anteriormente explicitado neste trabalho científico: o “pressuposto de licitude” (como denomina Coelho) serve para se fazer a distinção entre atos de responsabilidade civil direta do administrador ou do sócio (ilícitos legais – *ex vi legis*) e atos aparentemente lícitos enquanto praticados pela pessoa jurídica, mas fraudulentos ou abusivos (casos de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade) se imputados aos sócios ou dirigentes.

Após o explanado, então, de maneira alguma se deve entender como escopo da teoria da desconsideração a destruição da personalidade jurídica enquanto instituto jurídico. Muito pelo contrário, pois veio a *Disregard Doctrine* aperfeiçoar e fortalecer a personificação das sociedades civis e comerciais brasileiras.

### 3.3.1 Pressupostos de aplicabilidade

Para que se possa aplicar a *Disregard*, há de se ter critérios. Nesse sentido, existem dois grupos de pressupostos de sua aplicabilidade: os subjetivos e os objetivos.

Entende-se por pressupostos subjetivos aqueles atinentes à vontade do praticante do ato em nome da pessoa jurídica. Nesses casos, em virtude da subjetividade quanto à intenção do praticante, é de grande dificuldade a produção de prova por parte do credor para se caracterizar a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica. Em virtude desse óbice (de comprovar um sentimento subjetivo) que abarca o Direito em geral, e para não tornar certos direitos (como o em pauta) inacessíveis, a ordem jurídica preocupa-se em, muitas vezes, inverter o ônus da prova e positivar presunções legais para servirem de instrumento possibilitador ao exercício de direitos.

Ao lado do pressuposto subjetivo, na teoria da desconsideração da personalidade jurídica também figura um pressuposto objetivo de aplicabilidade. Este foi formulado por Fábio Konder Comparato (1977, p. 283), que seria a confusão patrimonial entre sócio e sociedade (positivado no art. 50 do novo Código Civil), a ser apurada por meio da escrituração contábil da empresa. Exemplificando concisamente os ensinamentos de Comparato (1977, p. 283): caso não se possa fazer distinção entre o patrimônio do sócio e o patrimônio da empresa, essa confusão servirá de pressuposto objetivo à obtenção da desconsideração da personalidade jurídica, gerando uma presunção relativa de prova a respeito de fraude ou do abuso por parte do sócio.

A eleição da confusão patrimonial como pressuposto objetivo da *Disregard Doctrine* facilita a tutela dos interesses dos credores, uma vez que a produção de provas de pressupostos objetivos é mais acessível. Mas, frise-se, a presença de um pressuposto objetivo não anula a possibilidade de prova em contrário por parte do devedor, uma vez que se trata de presunção relativa.

Na mesma linha de ensinamentos de Coelho (2003, p. 44), emerge o majoritário entendimento doutrinário de que se deve sempre utilizar a formulação subjetiva de pressupostos, pois mais ajustados à desconsideração, figurando, o pressuposto objetivo, como auxiliar daquela. Derradeiramente, mister se faz salientar que os pressupostos (subjetivos e objetivos) não se anulam e sobrevivem isolada ou conjuntamente enquanto instrumentos de produção de provas em ações de conhecimento por meio do procedimento de desconsideração da personalidade jurídica.

### 3.4 Inversão da desconsideração

Após o até agora explanado, já não é mais fato novo que a *Disregard Doctrine* visa a coibir fraudes ou abusos ocorridos por meio da má utilização da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Em poucas palavras, desconsideração é a responsabilização do patrimônio do sócio ou administrador por dívida formalmente imputada à sociedade. E o contrário é possível? Sim.

A desconsideração é igualmente atingível no caso inverso: é possível desconsiderar a autonomia patrimonial societária para responsabilizar o patrimônio dos sócios por obrigações contraídas por eles, buscando principalmente inibir o desvio de bens. Vejamos o que diz Coelho (2003, p. 45): “A desconsideração inversa é o afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio”.

O conceito trasladado é preciso, pois efetivamente no caso de haver a fraude contra credores por transferência de bens à pessoa jurídica, levantar-se-á o véu desta (sua personalidade) para que ela responda pela dívida do sócio fraudador.

Explicando-se um pouco mais claramente, a inversão da desconsideração tem lugar quando o devedor transferir seus bens para a pessoa jurídica com o intuito de não adimplir dívidas com seus credores (credores da pessoa física). Salienta-se que, via de regra, as quotas ou parcelas de capital social de cada sócio são penhoráveis, somente sendo impenhoráveis as quotas ou parcelas de capital social de sociedade limitada de pessoas. Mas esse instituto (a inversão) é mais adequado aos casos que envolvam pessoa jurídica sob forma associativa ou fundacional, pois a seu instituidor ou a seu integrante não se atribui bens que correspondam à sua participação na entidade fundada.

Também é medida importante o tema em pauta no direito de família quando se trata de partilha de bens por desconstituição do vínculo de casamento (união estável também). Nesse caso, quando um dos cônjuges adquirir bens e registrá-los em nome da sociedade que tem sob seu controle, estes não integrarão, formalmente, a massa patrimonial a ser partilhada, sendo, então, possível se desconsiderar inversamente a personalidade jurídica da sociedade para se trazerem esses bens à partilha.

Assim, mais uma vez fica cristalino que o escopo maior do instituto ora estudado é coibir fraudes e desvios de finalidade no que tange e envolve pessoas jurídicas.

### 3.5 Das duas teorias da desconsideração

Insta expor que, até o presente momento, tratou-se, somente, de uma das teorias da desconsideração, nominada por Coelho (2003) como Teoria Maior da Desconsideração. Destarte, o dito até o presente momento é adequado, em sua totalidade, a esta teoria (a Maior).

Ao lado dela, teorizando a cisão do Princípio da Autonomia Patrimonial, figura a Teoria Menor da Desconsideração – dita por Coelho (2003).

É de se concordar, em princípio, com o intuito dessas denominações: dicotomizar o tema “desconsideração”, apregoando que há entendimentos diferentes sobre ele. Mas, deve-se ter cautela ao se relegar à desimportância a Teoria Menor, pois aparentemente pueril. Em verdade, é ela a mais complexa, a mais abrangente, a mais inquietante e a de mais difícil sistematização das duas, o que se poderá constatar a seguir.

## 4 Tese sobre a Teoria Menor da Desconsideração

### 4.1 Intróito

Até o presente momento, como já há pouco apregoado, foi tratada a Teoria Maior da Desconsideração. A Teoria Menor, tema deste tópico, saliente-se, para não se fazer confusões, não é a *Disregard Doctrine*. Ou seja: a Teoria Menor e a *Disregard Doctrine* (Teoria Maior) são doutrinas distintas, com características semelhantes, mas com diferenças marcantes, como se poderá constatar.

### 4.2 Entendimento doutrinário sobre a Teoria Menor

Conforme já se deixou transparecer, o entendimento doutrinário sobre a teoria em epígrafe é o de tê-la como menos elaborada que a Maior (COELHO, 2003, p. 46), de difícil sistematização e muito radical, sendo, por conseguinte, de menor importância.

Em grandes linhas, assemelham-se as duas teorias: servem para o mesmo propósito, que é fazer com que sócios ou administradores suportem, com seu patrimônio pessoal, dívidas contraídas em nome da entidade societária.

A grande diferença entre elas reside no aspecto de que a Menor tem por pressuposto de aplicabilidade a simples inadimplência da obrigação devida pela sociedade. Destarte, então, poder-se-ia desconsiderar a personalidade jurídica por abuso ou fraude perpetrados por sócio ou administrador da instituição societária (Teoria Maior) ou por simples insolvabilidade ou falência da instituição (cerne da Teoria Menor).

Nos ensinamentos de Coelho (2003, p. 46), a teoria em pauta não se preocupa com “distinguir a utilização fraudulenta da regular do instituto, nem indaga se houve ou não abuso de forma”. Sendo ainda mais duro, sopra ao vento, o mesmo doutrinador (COELHO, 2003, p. 46):

Equivale, em outros termos, à simples eliminação do princípio da separação entre pessoa jurídica e seus integrantes, isto é, à ineficácia do art. 20 do Código Civil. Se a formulação maior pode ser considerada um aprimoramento da pessoa jurídica, a menor deve ser vista como o questionamento de sua pertinência, enquanto instituto jurídico.

A conclusão do autor citado dá-se relembrando Serick e sua proposta inicial, quando pesquisou, para a formulação de sua tese de doutorado, os critérios usados pelos juízes norte-americanos para desconsiderarem a personalidade jurídica, o que faziam somente em casos de fraude ou abuso de sócios ou administradores.

### 4.3 Críticas ao entendimento doutrinário

Há que se salientar que existem entendimentos contrários ao do doutrinador acima transcrito. A uma primeira vista, fazendo um exame superficial, pode-se concluir pela não-importância e pela inaplicabilidade da Teoria Menor, pois demais extremista.

Porém, ao contrário do anteriormente narrado e do até o presente entendido, doutrinariamente falando, a Teoria Menor verdadeiramente é muito mais complexa do que a Maior e de aplicabilidade muito mais abrangente, mas de

difícil sistematização (em especial quanto às sociedades anônimas), motivo esse, provavelmente, manancial de seu “esquecimento” doutrinário.

É de se reconhecer que a teoria agora tratada é muito perigosa aos sócios das sociedades mercantis e civis brasileiras, pois dotada de um alcance patrimonial fantástico. E justo por isso deve-se ter uma cautela incomensurável ao dela tratar-se, pois erigida sobre pilares de notável complexidade. Mas essas características não a tornam inaplicável e nem sem importância, o que se tentará sustentar a seguir.

#### 4.4 Conceituação

A Teoria Menor da Desconsideração é basilada na oneração patrimonial dos sócios (seguindo certa ordem e respeitando-se certos princípios, como se verá logo a seguir) por simples inadimplência de obrigação devida pela entidade societária. Desse conceito, emerge o seu escopo: proteger o patrimônio dos credores da pessoa jurídica.

Defende-se, ao conceituar-se essa teoria, que não são precisos os argumentos doutrinários a respeito de ela ser uma negação da personalidade jurídica, ou, ainda, um questionamento de sua pertinência. Sustenta-se essa posição uma vez que nela não “mata-se” a personalidade da empresa, pois esta se perpetua no tempo: o que se faz é “levantar seu véu personificante”, como na Teoria Maior.

Essa afirmação comprova-se pelo seguinte argumento: gerar o Princípio da Autonomia Patrimonial não é o único intuito da personificação da entidade societária. Além disso, a desconsideração de sua personificação é somente para um caso em concreto, tanto na teoria Maior como na Menor. Mesmo quando despersonificada para se buscar o patrimônio de seus sócios ou de seus administradores, ela permanece um ente abstrato personificado para demais atos, somente não o sendo, temporariamente, para o caso tratado concretamente (e em relação à autonomia patrimonial, mais especificamente). Destarte, defender que a Teoria Menor busca questionar o cerne do instituto da personalidade é desconhecer este, e conhecer ainda menos aquela, pois estar-se-ia vinculando a personificação ao único efeito de gerar o Princípio da Autonomia Patrimonial. Assim, não anularia, aos olhos da Teoria Menor, o art. 20 do antigo Código Civil,



pois mesmo que essa teoria defenda a flexibilidade da autonomia patrimonial, esse posicionamento não atinge outros efeitos da personalidade jurídica, tais como estar em juízo, praticar atos em seu nome, assumir obrigações etc.

O que se tenta deixar às claras, uma vez mais, é que a personalidade jurídica não está agrilhoadada somente ao fato gerador do Princípio da Autonomia Patrimonial. E é a supressão somente desse efeito da personalidade jurídica o imo da desconsideração da personalidade jurídica, tanto na Teoria Maior quanto na Menor.

Em virtude do sustentado até aqui, é de se concluir que em ambas as teorias (Maior e Menor) não se questiona a personificação enquanto instituto de Direito Civil e Comercial, e, sim, tenta-se relativizar um de seus efeitos. Dessa maneira, pode-se afirmar que ambas as teorias são aprimoramentos do instituto da personalidade jurídica, pois nas duas está espelhada a evolução do Direito brasileiro e mundial. Sim, pois claramente se vê: numa, há uma tímida maneira de, por causa de fraudes e de abusos de sócios e de administradores, responsabilizá-los por dívidas societárias; e na outra, sempre fazer com que os sócios arquem com as dívidas dessa sociedade (seguindo certa ordem e baseando-se em certos princípios, temas a serem tratados logo a seguir neste trabalho científico). Em ambas, então, flexibiliza-se a autonomia patrimonial, tendência essa do direito mundial desde o caso *Salomon vs. Salomon & Co.*

## 4.5 Fundamentos da Teoria Menor

Ao se fazer uma pesquisa sobre o funcionamento do sistema comercial brasileiro, em especial quanto ao aspecto funcional das pessoas jurídicas, mais especificamente no que tange a sua insolvabilidade ou a sua falência, concluir-se-á que quem suporta a dilapidação patrimonial (além da própria pessoa jurídica) são seus credores.

Destarte, é correto afirmar que terceiros pagam, literalmente, por erros cometidos por empresários ou comerciantes. Esses erros podem ser propositais (abusos ou fraudes) ou erros de incompetência (mau emprego de recursos societários). Em todos os casos, quando o patrimônio ativo da empresa for

inferior ao passivo, estar-se-á onerando um estranho à sociedade (que não figura entre seus sócios ou seus administradores) no que ultrapassar o valor total da integralização do patrimônio social da empresa.

Há diversos argumentos a favor desse sistema de rateio de dividendos entre empresa e credores. São alguns deles: a) que o rateio serve de estímulo a empreendimentos comerciais e empresariais, pois a responsabilidade patrimonial é limitada ao montante investido e, no caso contrário, empresários seriam desestimulados a novos e arriscados empreendimentos; b) que, ao se aumentarem os riscos, os preços dos produtos aumentarão; c) que a socialização das perdas propicia o cálculo empresarial etc.

Porém, não há como se negar que essa vertente doutrinária (e prática social brasileira e mundial) comercial dá azo a discussões e a dúvidas, mormente em se falando de igualdade, justiça e constitucionalidade do instituto. Os mais inflamados opositores do sistema vigente classificam os argumentos supra-elencados como um “contra-senso jurídico”, pois não compreendem como podem defender, alguns doutrinadores, que aqueles são o imo da economia capitalista no mesmo compasso em que falam em socialização de perdas. Seria levantar estandarte em favor de “o que eu ganho é meu (capitalismo), e o que eu perco nós rateamos (socialismo)”.

Chega-se ao radicalismo de tarjar o exposto de ignomínia. Firme é a posição no sentido de rechaçar a perda patrimonial por parte de terceiros e destiná-la ao seu causador direto: o empresário ou o comerciante. Defender a rigidez da Autonomia Patrimonial como incentivo ao empreendedor (pois seu patrimônio pessoal estará a salvo) seria, sempre, onerar-se o patrimônio de outrem (credor), no caso de falência ou da insolvabilidade, consequência inaceitável e desproporcional a quaisquer terceiros.

#### 4.5.1 Da agressão à Constituição Federal de 1988

A doutrina de rateio de perdas não sobrevive a uma filtragem constitucional. Ela vai de encontro à Carta Magna brasileira no que é concernente a seu Preâmbulo (democracia, segurança, igualdade), a seus fundamentos (harmonia social), a seu art. 3º (justiça social) e ao princípio da proporcionalidade,

bem como fulmina seu art. 5º, mais especificamente quanto ao direito à igualdade (*caput* – princípio da isonomia) e ao direito à propriedade (XXII), entre muitos outros dispositivos legais ora não citados, frustrando a persecução nacional do escopo do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF de 1988).

Explicitando-se pontual e sucintamente o acima trazido a lume, não há tratamento isonômico (art. 5º, *caput*, da CF de 1988) quando se onera um terceiro e não o sócio ou o administrador da empresa. O parâmetro de igualdade guarda justamente relação com a atividade dos sujeitos, não observado, nesse caso, ao se onerar unicamente uma das partes do negócio jurídico (o terceiro) em detrimento de verdadeiro enriquecimento da outra parte, que não teve seu patrimônio direto lesado (o sócio da empresa).

Na mesma linha de raciocínio, também não há proporcionalidade, pois esse princípio festeja a necessidade de adequarmos os meios à finalidade a ser alcançada pela adoção de certa medida restritiva de direitos, instituindo, desse modo, uma relação de controle do excesso de poder, o que não vemos na situação na qual se resguarda o patrimônio do sócio (em virtude do risco), onerando-o levemente, mas se onera gravemente o credor, que não participa da empresa (terceiro).

Ainda no mesmo diapasão de entendimento, o rateio de dividendos agride a igualdade (Preâmbulo da CF de 1988), pois desigual o tratamento entre as partes. E não se pode argumentar no sentido de que o tratamento é igual, pois, se o credor falir, onerará outros credores, pois o credor pode não ser pessoa jurídica nem nunca vir a falir. A igualdade que é trazida à baila é a igualdade direta: caso se onerem credores, oneram-se sócios também, sempre lembrando que o credor poderá ser uma pessoa física, sendo, portanto, lesado em seu patrimônio pessoal.

Visível, também, a agressão quanto ao direito de propriedade (art. 5º, XXII, conjugado com o inciso LIV da CF de 1988), pois está se dilapidando o patrimônio de terceiro que não concorreu com culpa para o problema de insolvabilidade do devedor, e pior: sem o devido processamento legal de tal privação patrimonial. Está-se, compulsoriamente, retirando a propriedade de bens dos credores para ratear os dividendos deixados pelo devedor.

E isso tudo dificulta, e muito, a justiça (Preâmbulo e art. 3º, I, da CF de 1988, pois o bom-senso aponta como injusta a doutrina de rateio de perdas) e a harmonia sociais (Preâmbulo da CF de 1988), fundamentos e escopos da Constituição Federal do Brasil para a persecução do Estado Democrático de Direito.

#### 4.5.2 Da proposta de responsabilização patrimonial

Como claramente se denota, no desenvolver deste trabalho científico, foi trazido, ao lado do sócio, o administrador da pessoa jurídica como figurante na responsabilidade da desconsideração. O motivo agora é revelado: é entendimento doutrinaria e legalmente sustentável a proposta de se responsabilizar, primeiramente, o patrimônio das pessoas físicas diretamente responsáveis (não somente os sócios, mas também administradores) pela dívida contraída pela pessoa jurídica antes de se ponderar a oneração dos credores.

Frise-se: não se descarta a oneração dos credores (por ser impossível nos casos em que a empresa, os sócios e os administradores não possuem, conjuntamente, patrimônio suficiente para adimplir as dívidas da sociedade). O que se faz é colocá-los como última opção à perda patrimonial, onerando-se, primeiramente, as pessoas diretamente ligadas à empresa, como os sócios e os administradores.

#### 4.5.3 Do direito fidejussório de garantia

Para que se melhor entenda o acima proposto, usa-se a figura dos direitos fidejussórios de garantia para espelhar como se deve entender a responsabilidade dos sócios e dos administradores, na Teoria Menor, em relação à empresa. Eles são (com seu patrimônio pessoal), garantidores da sociedade, ou seja, assemelham-se a fiadores, nesse caso, de seu próprio empreendimento. Erige-se, então, um verdadeiro direito fidejussório de garantia dos negócios efetuados por sua sociedade. Já os administradores não estão garantindo a sociedade, mas, sim, seus próprios atos.

Porém, assim como o fiador, os sócios e os administradores possuem um “benefício de ordem”, sendo que a responsabilidade pelas dívidas da sociedade deve obedecer a certos critérios, na ordem e na maneira imediatamente sistematizados.

## 4.6 Sistematização da Teoria Menor

Como se deixa transparecer, para que se possa aplicar o que até agora foi dito, há que se ter discernimento. Fazer com que o sócio ou o administrador responda com seu patrimônio pessoal por dívidas da sociedade, sem que se desconsidere a personalidade desta em procedimento próprio, seria, aí, sim, relegar à extinção a personalidade jurídica.

Mais cautelosamente do que na Teoria Maior, deverá, sempre, a desconsideração da personalidade jurídica por meio da Teoria Menor (por inadimplência simples), ser precedida de processo judicial de conhecimento. Não se pode cogitar a desconsideração, seja qual for (por fraude ou falência), sem antes amplamente se por à disposição do devedor o direito à ampla defesa e ao contraditório, direitos esses de cunho constitucional.

Nesse processo de conhecimento, deve-se apurar, preliminarmente, se, no caso em concreto trazido à tutela jurisdicional, é aplicável a desconsideração (e não ilícito direto de sócio ou administrador – *ex vi legis*) por fraude ou abuso, ficando a ação somente na esfera da Teoria Maior (menos complexa). Nessa situação, tem-se uma ordem de responsabilização patrimonial distinta daquela ordem caso for adentrada a esfera de atuação da Teoria Menor (casos de inadimplência simples). Em ambas as situações, deve-se respeitar uma ordem própria de chamamento à responsabilidade, tema esse tratado a seguir.

### 4.6.1 Ordem de chamamento à responsabilidade nas duas teorias

Exordialmente, saliente-se que a pessoa jurídica é ente abstrato e real (ao menos no mundo jurídico), não se podendo, então, afastá-la da responsabilidade de dar respaldo patrimonial a seus negócios. Porém, essa regra deve ser aplicada com circunspeção.

#### 4.6.1.1 Teoria Maior

Frise-se que o critério adotado para erigir a ordem de responsabilização abaixo tratada é a de sempre se onerar, primeiramente, o diretamente responsável pela dívida. Na Teoria Maior, na qual se aplica a desconsideração da personalidade

jurídica em casos de fraude ou abuso por parte de sócios ou administradores da pessoa jurídica, a ordem de chamamento à responsabilidade a ser seguida deverá ser a seguinte: 1º) o patrimônio do sócio ou administrador que abusou ou fraudou; 2º) o patrimônio da empresa; 3º) o patrimônio dos outros sócios (se houver); 4º) o patrimônio dos administradores (não responsáveis pela fraude ou abuso), se houver; 5º) o patrimônio dos credores.

Apesar de ser ousada a ordem defendida, a proposta de o responsável arcar patrimonialmente por abusos e fraudes próprias é amparada pela lógica, pelo bom-senso e pela Constituição Federal do Brasil. Sim, pois, ao se defender que a sociedade arque patrimonialmente por ato ilícito de sócio, estar-se-á reverenciando uma injustiça idêntica à que se está combatendo, que seria a de fazer com que sócios que não concorreram com a fraude ou o abuso fossem lesados em seu patrimônio indireto (a sociedade).

Nessa mesma linha de raciocínio constitucional, é possível (e plausível) se responsabilizar patrimonialmente, também, o administrador da empresa culpado pelo abuso ou pela fraude, mesmo que não sócio, pois a ordem de chamamento à responsabilidade acima proposta festeja a responsabilização do autor do ato ilícito, sempre.

Essa responsabilidade direta do sócio ou do administrador há de ser determinada no processo de conhecimento, invariavelmente. Neste caberá, ao sócio ou ao administrador inocente, levantar a bandeira de sua não-participação no abuso ou na fraude para que seja eximido de ser o primeiro responsabilizado patrimonialmente. Caso reste comprovado que todos os sócios participaram da fraude, aí, sim, então, a sociedade será responsabilizada antes do patrimônio dos sócios, vez que ente abstrato, mas real.

Após buscar-se o patrimônio do sócio ou do administrador responsável pelo ato, e aquele não for suficiente para o adimplemento da dívida, buscam-se os bens da sociedade e, após isso, se necessário, busca-se o patrimônio dos outros sócios e administradores. Ao final desse itinerário, após esgotados os patrimônios da sociedade e de todos os seus sócios e administradores, é que o credor deverá arcar com o prejuízo. A responsabilidade dos sócios é solidária, podendo-se responsabilizar, em cada classe de chamamento, um único sócio pela dívida total, resguardando-se seu direito de reaver os valores pagos de seus associados, na proporção de quotas de capital pertencentes a cada um.

#### 4.6.1.2 Teoria Menor

A ordem de chamamento, nessa teoria, muda um pouco, sendo a seguinte: 1º) o patrimônio da empresa; 2º) o patrimônio dos sócios administradores; 3º) o patrimônio dos outros sócios; 4º) o patrimônio do administrador; 5º) o patrimônio dos credores.

Nesse caso, mesmo que o sócio ou o administrador sejam indiretamente responsáveis pela insolvabilidade ou pela falência da pessoa jurídica (por má administração), mas não sejam responsáveis por atos diretamente lesivos ou ilícitos, a sociedade, como um todo, responderá pelas dívidas em primeiro lugar. Esse entendimento é fulcrado no fato de que os administradores (sócios ou não) são eleitos ou indicados por todos os sócios; em caso de incompetência, poderiam ter sido retirados do cargo. Se chegou, a empresa, à falência, todos os sócios concorreram com culpa e, destarte, não se estaria aplicando uma injustiça ao sacrificar seus patrimônios indiretos (a empresa).

Vencido o patrimônio da empresa, e não sendo esse suficiente (que é geralmente o caso, pois se está tratando mormente de falência), busca-se o dos sócios administradores, pois, recebendo vantagens do cargo (pró-labore), também devem possuir responsabilidades maiores e diretas (responderem às dívidas antes dos outros sócios).

Se ainda for necessário, chamam-se o patrimônio dos sócios restantes e, por último, o do administrador, pois este ainda é mais responsável pela falência do que o credor, o último da lista. Lembre-se, mais uma vez, que o que se almeja com essa ordem proposta é a justiça, a harmonia social, a isonomia e a proporcionalidade de tratamentos.

#### 4.7 O “tendão de Aquiles” da Teoria Menor: a S/A

Se quando se aplica a Teoria Menor a empresas por quotas de responsabilidade limitada, por exemplo, já submergem vários problemas, quando se a traz para dentro do universo de uma sociedade anônima (S/A), os percalços são ainda maiores. Dentre várias dificuldades, algumas bastante graves podem ser apontadas: como fica o caso das ações negociadas na bolsa de valores? Os

sócios com direito a voto, que se posicionam ao lado da minoria na Assembléia, respondem igualmente à maioria? No caso de falência, a lista de sócios de companhias abertas deve ser a do dia da decretação da falência?

A proposta de ordem de chamamento à responsabilidade teve como manancial de sua estruturação a aplicabilidade quanto à S/A. Corroborando a afirmação, esclarecem-se, a seguir, alguns pontos: a) Quanto a seus acionistas, diferenças de responsabilidade devem ser apontadas: os sócios que possuem ações com direito a voto respondem antes dos que não as têm; b) Os sócios administradores respondem primeiro do que os sócios que não figuram nos quadros de administração da empresa; c) No caso de fraude ou abuso, todos os sócios que não participaram do ilícito terão oportunidade de demonstrar sua inocência no processo de conhecimento; d) Os sócios em minoria nas decisões podem remir-se, eximindo-se de ser responsabilizados em primeiro lugar em relação a outros sócios.

Na tentativa de melhor entender o problema proposto, deve-se pensar que na Teoria Menor a ordem de chamamento à responsabilidade inicia pela empresa, nesse caso, o patrimônio da S/A. Uma vez esgotado seu patrimônio, passa-se ao patrimônio dos sócios administradores. Após o destes, busca-se o patrimônio dos sócios com direito a voto. Vencido o patrimônio destes sócios, busca-se o dos sócios sem direito a voto. Os próximos da fila são os administradores não associados à S/A, e por fim se oneram os credores

A responsabilidade em cada classe de chamamento é solidária, podendo-se cobrar a dívida total de um dos sócios se seu patrimônio for suficiente para saldar a dívida da sociedade. Mas, frise-se, não se pode pular classes de chamamento. Dessa solidariedade nasce o direito desse sócio de reaver dos outros associados valores bastantes para se fazer, entre eles, o rateio da dívida, proporcional ao capital acionário de cada um.

Quanto à lista de acionistas de uma S/A de capital aberto, no caso de falência, o mais indicado é se responsabilizarem os sócios acionistas pertencentes à companhia no dia de decretação daquela. Talvez esse não seja o entendimento mais adequado, mas é impossível se determinar quando uma administração incompetente teve início, ou mesmo quando e qual negócio mal feito ocasionou a falência (pois esta é consequência de uma rede fenomênica de causalidades).



O fim-maior objetivado com tamanha complicação de responsabilidades é não prejudicar pessoas (físicas ou jurídicas) por erros cometidos ou riscos assumidos por outrem. É adequado ao conceito de justiça que, antes que credores arquem com prejuízos causados por uma empresa, onere-se quem dela participa, direta ou indiretamente, tanto como sócio quanto como administrador, e mesmo o credor, mas ocupando o último lugar na fila.

#### 4.8 A jurisprudência do STJ e a Teoria Menor

Na esteira do debate firmado concernente à Teoria Menor, vale trazer a lume decisão do Superior Tribunal de Justiça que, em sede de Recurso Especial, firmou a relevância, para o sistema jurídico brasileiro, da teoria ora estudada:

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 279.273 – SP (2000/0097184-7) – RELATOR: MINISTRO ARI PARGENDLER – R.P./ACÓRDÃO: MINISTRA NANCY ANDRIGHI – RECORRENTE: B SETE PARTICIPAÇÕES S/A E OUTROS – ADVOGADOS: ATHOS GUSMÃO CARNEIRO – MIGUEL TOSTES DE ALENCAR E OUTROS – RECORRENTE: MARCELO MARINHO DE ANDRADE ZANOTTO E OUTROS – ADVOGADO: ALFREDO RIZKALLAH JUNIOR E OUTRO – RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA: Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco – SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º.

*– Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.*

*– A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).*

- *A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.*
- *Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.*
- *A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.*
- *Recursos especiais não conhecidos.*

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho, por maioria, não conhecer de ambos os recursos especiais. Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Votaram vencidos os Srs. Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito. Votaram com a Sra. Ministra Nancy Andrighi os Srs. Ministros Castro Filho e Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília (DF), 4 de dezembro de 2003 (Data do Julgamento) MINISTRA NANCY ANDRIGHI Relatora p/ Acórdão

Apesar de a decisão do STJ ser no sentido de se aplicar a Teoria Menor em sede excepcional de Direito do Consumidor e de Direito Ambiental, com o seu cotejamento e sua aceitação pelo órgão máximo brasileiro em matéria infraconstitucional, observa-se um ganho de espaço dessa teoria, mesmo que ainda distante da tese ora apresentada e defendida. Vale, ainda, chamar atenção pontual para excertos de um dos votos de tal decisão:

RECURSO ESPECIAL Nº 279.273 – SP (2000/0097184-7) – VOTO-VISTA  
– O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

[...] Finalmente, o especial enfrenta a questão da responsabilidade dos administradores, com base na desconsideração da personalidade jurídica. Sobre o tema, peço vênua aos eminentes colegas para manifestar algumas considerações.

Na vida econômica, os conflitos não podem ser eternizados, sob pena de absoluta inutilidade da prestação jurisdicional. Do mesmo modo, o emaranhado de leis causa facilidades para manobras de toda a ordem, beneficiando os espertos e criando dificuldades aos honestos, que cumprem as suas obrigações. Mais grave ainda, dá ensanchas ao inadimplente de escapar ileso, deixando um vácuo na relação econômica, pela utilização de meios capazes de enredar o sistema de direito positivo.

É nesse contexto que se deve examinar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica [...].

Apesar de o douto Ministro ter afastado, em seu voto, a aplicação da Teoria Menor ao caso concreto por interpretar restritivamente o alcance do § 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, ele abordou precisamente o cerne da tese ora defendida: não se deve facilitar para que “espertos” lesem os “honestos”. O Ministro disse mais:

[...] De todos os modos, o certo é que a disciplina do consumidor representa a forma pela qual o direito positivo brasileiro recebeu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, e, por isso mesmo, devemos tratar de oferecer a melhor interpretação possível para tornar eficaz esse poderoso instrumento para defender o cidadão, tantas vezes lesado por maquinações realizadas com o só objetivo de prejudicar o ressarcimento de prejuízos, o adimplemento de obrigações lícitamente assumidas [...].

E é exatamente isso que esta tese busca: uma interpretação abrangente e pró-credores da Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica, estendendo sua aplicação a todas as situações creditícias brasileiras, sem limitá-la a relações de consumo ou ambientais.

## 5 Considerações finais

Diante de todo o pesquisado, argumentado e exposto, várias são as conclusões possíveis e admissíveis de se chegar, tudo dependendo de interpretações legais e doutrinárias por parte do hermenêuta, individual ou coletivamente.

Com a devida vênia aos entendimentos em contrário, não se pode mais deixar de lado a possibilidade de desconsiderar-se a personalidade jurídica de instituições societárias por meio da Teoria Maior da Desconsideração (*Disregard Doctrine*). Conforme demonstrado até o presente momento, esse entendimento é um crescente, e com o suporte de bons argumentos a seu favor – pois defende a responsabilização patrimonial direta dos sócios e dos administradores perpetrantes de fraude ou abuso, posicionamento social, moral e constitucionalmente amparado.

O novo Código Civil, com disposição a este respeito em seu art. 50, de nada adianta se magistrados, promotores, advogados e hermenêutas não o aplicarem.

Conforme esclarece a abordagem dada sobre o assunto pelo presente trabalho científico, a tendência mundial jurídica a respeito da personalidade jurídica galopa no sentido de, cada vez mais, ao lado da Teoria Maior, aceitar-se a aplicabilidade e a importância da Teoria Menor da Desconsideração.

Apesar de ser radical e com efeitos muito abrangentes, ela espelha os anseios da sociedade moderna, que busca a realização do Estado Democrático de Direito, no sentido de se perseguir o justo, a igualdade, a isonomia, a proporcionalidade e a harmonia sociais, acima de qualquer coisa, temas esses, todos, com asilo no imo da Constituição Federal do Brasil de 1988.

É certo que se trata, ainda, de uma teoria diletante, sendo este trabalho científico uma tentativa de início de sua sistematização para, ao final, torná-la plenamente aplicável ao Direito brasileiro e, quiçá, mundial.

As dificuldades dessa sistematização são visíveis, mais ainda no caso das sociedades anônimas, mas é possível e plenamente aplicável, desde que com critérios e obedecendo-se a ordem proposta neste artigo jurídico.

Muitos debates a esse respeito ainda virão, defesas e acusações ardorosas a seu respeito tomarão lugar, e, ao final, deverá triunfar o bem comum, o que for melhor para a maioria da população brasileira (e mundial)

Isonomia de tratamentos, proporcionalidade de onerações, direito à propriedade, responsabilidade por seus atos, harmonia social e bem comum são algumas das bandeiras da Teoria Menor, lábaros consistentes demais para serem prostrados em favor do incentivo a entidades societárias pertencentes a uma pequena parcela da sociedade brasileira moderna.

Conflita-se, destarte, ao se defender a Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica, o direito constitucional de toda uma nação contra a tutela de interesses individuais de uma minoria.

Ao final, como outrora se suscitou, talvez não mais pareça adequada a nomenclatura Teoria Menor. Melhor seria a intitulá-la “Teoria Constitucional da Desconsideração da Personalidade Jurídica”.

## Referências

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira Ltda., 1995.

AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 31, nº 88, p. 70-80, out./dez. 1992.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 6. ed., v. II, São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CONSOLIDAÇÃO das Leis do Trabalho. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio** (da língua portuguesa), 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

GIARETA, Gerci. O Código de Defesa do Consumidor e a invocação imprópria da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 19, n. 55, p. 295-301, jul. 1992.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Desconsideração da Personalidade Jurídica. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, vol. XII, n. 46, out./dez. 1988.

GRINOVER, A. P., CINTRA, A. C. de A., DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HUBERT, Beno Frederico. **Desconsideração da pessoa jurídica nos Tribunais**. Curitiba: JM Editora, 1999.

JOSSERAND, Louis. **Del abuso de los derechos y otros ensaios**. Bogotá: Editorial Temis Libreria, 1982.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MADALENO, Rolf. A Disregard no Direito de Família. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 57, p. 57-66, mar. 1993.

MALHEIROS, A. C. *et al.* **Código Civil, Código de Processo Civil, Constituição Federal e Dicionário Jurídico**. São Paulo: Rideel, 2000.

MARIA, José Serpa de Santa. **Direitos da personalidade e a sistemática civil geral**. São Paulo: Julex Livros, 1987.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARX, Karl. **Para a crítica da Economia Política**. Do capital. O rendimento e suas fontes. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações** – atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999. T. 7.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 32.ª ed. v. I – Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 15. ed. v. I, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 23. ed. v. I, São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 20. ed. v. II, São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (Disregard Doctrine)**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 410, n. 58, dez. 1969, p. 13-24.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 23. ed. v. I, São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VADE Mecum Saraiva. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

## **Petição PGBC-4303/2007\***

Memorial apresentado nos autos do Recurso Especial nº 914.617/PE, sustentando a constitucionalidade e legalidade do ato normativo instituidor e das demais normas disciplinadoras do Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (Proer).

**Francisco José de Siqueira**  
Procurador-Geral

**Luiz Ribeiro de Andrade**  
Subprocurador-Geral

**Amílcar Ramirez Figueiredo M. de Lemos**  
Assessor Jurídico

---

\* O Recurso Especial 914.617/PE foi provido, em sua maior parte, pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. No momento do fechamento desta edição, o processo se encontrava em fase de recurso extraordinário, já admitido pela Presidência do STJ, porém ainda não apreciado pelo Supremo Tribunal Federal.



## Petição PGBC-4303/2007

MEMORIAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL  
EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA ELIANA CALMON,

RECURSO ESPECIAL 914.617/PE – RECORRENTES: BANCO CENTRAL DO BRASIL E UNIÃO – RECORRIDOS: AMF EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES E OUTROS – OPERAÇÕES CELEBRADAS AO AMPARO DO PROER – ENCARGOS APLICÁVEIS – VALORES SOCIAIS CONTIDOS NO ART. 192 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – RISCO DE ENRIQUECIMENTO INDEVIDO ÀS CUSTAS DO ERÁRIO.

## HISTÓRICO DO CASO

Em meados de 1995, o Banco Mercantil S/A enfrentava graves dificuldades financeiras, evidenciadas pela deficiência no recolhimento compulsório sobre depósitos a prazo e, a partir de abril daquele ano, por constantes solicitações de empréstimos de liquidez. O quadro de desequilíbrio que expunha o Sistema Financeiro Nacional e os investidores a grave risco decorria da existência de descasamento entre operações ativas e passivas, perdas na captação de depósitos a prazo e não recuperação de operações de crédito. Como os controladores não procederam à capitalização do banco, apesar de notificados para tanto, foi decretada, por meio dos Atos-Presi 356 e 357, de 11/8/1995, intervenção no Banco Mercantil S/A e em sua coligada Mercantil Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários Ltda., nos moldes da Lei nº 6.024, de 1974.

2. Após a intervenção, os controladores do Banco Mercantil S/A, do Banco Rural S/A e de sua controladora Trapézio S/A negociaram acordo que permitiria tanto a assunção da atividade bancária da empresa intervinda por nova instituição financeira a ser criada pelo Grupo Rural, propiciando adequada proteção a depositantes e investidores, quanto sua continuidade operacional, ainda que sob

novo controle, e a conseqüente reabertura de agências e a retomada dos negócios bancários e financeiros.

3. Em linhas gerais, tal proposta foi considerada viável pelo Banco Central, observadas determinadas premissas básicas: **deveriam ser prontamente honrados os passivos junto ao público e o novo banco deveria ostentar condições de solidez patrimonial, liquidez e rentabilidade adequadas ao volume de suas operações e à manutenção de sua solvabilidade.** Aprovada a operação, foi efetuada a transformação da Mercantil Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários Ltda. em banco múltiplo, sob a denominação BR Banco Mercantil S/A, para o qual foram transferidos, mediante contrato celebrado em 31/5/1996, ativos e passivos selecionados (os quais totalizaram, respectivamente, 138,3 milhões de reais e 235,5 milhões de reais) que compunham o chamado *good bank*: marca, clientela, fundo de comércio, agências e todos os empregados (exceto os então Diretores Estatutários) do Banco Mercantil S/A. Em 31/7/1996 o contrato em questão foi aditado para contemplar o valor definitivo dos ativos transferidos e passivos assumidos, que alcançaram as cifras de 100,3 milhões de reais e 214,77 milhões de reais, respectivamente.

4. Como dito, o Banco Mercantil S/A não reunia condições para equalizar os ativos e passivos transferidos ao BR Banco Mercantil S/A, tampouco para liquidar o saldo das operações de assistência financeira prestadas pelo Banco Central e da conta Reservas Bancárias, razão por que se fez o ingresso da instituição no **Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (Proer)**, a única solução viável para a obtenção de recursos que possibilitassem o cumprimento de tais obrigações.

5. Este programa foi instituído por meio da Resolução 2.208, de 1995, editada pelo Conselho Monetário Nacional com arrimo no art. 8º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.069, de 1995, e no art. 4º, incisos VI e XVII, da Lei nº 4.595, de 1964. O Proer, como estabelecido pela Medida Provisória nº 1.179, de 1995, posteriormente convertida, após sucessivas reedições, na Lei nº 9.710, de 1998, tinha como objetivos “assegurar liquidez e solvência” ao Sistema Financeiro Nacional e “resguardar os interesses de depositantes e investidores”, sendo implementado por meio de “reorganizações administrativas, operacionais e societárias, previamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil”.

6. A obtenção de recursos ao amparo do Proer só poderia ser feita mediante a prestação de garantias no importe mínimo de 120% sobre o valor dos

empréstimos, tal como determinavam a Circular BCB 2.636, de 1995, em seu art. 1º, inciso IV, *alínea a*, e a Medida Provisória 1.182, de 1995, em seu art. 10, parágrafo único. Esta é uma medida de cautela – compreensível, ante a situação financeira das empresas interessadas em ingressar no Proer –, padronizada para todas as operações de concessão de crédito efetuadas no âmbito do Programa<sup>1</sup>.

7. Para o cabal cumprimento das premissas básicas definidas pelo Banco Central, o Banco Mercantil S/A celebrou dois contratos ao amparo do Proer. Pelo primeiro deles, em 3 de junho de 1996, o Banco Central abriu ao Banco Mercantil S/A um crédito rotativo no valor de **472,9 milhões de reais**. O segundo contrato foi formalizado em 31 de julho de 1996, no valor de **57,2 milhões de reais**, em razão do aditivo celebrado em 31/7/1996, que modificou os valores dos ativos e passivos transferidos ao BR Banco Mercantil S/A. Feita a cisão e esgotado o prazo da intervenção, estabelecido no art. 4º da Lei nº 6.024, de 1974, o Banco Mercantil S/A (o *bad bank*, titular de ativos de pior qualidade) foi liquidado por meio do Ato-Presi 562, de 9 de agosto de 1996.

## DO DIREITO

8. O Proer foi instituído por resolução do Conselho Monetário Nacional com espeque no art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>2</sup>, que havia prorrogado a competência conferida pelo art. 4º, incisos VI e XVII, da Lei nº 4.595, de 1964<sup>3</sup>, ao Conselho Monetário Nacional para disciplinar, por meio de atos normativos, **operações de crédito com instituições financeiras**.

1/ Registre-se que as operações ao amparo do Proer eram acompanhadas pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal, a teor do disposto nos arts. 12 e 13 da Lei nº 9.447, de 1997, **inclusive com relação aos encargos financeiros contratualmente estipulados**.

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

I – ação normativa;

II – alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.

3/ Art. 4º Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:

[...]

VI – Disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras;

[...]

XVII – Regular, fixando limites, prazos e outras condições, as operações de redesconto e de empréstimo, efetuadas com quaisquer instituições financeiras públicas e privadas de natureza bancária.

9. Esta competência teve seu prazo sucessivamente prorrogado por diversas leis ordinárias – todas mencionadas no recurso especial –, como autoriza o próprio art. 25 do ADCT, estando atualmente em vigor até que se promulgue lei complementar nos termos do art. 192 da Constituição da República. Com tal arrimo constitucional, o Conselho Monetário Nacional editou a Resolução 2.208, de 1995, que instituiu o Proer, dispondo, em seu art. 4<sup>o</sup>, que o Banco Central regulamentaria as condições de acesso e operacionais do Programa.

10. Tal competência regulamentar foi exercida por meio da edição de circulares disciplinando as operações do Proer, dentre as quais deve ser destacada a Circular BCB 2.636, de 1995, que determinou o custo das operações celebradas pelo Banco Mercantil S/A e discutidas nesta ação. Os contratos de abertura de crédito cuja ilicitude parcial foi declarada pelo TRF da 5<sup>a</sup> Região reproduzem, integralmente, o inciso III do art. 1<sup>o</sup> da referida Circular, o qual estabelece que os custos da operação serão “idênticos aos dos títulos ou direitos em que se baseia a operação, acrescidos de 2% (dois por cento) ao ano”.

11. A perfeita adequação formal da legislação do Proer ao ordenamento constitucional é evidente. Com base no art. 8<sup>o</sup>, parágrafo 1<sup>o</sup>, da Lei n<sup>o</sup> 9.069, de 1995, e no art. 4<sup>o</sup>, incisos VI e XVII, da Lei n<sup>o</sup> 4.595, de 1964, o Conselho Monetário Nacional editou resolução instituindo o Proer, ficando sua regulamentação a cargo do Banco Central; este, por seu turno, exerceu sua competência regulamentar (com respaldo legal e constitucional) ao editar circulares disciplinando as operações celebradas ao amparo do Proer, inclusive seus custos – cuja modificação vem a ser o pedido principal dos autores.

12. O Supremo Tribunal Federal se pronunciou sobre o poder normativo delegado pelo art. 25 do ADCT, *verbis*:

[...] A Turma concluiu julgamento de recurso extraordinário, interposto por instituição financeira, em que se pretendia a desconstituição de acórdão que, embora reconhecendo não ser auto-aplicável o § 3<sup>o</sup> do art. 192 da CF, determinara a redução de juros ao montante de 12% ao ano, consoante disposto no Decreto n<sup>o</sup> 22.626/33, por entender revogada, pelo art. 25 do ADCT, a Lei n<sup>o</sup> 4.595/64, na parte em que outorga poderes ao Conselho Monetário Nacional para dispor sobre as taxas de juros bancários, razão pela

---

4 Art. 4<sup>o</sup> O Banco Central do Brasil regulamentará o disposto nesta Resolução, definindo, inclusive, as condições de acesso e operacionais do Proer.

qual o mencionado decreto teria voltado a vigor em sua integralidade — v. Informativos 381 e 386. Por maioria, deu-se provimento ao recurso para determinar que o Tribunal *a quo* reaprecie a questão dos juros com base nas normas aplicáveis nas resoluções e circulares baixadas pelo Banco Central e vigentes na data da celebração do negócio jurídico. Entendeu-se não haver que se falar em revogação dessa lei, haja vista que, conforme se depreende da redação do art. 25 do ADCT, o objeto da revogação, quando ultrapassado o prazo de 180 dias da promulgação da CF, é a competência atribuída ou delegada a órgão do Poder Executivo pela legislação pré-constitucional e não as normas editadas quando vigente a delegação. Concluiu-se que as normas objeto dessa ação são válidas, já que editadas dentro do prazo previsto na norma transitória, quando o Poder Executivo possuía competência para dispor sobre instituições financeiras e suas operações, sendo indiferente, para sua observância, ter ou não havido a prorrogação prevista no art. 25 do ADCT. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto que negavam provimento ao recurso, por considerar que esta delegação conflita com o art. 25 do ADCT, porquanto ausente de razoabilidade a prorrogação sucessiva de leis elasticendo um prazo de 180 dias de forma indeterminada [...].

(RE 286.963/MG, Primeira Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 24/5/05 e publicado no Informativo 389, de 24/5/05, sem destaques no original)

13. Recentemente, no julgamento da ADI 2.591/DF, o ilustre Ministro Eros Grau não só confirmou, em seu voto, a existência da **capacidade normativa de conjuntura** do Conselho Monetário Nacional, como também ressaltou o caráter social do Sistema Financeiro Nacional:

O artigo 4º, inciso VIII, da Lei nº 4.595/64 estabelece que compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República (redação da Lei nº 6.045/74) , “[r]egular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a esta lei, bem como a aplicação das penalidades previstas”.

O vulgo, quem não é versado nos meandros do direito supõe, equivocadamente, que é o Banco Central quem dispõe sobre esta matéria. Não é assim, contudo. O titular do exercício da chamada capacidade normativa de conjuntura é o Conselho Monetário Nacional. O Banco Central limita-se a dar publicidade às deliberações do colegiado.

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 4.595/64 são as instituições financeiras. Logo, é do funcionamento das instituições financeiras 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]. Entrando em funcionamento, a instituição financeira, mercê da autorização que para tanto recebeu, pode exercer determinadas atividades, *v.g.*, captar depósitos à vista, pagar benefícios previdenciários, captar poupança, receber tributos. Essas atividades deverão ser, no entanto, desempenhadas no quadro das determinações dispostas pelo órgão normativo [*v.g.*, tipos de operações permitidas ou vedadas; volumes a serem aplicados nessa ou naquela modalidade de crédito; posições cambiais (níveis) a serem cumpridas e negócios dessa natureza que podem ou não ser contratados]. Digo mais: esse exercício há de ser empreendido de modo que a empresa – isto é, a instituição financeira – funcione em coerência com certas diretrizes de políticas públicas, suas prerrogativas sendo exercidas conforme definições, estruturais e conjunturais, que as delimitam [*v.g.*, recolhimentos compulsórios, encaixe obrigatório].

**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.**

(ADI 2.591/DF, Tribunal Pleno, Rel. p/ acórdão Ministro Eros Grau, julgado em 7/6/2006, DJ 29/6/2006, p. 31, sem destaques no original)

14. De modo a reforçar a legalidade e constitucionalidade da instituição e disciplinamento do Proer, em 3 de novembro de 1995 – muito antes, portanto, da realização das operações questionadas pelos autores – foi editada a Medida Provisória nº 1.179, que confirma tanto a instituição do Proer quanto sua regulamentação pelo Banco Central. Esta medida provisória foi, após sucessivas reedições, convertida na Lei nº 9.710, de 1998.

## DO CONTEÚDO DA DECISÃO JUDICIAL

15. Os recorridos, ex-administradores da instituição financeira, buscam a incidência da Taxa Referencial (TR) como único encargo a ser cobrado nas duas operações celebradas ao amparo do Proer, ao arripio das próprias leis de regência deste programa. Equivocadamente, seus pedidos foram julgados procedentes, em parte, pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, como se observa a partir da ementa do acórdão recorrido:

PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE BANCO. CONTRATOS DO PROER. OCORRÊNCIA DE SUPERÁVIT DURANTE A LIQUIDAÇÃO. CRITÉRIO DE PAGAMENTO DOS JUROS DOS CONTRATOS. APLICAÇÃO DA TR. LEI Nº 8.177/91. I. Apelações e remessa oficial contra sentença que julgou procedente o pedido dos autores, todos acionistas de instituição bancária em processo de liquidação extrajudicial pelo Banco Central do Brasil, para que o Bacen deixasse de provisionar juros contratuais superiores à TR (Taxa Referencial) no balanço patrimonial da massa liquidanda. Tais juros seriam relativos a 02 (dois) contratos de abertura de crédito firmados entre o banco já sob intervenção e o Bacen, dentro do denominado Proer. Caso em que, durante a liquidação, a massa registrou grande valorização dos seus títulos bancários, tornando-se superavitária. II. Os acionistas do banco liquidando têm legitimidade para litigar contra o Bacen, em função de seu interesse no resultado da liquidação extrajudicial. Não se aplica o prazo decadencial de 4 (quatro) anos para impugnar contratos com vício de vontade, tal como previsto no art. 178, § 9º, V, b, do Código Civil de 1916, quando os autores interessados não poderiam sequer expressar sua vontade, nem firmaram os contratos, já que afastados do controle da instituição. Aplicação do art. 177 do anterior Código Civil, vigente à época.

III. Não é imprescindível a reunião, decorrente de alegação de conexão, de processo que trata dos juros com o que discute a liquidação como um todo. Caso em que é mais conveniente o julgamento em primeiro lugar da ação referente aos juros, o que aplinará o andamento da liquidação. Art. 105 do CPC. IV. Não há nulidade da sentença decorrente de declaração de nulidade de laudo pericial contábil, quando esta prova não foi determinante para a convicção do magistrado. Constatação de que se trata de matéria unicamente de direito, qual seja a determinação de um critério legal de incidência de juros sobre os contratos do Proer. V. Preliminares rejeitadas. VI. Se a instituição bancária sob intervenção do Bacen firmou com este contratos de abertura de crédito sob os auspícios do Proer, e logo em seguida foi decretada a sua liquidação extrajudicial, os contratos tiveram o seu vencimento antecipado. Inteligência do art. 18, *b*, da Lei nº 6.024/74. VII. A partir da decretação da liquidação extrajudicial, não correm juros contratuais contra a massa liquidanda. Substituição destes pelo estabelecido no art. 9º da Lei nº 8.177/91, que estipula a incidência de juros moratórios equivalentes à variação da TR com relação a instituições em regime de liquidação extrajudicial. VIII. A TR deve ser usada como taxa de juros, máxime quando vinculada às hipóteses do art. 9º da Lei nº 8.177/91. Precedentes do STJ. IX. Ausência de enriquecimento ilícito da massa liquidanda, pois haverá o ressarcimento do custo financeiro da operação de empréstimo do Proer com base em um percentual de juros plausível (a TR, Taxa Referencial), já que calculado pelo próprio Bacen. X. Apelação da União e remessa oficial e apelação do Bacen parcialmente providas para eximir o Bacen do pagamento dos honorários do perito. (DJ de 22/3/2006, p. 1.038)

16. Tendo, de um lado, o art. 25 do ADCT, e de outro, uma medida provisória com força de lei e posteriormente aprovada pelo Congresso Nacional, ambos confirmando a instituição do Proer e sua regulamentação pelo Banco Central, deve ser feita a seguinte pergunta: **é correto afirmar, como fez o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que este programa foi implementado sem legislação própria, por meio de meros atos administrativos, e que, assim sendo, as operações celebradas ao seu amparo seriam regidas pelo art. 9º da Lei nº 8.177, de 1991, quanto aos encargos incidentes sobre o saldo devedor?**

17. A única resposta possível é **não**. O Proer dispõe de normatização específica e, por isso, não pode ter os encargos das operações realizadas ao seu amparo regidos pelo art. 9º da Lei nº 8.177, de 1991, como entendeu o acórdão recorrido.



18. Deve ser ressaltado que tanto a Resolução 2.208 do CMN, de 1995, quanto as circulares do Bacen dela resultantes não são leis em sentido formal, **mas o são em sentido material**. Por completar o sentido do art. 25 do ADCT, o art. 4º da Lei nº 4.595, de 1964, e o art. 1º da MP nº 1.179, de 1995 (posteriormente convertida na Lei nº 9.710, de 1998), elas constituem um exemplo concreto da **técnica de preenchimento da norma em branco**<sup>5</sup>, vital para o Direito Econômico na medida em que a celeridade das mudanças no Sistema Financeiro Nacional e na política econômica em geral exige mecanismos de disciplinamento muito mais ágeis que aqueles proporcionados pelo processo legislativo ordinário. É esse bloco normativo de regência específica da matéria que derroga a aplicação da regra geral constante da Lei nº 8.177, de 1991<sup>6</sup>.

19. Tal conjunto normativo compõe a **legislação específica do Proer**, que jamais poderia ser posta de lado em homenagem a um dispositivo genérico como o art. 9º da Lei nº 8.177, de 1991, o qual restou também vulnerado por sua aplicação errônea, contrária ao princípio da especificidade contido no § 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

20. Assim, equivocou-se o Tribunal *a quo* ao afirmar que “as inúmeras resoluções, portarias e atos mencionados pelo Banco Central não teriam o condão ou o poder de revogar dispositivos legais como o já referido art. 9º, mesmo que assim o previssem, porque ainda vige no sistema jurídico brasileiro o princípio da hierarquia das normas”, **pois a questão não é de conflito entre normas de hierarquias distintas, mas sim de competência normativa, a qual, como dispõem o art. 25 do ADCT, a Lei nº 9.069, de 1995, e a Lei nº 4.595, de 1964, pertence ao Conselho Monetário Nacional**.

21. Igualmente equivocado está o Ministério Público Federal ao afirmar, de forma totalmente alheia à realidade dos autos e do recurso especial em particular, que não teriam sido “demonstradas as violações argüidas” pelo Banco Central. A existência de uma legislação própria do Proer e seu fundamento constitucional, na verdade, vêm sendo alegados desde o momento da contestação.

22. Em síntese, a decisão proferida pelo TRF da 5ª Região violou, a um só tempo: a) o art. 25 do ADCT; b) as leis ordinárias que prorrogaram o prazo nele previsto; c) o art. 4º da Lei nº 4.595, de 1964; d) a MP nº 1.179, de 1995,

5/ ABRÃO, Nelson: *Direito Bancário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

6/ Cf., nesse sentido, decisão dessa egrégia Turma no Resp 507.123/RS, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 19/9/2005, p. 251.

posteriormente convertida na Lei nº 9.710, de 1998; e) a competência conferida pela Resolução nº 2.208 do CMN, de 1995, ao Banco Central, para regulamentar o Proer; f) a Circular BCB 2.636, de 1995, que fixou o custo das operações celebradas pelo Banco Mercantil S/A.

23. Ademais, a ação proposta pela AMF Empreendimentos e Participações S/A e Outros jamais poderia ter seus pedidos conhecidos, por aspectos preliminares que não foram adequadamente observados quando do julgamento em 1ª Instância nem em seu reexame em sede de apelação. Fartamente abordadas no recurso especial, por trazerem em seu bojo violações a dispositivos de leis federais, tais questões preliminares podem ser resumidas da seguinte forma:

- a) **Violação do art. 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil**, em razão da inexistência de resposta efetiva – e, conseqüentemente, de prestação jurisdicional – acerca dos embargos de declaração interpostos, tendo em vista que não houve manifestação juridicamente fundamentada quanto à argüição de prescrição e decadência do suposto direito dos autores de anular cláusulas contratuais, quanto ao teor dos artigos 5º e 16 da Lei nº 6.024, de 1974, quanto à consideração de prova ilícita para a formação da convicção do julgador e quanto aos dispositivos constitucionais mencionados pelo Banco Central na contestação e na apelação, o que leva à nulidade do acórdão que apreciou a lide. O acórdão que rejeitou os embargos também é contraditório (violando o inciso I do art. 535 do CPC) na medida em que o Tribunal considerou os contratos celebrados ao amparo do Proer como atos administrativos, mas julgou cabível a prescrição vintenária, e não a quinquenal, prevista em favor da Fazenda Pública.
- b) **Violação dos arts. 162 e 178, § 9º, inciso V, do Código Civil de 1916 e dos arts. 178 e 210 do Código Civil atual**. O entendimento de que o interventor teria atuado como mero agente subordinado ao Banco Central encerra em seu bojo a presunção de atuação com **dolo** ou, no mínimo, sob indução a **erro**, em detrimento dos interesses da massa liquidanda. O Código Civil então vigente estabelecia que o prazo – decadencial, segundo a doutrina e a jurisprudência da época – para a anulação de contratos maculados de tais vícios de vontade era de

quatro anos, contados a partir da celebração do negócio (do qual tomaram ciência os ex-administradores a partir do fornecimento do balanço contábil pelo interventor, como determina o art. 9º, *alínea b* e parágrafo único, da Lei nº 6.024, de 1974). Assim sendo, os autores decaíram do direito de questionar a suposta ocorrência de tais vícios de vontade no primeiro e no segundo contrato em junho e agosto de 2000, respectivamente. A ação foi proposta em 2002, a matéria é de ordem pública – deve ser conhecida *ex officio* em qualquer grau de jurisdição, segundo a doutrina e o art. 210 do Código Civil em vigor – e, ainda assim, o TRF da 5ª Região incorreu em erro, afastando sua incidência sob o argumento de que, se o interventor é mero preposto do Banco Central, não há vontade propriamente dita, descabendo falar em vício na sua formação.

- c) **Successivamente, violação do art. 1º do Decreto nº 20.910, de 1932, e do art. 2º do Decreto-Lei nº 4.597, de 1942.** Se fosse possível considerar válido o pressuposto – completamente equivocado – transcrito no item anterior, de que não haveria uma verdadeira vontade a ser reputada viciada, ter-se-ia um ato jurídico unilateral, ou seja, **um ato administrativo, cujo questionamento em sede judicial está limitado ao prazo de cinco anos** (e que se encerrou, no caso concreto, em junho de 2001 para o primeiro contrato e em agosto de 2001 para o segundo contrato), como dispõem os dispositivos dos atos normativos em epígrafe, que têm força de lei. A este respeito, ao julgar os embargos de declaração, o Tribunal se limitou a transcrever trecho do acórdão que estabelece como prazo prescricional o que se aplicava, à época, às ações pessoais, ou seja, de vinte anos (art. 177 do Código Civil então vigente), entendimento que, com todas as vênias, jamais poderia ser adotado. Tanto neste caso quanto na discussão concernente à decadência, **é absolutamente inaplicável a tese do Ministério Público Federal de que tais prazos seriam contados apenas quando da inclusão dos encargos contratuais na contabilidade da massa**, uma vez que a argüição de suposta ilegalidade concerne à fixação dos juros no momento da celebração dos contratos, como dispunha o Código Civil então vigente.

A persistência da omissão também ensejou o descumprimento do art. 535, inciso II, do CPC.

- d) **Negativa de vigência do art. 105 do CPC.** Os autores também pleiteiam, em outra ação (processo nº 2002.83.00.013213-2, 7ª Vara Federal de Pernambuco), a convalidação da liquidação extrajudicial em ordinária sob o argumento de que a massa liquidanda é superavitária, ou seja, o montante dos seus ativos é superior ao passivo. O acórdão recorrido rejeitou a argüição preliminar de conexão, por supostamente não haver identidade entre objetos e causas de pedir. Além de tal interpretação não corresponder à realidade, deve ser ressaltado que **o dispositivo legal em questão não permite a atuação discricionária do julgador, exatamente para evitar a produção de decisões conflitantes.** Ademais, os próprios recorridos solicitaram a redistribuição da ação em epígrafe para a 7ª Vara Federal sob o argumento da existência de conexão, o que lhes foi deferido; não há fundamento razoável para emprestar à argüição feita pelo Banco Central solução diversa.
- e) **Violação dos arts. 3º, 6º, 267, inciso VI, e § 3º, do CPC e 5º e 16 da Lei nº 6.024, de 1974.** O entendimento dos autores, corroborado pelos órgãos judiciais que processaram e julgaram os pedidos, foi no sentido de que o interventor da instituição financeira teria atuado como mero “preposto” do Banco Central e, dessa forma, não seria possível aceitar a incidência do princípio *pacta sunt servanda* e manter os encargos contratuais em sua forma original. Esta conclusão, além de desconsiderar a proteção do ato jurídico perfeito, contraria frontalmente os dispositivos legais em epígrafe, **que conferem tanto ao interventor quanto ao liquidante amplos poderes de gestão e responsabilidades próprias,** atributos incompatíveis com a suposta submissão destas pessoas aos interesses do Banco Central, mencionada tanto na sentença quanto no acórdão que deu provimento à apelação em parte mínima. Questionado a respeito desta dissonância em sede de embargos de declaração, o Tribunal se limitou a afirmar que é do seu conhecimento o teor de tais artigos, mas que o interventor não teria, no caso concreto,

agido em conformidade com aqueles, sem especificar o porquê de tal entendimento. Mais uma vez, restou descumprido o art. 535, inciso II, do CPC.

- f) **Violação do art. 332 do CPC.** Tal conclusão se baseia no entendimento, esposado pelo Juízo de 1º Grau e confirmado pelo Tribunal, de que a ausência da realização de nova perícia – vez que a anterior foi anulada por **suspeição do perito**, que havia feito considerações jurídicas que corroboravam as teses dos autores – não seria óbice à formação da convicção do julgador, por se tratar de questão unicamente de direito. Esta é uma assunção profundamente equivocada pelo fato de que, como explicado anteriormente, **nos contratos em questão, a TR foi utilizada como índice de correção monetária** (método de atualização que não encerra qualquer ilicitude, conforme inúmeros julgados desse Superior Tribunal de Justiça que resultaram na edição da Súmula 295), **e não como taxa de juros**. A realização de uma perícia isenta e tecnicamente correta confirmaria facilmente tal tese, que foi abordada pelo Banco Central desde o início e tem fundamento na necessidade de incidência de correção monetária sobre os passivos das instituições financeiras submetidas a regimes especiais, como obriga o art. 46, *caput*, parágrafo único, incisos I e II, do ADCT. O posicionamento do Tribunal violou, a um só tempo, tanto o direito de o Banco Central utilizar todos os meios lícitos para comprovar suas alegações (arts. 332 do CPC e 5º, inciso LV, da Constituição da República) quanto à necessidade de atualização do débito (art. 46, e seus desdobramentos, do ADCT). Questionado a respeito de tais aspectos, o Tribunal meramente repetiu o entendimento de que a perícia é desnecessária, **ignorando que sua utilização para a formação da convicção do julgador só poderia ser afastada com segurança a partir da realização de nova prova**. A inexistência dos elementos que formaram a convicção do Tribunal no tocante às normas infraconstitucionais, neste caso, também levou à violação do art. 535, inciso II, do CPC.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

24. Sob o prisma legal, foi sobejamente demonstrada a necessidade de reforma do acórdão recorrido, seja por aspectos preliminares, seja por questões de mérito. Estas são as razões técnicas para o provimento do recurso especial manejado pelo Banco Central.

25. Mas há outros motivos, de ordem axiológica, que tornam igualmente imperiosa a reforma do acórdão em questão. Sob a perspectiva dos valores sociais almejados pelo art. 192 da Constituição da República, como visto no voto parcialmente transcrito acima, da lavra do eminente Ministro Eros Grau, a aplicação de um dispositivo legal genérico como é o art. 9º da Lei nº 8.177, de 1991 – cuja edição teve por finalidade disciplinar a atualização de créditos **sem garantia real** –, sem qualquer atenção às peculiaridades e ao escopo do Proer, termina por subverter toda a lógica do Direito Econômico ao **beneficiar interesses individuais em detrimento da coletividade**.

26. Isso se deve ao fato de que os encargos pretendidos pelos autores e concedidos pelo acórdão recorrido, que se resumem à TR, são tão inferiores àqueles previstos na legislação específica do Proer que resultam em uma diferença (aproximadamente **930 milhões de reais**, em valores atualizados para março de 2007, conforme gráficos anexos) suficiente para, nos termos da legislação vigente, a abertura de mais de vinte bancos múltiplos.

27. O Proer, como visto, teve por objetivo assegurar liquidez e solvência ao Sistema Financeiro Nacional e resguardar os interesses de depositantes e investidores; não foi instituído para socializar prejuízos e privatizar lucros, como quer a parte adversa. Em nenhum momento visou à proteção dos administradores e controladores da instituição financeira cuja situação econômica deficitária expôs a economia a um risco grave o suficiente para justificar seu ingresso no Programa. **O entendimento de que sobre o saldo devedor dos contratos celebrados ao amparo do Proer devem incidir encargos inferiores ao fator de remuneração da poupança popular, o mais conservador dos investimentos de rentabilidade fixa, resultará, conforme demonstram os gráficos anexos de forma eloqüente, no enriquecimento ilícito dos ex-controladores da instituição financeira liquidanda.**

PEDIDO

28. Ante o exposto, o Banco Central requer a essa Colenda Corte o **total provimento** do recurso especial interposto, restaurando a ordem infraconstitucional violada e, conseqüentemente, extinguindo o processo sem a apreciação dos pedidos formulados pelos autores ou, sucessivamente, julgando-os totalmente improcedentes, em qualquer hipótese com a inversão dos ônus da sucumbência.

Nestes termos, pede deferimento

Brasília, 8 de maio de 2007.

*Francisco José de Siqueira*  
*Procurador-Geral*

*Luiz Ribeiro de Andrade*  
*Subprocurador-Geral*

*Amílcar Ramirez Figueiredo M. de Lemos*  
*Assessor Jurídico*

## Petição PGBC-12169/2007\*

Memorial apresentado nos autos do Mandado de Segurança nº 22.801-6/DF, sustentando a ilegalidade e inconstitucionalidade de atos do Tribunal de Contas da União que tenham por finalidade assegurar o acesso irrestrito e indiscriminado daquela Corte de Contas a informações protegidas pelo sigilo bancário.

**Francisco José de Siqueira**

Procurador-Geral

**Flávio José Roman**

Assessor Jurídico

---

\* O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime de seus ministros, em sessão realizada no dia 17/12/2007, concedeu a ordem de segurança pretendida pelo Banco Central e pelo seu presidente, para afastar as determinações contidas no Acórdão nº 72/96-TCU-2ª Câmara e as penalidades impostas no Acórdão nº 54/97-TCU-Plenário. Na oportunidade, a sustentação oral, em nome dos impetrantes, coube ao Procurador-Geral do Banco Central, Francisco José de Siqueira. O acórdão do Supremo Tribunal Federal que concedeu a segurança foi publicado no DJe nº 047, divulgação em 13/3/2008, publicação em 14/3/2008. Essa decisão finalmente transitou em julgado em 3/4/2008.



Petição PGBC-12169/2007

Proc. 9700729722

MANDADO DE SEGURANÇA 22.801-6/DF

IMPETRANTES: BANCO CENTRAL DO BRASIL E PRESIDENTE DO BANCO CENTRAL DO BRASIL

IMPETRADO: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

RELATOR: MINISTRO MENEZES DIREITO

ASSUNTO: ACESSO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO AOS DADOS PROTEGIDOS PELO SIGILO BANCÁRIO – IMPOSSIBILIDADE

ILUSTRE MINISTRO MENEZES DIREITO,

## A EXPOSIÇÃO DOS FATOS

O Banco Central do Brasil e o então Presidente da Autarquia, Senhor Gustavo Jorge Laboissière Loyola, impetraram o presente mandado de segurança contra ato do colendo Tribunal de Contas da União, materializado no Acórdão 054/97-TCU-Plenário.

2. O ato impugnado, em síntese, determina ao Banco Central o fornecimento de toda e qualquer informação acobertada pelo sigilo bancário à egrégia Corte de Contas, conforme lavrado na Decisão 021/96-TCU-Plenário, sob pena de afastamento temporário do responsável<sup>1</sup>. Determina, outrossim, a aplicação de multa ao segundo impetrante<sup>2</sup>.

---

1/ Lei nº 8.443, de 1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União). “Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.”

2/ Lei nº 8.443, de 1992. “Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de até Cr\$42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de

3. Os impetrantes requereram, então, a concessão liminar da ordem de segurança.

4. O ilustre Ministro Celso de Mello, por entender presentes os requisitos da plausibilidade jurídica do pedido e do perigo na demora da prestação jurisdicional, sob a inspiração do precedente consubstanciado no Mandado de Segurança 22.617-0 (rel. Min. Francisco Rezek, decisão proferida em 2/10/1996), deferiu a liminar *inaudita altera parte*.

5. O colendo Tribunal de Contas da União prestou informações, por seu ilustre Presidente, que argumentou a inoponibilidade do sigilo bancário em face daquele órgão, com fundamento nas disposições constitucionais dos artigos 70 e 71, especialmente, além do disposto nos artigos 42 e 87, II, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União<sup>3</sup>.

6. Os autos foram, na seqüência, remetidos à Procuradoria-Geral da República para a coleta de seu pronunciamento.

7. O ilustre Procurador-Geral ofereceu o Parecer 8.371/GB, no qual concluiu pela concessão do mandado de segurança, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

## II – MÉRITO

### A INCONSTITUCIONAL PRETENSÃO DE ACESSO IRRESTRITO DO TCU AO SISBACEN

8. O cerne do presente litígio reside em se saber se o Tribunal de Contas da União tem a prerrogativa de devassar o sigilo bancário, de forma irrestrita e indiscriminada, como posto na Decisão 021/96-TCU-Plenário, que culminou

---

cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: [...] IV – não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, à diligência do Relator ou à decisão do Tribunal.”

3/ Lei nº 8.443, de 1992. “Art. 42. Nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonogado ao Tribunal em suas inspeções ou auditorias, sob qualquer pretexto. § 1º. No caso de sonogação, o Tribunal assinará prazo para apresentação dos documentos, informações e esclarecimentos julgados necessários, comunicando o fato ao Ministro de Estado supervisor da área ou à autoridade de nível hierárquico equivalente, para as medidas cabíveis. § 2º. Vencido o prazo e não cumprida a diligência, o Tribunal aplicará as sanções previstas no inciso IV do art. 58 desta Lei. Art. 87. Ao servido a que se refere o artigo anterior [que exerce funções específicas de controle externo], quando credenciado pelo Presidente do Tribunal ou, por delegação deste, pelos dirigentes das Unidades Técnicas da Secretaria do Tribunal, para desempenhar funções de auditoria, de inspeções e diligências expressamente determinadas pelo Tribunal ou por sua presidência, são asseguradas as seguintes prerrogativas: [...] II – acesso a todos os documentos e informações necessárias à realização de seu trabalho.”

no Acórdão ora impugnado. Indispensável a leitura de trecho da decisão referida, que bem revela o entendimento da egrégia Corte de Contas no que toca ao sigilo bancário:

4. Esta questão, sob o ponto de vista jurídico, já foi exaustivamente examinada pela Casa, notadamente quando da inspeção extraordinária realizada naquela entidade em 1993, ocasião em que o Plenário decidiu, na Sessão de 13/4/1994, dentre outras providências (TC 001.20/93-6, Decisão nº 224/94, Ata nº 12/94):

“8.5. Comunicar ao Banco Central do Brasil que o entendimento firmado por este Tribunal, com relação ao TC 001.202.93-6, é que o sigilo bancário, de que trata o art. 38 da Lei nº 4.595/64, não se aplica às ações de fiscalização do Tribunal de Contas da União, sendo, portanto, inadmissível a sonegação de quaisquer processos, documentos ou inspeções ou auditorias realizadas pelo TCU, em face das normas constitucionais e legais em vigor (art. 70, *caput* e 71, incisos e parágrafos da Constituição Federal e art. 42 da Lei nº 8.443/92, c/c o art. 58, inciso IV, da mesma lei), mantendo-se o referido sigilo”.

9. Vê-se que não se trata de “simplesmente” requisitar ao Banco Central do Brasil a quebra de sigilo de determinada conta ou operação, mas, sim, de verdadeira devassa em qualquer conta. É que o Tribunal de Contas da União, imprescindível destacar, não tolera a mera solicitação de determinados dados à Autarquia; deseja, em verdade, proceder ele mesmo à coleta dos dados que entender pertinentes. Esclarece-se: o Tribunal de Contas deseja que lhe sejam franqueadas transações de acesso ao Sistema de Informações do Banco Central do Brasil (Sisbacen), por meio de servidores credenciados pelo Presidente do TCU.

10. Nesse ponto, indispensável rememorar o relatório do Acórdão 054/1997-TCU-Plenário, no qual se destacam as pretensões de acesso irrestrito do Tribunal de Contas aos dados acobertados pelo sigilo bancário:

2. Na Sessão de 8/2/1996, a 2ª Câmara proferiu decisão nº 21/96 (Ata nº 4/96), nos seguintes termos:

“8.1. determinar ao Banco Central do Brasil que adote as providências necessárias com vistas a **disponibilizar, aos servidores devidamente credenciados pelo Presidente do Tribunal de Contas da União, o acesso, via terminal eletrônico de dados, às transações do Sistema de**

**Informações do Banco Central (Sisbacen)** de potencial interesse ao controle externo especificadas no Anexo III do presente processo, com as alterações ali postas;

8.2. encaminhar àquela entidade cópia do mencionado anexo, bem como desta decisão, relatório e voto.”

[...]

4. Tendo em vista o posicionamento do Bacen em proceder “às análises pertinentes”, quando a determinação do Tribunal é clara e **não pressupõe qualquer exame prévio, mas simplesmente a liberação das transações** para uso dos servidores credenciados do TCU [...]. (destacou-se)

11. É importante notar que nem mesmo o Poder Judiciário, constitucionalmente autorizado a determinar a quebra de sigilo bancário, pretendeu ir tão longe. Em convênio firmado com o Banco Central do Brasil<sup>4</sup>, o Judiciário optou pelo seguinte procedimento: as ordens judiciais de *disclosure* são encaminhadas, por sistema eletrônico, ao Banco Central e, depois, as informações requisitadas são prestadas pelas instituições financeiras ao juízo requisitante. Vê-se, pois, que não há acesso aleatório e irrestrito às informações sigilosas.

12. A questão do acesso irrestrito aos dados sigilosos já foi objeto de debate no Supremo Tribunal Federal, naqueles processos em que se definiu o alcance dos poderes conferidos pela ordem constitucional às Comissões Parlamentares de Inquérito (compreensão do artigo 58, § 3º, da Constituição). Na oportunidade, esse Tribunal destacou a impossibilidade de acesso incondicional das Comissões Parlamentares de Inquérito aos dados sigilosos, ficando eles submetidos às restrições também impostas ao Poder Judiciário.

13. Significa dizer: ainda que se admitisse, por absurdo, a possibilidade de o Tribunal de Contas da União determinar a quebra de sigilo bancário, tal prerrogativa não seria irrestrita, como se pretendeu no ato impugnado. Indispensável a referência aos precedentes dessa colenda Corte:

MANDADO DE SEGURANÇA. COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO DE ROUBO DE CARGAS. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, TELEFÔNICO E FISCAL. NECESSIDADE DE

---

4/ Refere-se aqui aos convênios firmados para a operacionalização do sistema BacenJud: Convênio BACEN/STJ/CJF-2005, DE 30/9/2005, Convênio BACEN/STM-2005, DE 23/9/2005 e Convênio BACEN/TST, de 26/9/2005. Todos esses convênios podem ser consultados, na íntegra, no sítio do Banco Central na rede mundial de computadores: <<http://www.bcb.gov.br/?BCJUDCONV>>. Acesso em: 19 out. 2007.

FUNDAMENTAÇÃO DO ATO IMPUGNADO. PRESENÇA DA PROBABLE CAUSE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Se os atos judiciais são nulos quando destituídos de fundamentação (CF, artigo 93, IX), nulos também são os das CPIs, a quem o § 3º do artigo 58 da Constituição confere “os poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias.” Precedentes.

2. O Tribunal já firmou entendimento de que as Comissões Parlamentares de Inquérito são dotadas de poder investigatório, ficando assentado que devem elas, a partir de meros indícios, demonstrar a existência concreta de causa provável que legitime a quebra de sigilo.

3. Depoimento do impetrante e acareação com testemunha que o acusara de receptor. Coincidência com declarações de outra testemunha. Relatório da Polícia Federal. Causa provável ensejadora da quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico. Segurança denegada.<sup>5</sup>

14. Não por outra razão, o ilustre Procurador-Geral da República, nestes autos, rebuscou precedente da lavra do ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, no qual se destaca a necessidade de causa provável (*probable cause*) para a revelação de dados sigilosos (*disclosure*):

7. Necessário saber, ainda, em quais hipóteses a violabilidade do sigilo de dados bancários se afigura legítima e constitucional. À luz da doutrina e da jurisprudência contencionais brasileira e norte-americana a revelação de dados sigilosos – *disclosure* – somente pode ocorrer existindo fundada suspeita de ilícito – *probable cause* –. A contrário senso, portanto, “não pode a *disclosure* das informações bancárias, servir de instrumento de devassa exploratória, isto é, não destinada à apuração de uma suspeita definida, mas, sim, à busca da descoberta de ilícitos insuspeitos.” (Inq. nº 901, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 23/2/95)

[...]

15. Acrescente-se, ainda, que a requisição encaminhada aos impetrantes visava à obtenção de informações que seriam analisadas de forma aleatória pelos auditores do Tribunal de Contas da União. Vale dizer: o sigilo bancário de determinados indivíduos ou empresas seria afastado sem a existência de suspeita de ocorrência de ilícito, sem nenhum motivo.

5/ MS 24.217/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 28/8/2002, DJ 18/10/20002, p. 26. No mesmo sentido, assentando que “Os poderes das comissões parlamentares de inquérito, embora amplos, não são ilimitados e nem absolutos.” – MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/9/1999, DJ 12/5/2000.

15. Fica patente, portanto, que, ainda que se admita que o Tribunal de Contas da União detém poderes para determinar a quebra de sigilo bancário, tal hipótese teria limites. Deveria, pois, o Tribunal de Contas da União demonstrar a causa provável e que a prova é indispensável à instrução do processo<sup>6</sup>.

### A CONSTITUIÇÃO NÃO CONFERE AO TCU COMPETÊNCIA PARA QUEBRAR O SIGILO BANCÁRIO

16. Entretanto, como se passa a demonstrar, a Constituição da República não confere à egrégia Corte de Contas da União poderes para determinar a quebra de sigilo bancário, ordenando ao Banco Central do Brasil que lhe forneça dados sigilosos.

17. A disciplina constitucional do Tribunal de Contas da União reside, basicamente, no artigo 71 da Constituição da República. O referido dispositivo enumera as competências do Tribunal, porém não lhe concede acesso aos dados protegidos pela cláusula de sigilo bancário.

18. Segundo entendimento do egrégio Supremo Tribunal Federal, o direito ao sigilo bancário é espécie do direito à privacidade, protegido constitucionalmente (Constituição, artigo 5º, X e XII). Não obstante, não se reveste de caráter absoluto, devendo ser afastado naquelas hipóteses em que assim exigirem o interesse público, o interesse social e o da Justiça. Essas exceções à regra de sigilo, certamente, deverão estar previstas em cláusulas constitucionais (a exemplo das normas dos artigos 58, § 3º, e 139, III, da Constituição), ou na legislação infraconstitucional, sempre respeitados o devido processo legal e o princípio da razoabilidade<sup>7</sup>. Além das hipóteses legais, a doutrina e a jurisprudência

---

6/ “[...] mas deve haver uma relação de pertinência entre a prova pretendida, com as informações bancárias, e o objeto das investigações em curso (v. voto do Ministro Sepúlveda Pertence), pois é necessário ‘que se demonstre ao Supremo Tribunal Federal que a providência requerida é indispensável ao êxito das investigações.’ (v. voto do Ministro Célio Borja).” DERZI, Míazabel Abreu Machado *et* COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Direito tributário aplicado – estudos e pareceres*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 279.

7/ “CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. CF, ART. 5º, X. I – Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege – art. 5º, X – não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. No caso, a questão foi posta, pela recorrente, sob o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que as disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional. II – R. E. não conhecido.” RE 219.780-5/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, v. u., j. 13/4/1999, DJ 10/9/1999. No mesmo sentido: “Não tem caráter absoluto a garantia do sigilo bancário, cuja dispensa se acha regulada pelo § 1º do art. 38 da Lei nº 4.595-64, sendo facultada ao Juiz a providência, em caso de relevante interesse público. Precedentes do

reconhecem a existência de derrogações ditas “naturais” à regra do sigilo, não previstas em lei, tal como nas hipóteses de consentimento do cliente; de fornecimento de informações a herdeiros e sucessores; de legítimo interesse do banco (v.g.: protesto de títulos; cobrança judicial) e do sistema financeiro como um todo (v.g.: criação de centrais de risco) etc.

19. A norma que, à época dos fatos, indicava as hipóteses exceptivas à regra do sigilo bancário era a Lei nº 4.595, de 1964, cujo artigo 38 estabelecia:

Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º **As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário**, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2º O Banco Central do Brasil e as instituições financeiras públicas **prestarão informações ao Poder Legislativo**, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3º. **As Comissões Parlamentares de Inquérito**, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central do Brasil.

[...]

§ 5º **Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados** somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

§ 7º **A quebra de sigilo de que trata este artigo constitui crime** e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. (grifou-se)<sup>8</sup>

Supremo Tribunal: PET 577, DJ 23/4/1993, e RMS 23.002, DJ 27/11/1998.” – AgRgPet 1.564/RJ, Rel. Min. Octávio Gallotti, j. 17/6/1999, DJ 27/8/1999, p. 58.

8/ O artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964, foi expressamente revogado pelo artigo 13 da Lei Complementar nº 105, de 2001.

20. Observe-se que o Tribunal de Contas da União não é sequer mencionado pelo artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964, que tem status de lei complementar (Constituição, artigo 192)<sup>9</sup>. Outras leis também cuidaram de regular a forma de disclosure das informações bancárias. Nada obstante, o Tribunal de Contas da União não foi autorizado por essas normas a proceder à quebra de sigilo. Entre essas normas, *verbi gratia*, se destacam a Lei nº 4.728, de 1965 (regula o mercado de capitais), artigo 4º; a Lei nº 5.175, de 1966 (Código Tributário Nacional), artigo 197; a Lei nº 7.492, de 1986 (crimes contra o sistema financeiro), artigo 28; e, mais tarde, a Lei nº 9.034, de 1995 (repressão ao crime organizado), artigo 2º. Nenhuma dessas disposições legais franqueia o amplo acesso do Tribunal de Contas da União aos dados bancários.

21. O Tribunal de Contas da União, por seu lado, argumenta que a Lei nº 4.595, de 1964, nunca poderia ter mencionado o Tribunal em seu artigo 38, vez que é anterior à Lei nº 6.223, de 1975 (artigo 7º), que conferiu à Corte competência para fiscalizar os bancos oficiais. Contudo, o argumento não prevalece. O Banco Central sempre entendeu que o órgão impetrado poderia ter acesso aos dados referentes à instituição financeira estatal. Não obstante, o alcance desse poder fiscalizatório é que deve ser compreendido, observadas as normas do sigilo bancário e de competência das cortes de contas. De todo modo, não poderiam as cortes de contas exigir do Banco Central a prestação de informações protegidas pelo sigilo bancário, em especial aquelas referentes a operações de **instituições financeiras privadas**.

22. Esse entendimento do direito constitucional referente ao conflito entre o direito de sigilo bancário (Constituição, artigo 5º, X e XII) e as atribuições da Corte de Contas (Constituição, artigo 71) acabou por se confirmar com a promulgação da Lei Complementar 105, de 2001, que “dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras”. Ao disciplinar as hipóteses em que o ocorreria o *disclosure*, o legislador complementar, novamente, não concedeu essa prerrogativa à egrégia Corte de Contas<sup>10</sup>.

23. Efetivamente, a lei complementar não concedeu ao Tribunal de Contas da União a possibilidade de devassar o sigilo bancário. E não poderia ser de

---

9/ “No que toca à organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central, as normas constantes da Lei 4.595, de 1964, tem *status* de lei complementar.” – ADI 449-2/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 29/8/1996, DJ 22/11/1996, p. 45.683, trecho do voto condutor.

10/ Observe-se artigo 1º, §3º e incisos, artigos 2º, 3º, 4º e 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001.



outra forma. A análise das competências constitucionais do Tribunal de Contas (Constituição, artigos 70 e 71) revela que o órgão é encarregado de exercer o controle externo do patrimônio da União, fiscalizando a atuação de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, **que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre bens e valores públicos, ou pelos quais a União responda** (Constituição, artigo 70, parágrafo único). Assim, a autarquia, amparada em precedente do Supremo Tribunal Federal, somente tem concedido acesso a dados “sigilosos” quando as operações financeiras são realizadas com recursos públicos. Vale a pena reproduzir o seguinte pronunciamento da Procuradoria-Geral do Banco Central a respeito da matéria:

150. Assim, as operações realizadas por instituições financeiras com recursos de origem pública, por constituírem atos administrativos, estarão sempre sujeitas aos princípios da publicidade e da moralidade, não se lhes aplicando, salvo nos casos de risco à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, da CF), a proteção do sigilo bancário, como bem demonstrado na decisão do Supremo Tribunal Federal inúmeras vezes referida neste trabalho<sup>11</sup>.

24. Não se vislumbra, pois, em qualquer dos dispositivos constitucionais e legais, permissão para que o Tribunal de Contas, ainda que no curso de auditorias ou inspeções no Banco Central, possa ter acesso a informações protegidas por sigilo bancário, sobretudo, repita-se, aquelas referentes a operações de instituições financeiras privadas, pois que não utilizam, arrecadam, guardam, gerenciam ou administram dinheiros ou valores da União. E aí está, certamente, a razão maior pela qual o Tribunal de Contas da União não foi contemplado pelas exceções do artigo 38 da Lei nº 4.595, de 1964, nem pela Lei Complementar nº 105, de 2001, como possível receptor de informações protegidas pelo sigilo bancário.

25. Portanto, o Banco Central e seu presidente não podem ser coagidos a prestar ao Tribunal de Contas da União as informações requeridas e outras da espécie, como, por exemplo, aquelas referentes às operações de instituições financeiras entre si, no chamado “interbancário”, às contas de Reservas Bancárias

---

11/ Parecer/2005/00474/PGBCB/PR3SP, da lavra da Procuradora Tânia Nigri, aprovado pelo Procurador-Geral do Banco Central, Francisco José de Siqueira, com a qualidade de “repositório de consulta no exame desta específica matéria no âmbito do Banco Central”. O precedente jurisprudencial referido no Parecer é o Mandado de Segurança 21.729-4/DF, relator para o acórdão Min. Francisco Rezek, j. 5/10/1995, DJ 19/10/2001, p. 33.

e aos relatórios de fiscalização dessas mesmas instituições e outras análogas, que, além de sujeitas ao dever de segredo, não se inserem, como demonstrado, na esfera de competência daquela Corte de Contas<sup>12</sup>.

## INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 44 DA LEI ORGÂNICA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

26. Um segundo aspecto apresenta-se nesta demanda: a clara inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei nº 8.443, de 1992, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União<sup>13</sup>, que lhe confere poderes para, cautelar e temporariamente, afastar o servidor de suas funções.

27. É flagrante a inconstitucionalidade da norma em questão, vez que administrativamente compete com exclusividade à autarquia, a possibilidade de afastar os seus servidores, na forma prevista na Lei nº 8.112, de 1990<sup>14</sup>, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da separação de poderes (Constituição, artigo 2º).

28. Ademais, não se pode olvidar que o cargo de Presidente do Banco Central do Brasil é de nomeação privativa do Presidente da República, mediante prévia aprovação do Senado Federal (Constituição, artigos 84, XIV, e 52, III, *d*). Portanto, o artigo 44 da Lei nº 8.443, de 1992, ofende a garantia de separação dos poderes, insculpida no artigo 2º da Carta, que assegura a independência e a harmonia entre os poderes da União, da qual decorre a impossibilidade de interferência de um poder em outro, salvo expressa disposição em sentido contrário prevista na própria Constituição.

29. É de se observar, inclusive, que a Constituição Federal (artigo 61, § 1º, II, *c*) sequer admite que o Poder Legislativo tenha a iniciativa de projeto de lei que cuide do regime jurídico dos servidores vinculados ao Poder Executivo. Assim, a Constituição revela que não se admite a intervenção de um Poder em outro no

---

12/ No sentido do texto, o Parecer do Procurador-Geral da República nestes autos: “11. Parece-nos, portanto, que a fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial, nos moldes como delineado pela Constituição Federal, não confere à Corte de Contas o poder de obter junto a órgãos estatais dados sobre a privacidade das pessoas.”

13/ Lei nº 8.443, de 1992. “Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.”

14/ Lei nº 8.112, de 1990. “Art. 147. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração.”

que se refere ao seu quadro de servidores. Como se poderá, então, admitir que um órgão auxiliar do Poder Legislativo tenha a competência de afastar, ainda que temporariamente, servidores do Executivo. Clara, destarte, a ofensa ao artigo 2º da Constituição da República.

30. Por outro lado, cumpre destacar que, na forma do mesmo dispositivo em questão, é também inconstitucional a ampliação dos poderes conferidos pela própria Constituição (artigo 71). Nesse ponto, o já citado parecer do ilustre Procurador-Geral da República, produzido nestes autos, assim se pronuncia:

17. Com razão os impetrantes. Tal dispositivo legal está eivado do vício de inconstitucionalidade, pois amplia a competência do Tribunal de Contas da União fixada pelo art. 71 da Carta Política. Com efeito, esse dispositivo constitucional dá àquela Corte auxiliar do Poder Legislativo tão-somente a atribuição de aplicar, após o devido processo legal, sanção pecuniária aos responsáveis pela malversação dos bens públicos (inciso VIII), ou, então, “representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados” (inciso XI). Vê-se, pois, que não conferiu a Carta da República ao Tribunal de Contas a competência para afastar nenhum funcionário público de seus cargos ou funções, cautelarmente, “no início ou no curso de qualquer apuração”. Logo, o art. 44, *caput*, da Lei nº 8.443/92 extrapolou o previsto na norma constitucional referida e, conseqüentemente, incorreu em inconstitucionalidade. (grifou-se)

31. Efetivamente, a Lei nº 8.443, de 1992, foi além do previsto no artigo 71 da Constituição da República. Com efeito, também por essa razão, incorreu em manifesta inconstitucionalidade.

### III – CONCLUSÃO

32. Como se evidenciou ao longo desta manifestação, são inegáveis as conclusões de que:

- a) a Constituição Federal, a Lei Complementar nº 105, de 2001, e a Lei nº 4.595, de 1964, não concedem ao Tribunal de Contas da União a possibilidade de determinar a quebra de sigilo bancário (itens 16 a 25 do presente memorial);

- b) ainda que, por absurdo, se admitisse a possibilidade de acesso da Corte de Contas da União aos dados acobertados pelo sigilo bancário, esse acesso, em nenhuma hipótese, dar-se-ia de forma indiscriminada, sem avaliação de causa provável (itens 8 a 15);
- c) é inconstitucional o artigo 44 da Lei nº 8.443, de 1992, que concede ao Tribunal de Contas a possibilidade de afastar os servidores públicos do Executivo de suas funções, por configurar clara ofensa aos artigos 2º e 71 da Constituição Federal (itens 26 a 31).

33. Expostas essas razões, o Banco Central do Brasil reitera a Vossa Excelência o pedido de concessão de ordem de segurança, a fim de reconhecer a ilegalidade e a inconstitucionalidade das determinações constantes do Acórdão 054/1997-TCU-Plenário, ficando, por conseqüência, os impetrantes desobrigados de cumprir aquela determinação do Tribunal de Contas da União e, portanto, livres de qualquer sanção.

Nestes termos, pede deferimento.

Brasília, 23 de outubro de 2007.

*Francisco José de Siqueira*  
*Procurador-Geral*

*Flávio José Roman*  
*Assessor Jurídico*

## Petição PGBC-1778/2008\*

Memorial apresentado nos autos da ADIn nº 2.316-1/DF, ajuizada pelo Partido da República, sustentando a constitucionalidade do artigo 5º, *caput* e parágrafo único, da Medida Provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001, que autoriza a capitalização de juros em período inferior a um ano nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

**Francisco José de Siqueira**

Procurador-Geral do Banco Central

**Luiz Ribeiro de Andrade**

Subprocurador-Geral

**Flávio José Roman**

Assessor Jurídico

---

\* Até o fechamento desta edição, o julgamento da medida cautelar ainda não havia se encerrado: já foram proferidos dois votos, o do relator e o do Min. Carlos Velloso, ambos pela suspensão cautelar da Medida Provisória 2.170-36, de 2001. O processo permanece em mesa, no Plenário do STF, para continuidade do julgamento. A situação é descrita com maiores detalhes nos itens 9 e 10 do Memorial, que foi juntado aos autos, por linha, na forma determinada pela Min. Ellen Gracie em decisão proferida em 28/2/2008.

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE,  
PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.316-1/DF

RELATOR: MIN. SYDNEY SANCHES

REQUERENTE: PARTIDO DA REPÚBLICA

REQUERIDO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

**BANCO CENTRAL DO BRASIL**, Autarquia Federal criada pela Lei nº 4.595, de 1964 (CGC/MF: 00.038.166/0001-05), com sede no SBS, Quadra 3, Bloco B, Edifício-Sede, nesta Capital, por seus procuradores (Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998, art. 4º, I), vem perante Vossa Excelência, na forma das razões a seguir explicitadas, na qualidade de órgão executor da regulação do Sistema Financeiro Nacional (artigos 9º e 10 da Lei nº 4.595, de 1964), oferecer o presente

## MEMORIAL

nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.316-1/DF, proposta pelo Partido da República, requerendo, pois, a sua juntada aos autos por linha.

## HISTÓRICO DA MATÉRIA DEBATIDA

2. Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta com o fim de ver declarada a inconstitucionalidade do artigo 5º, *caput*, e parágrafo único da Medida Provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001, publicado no DOU de 24 de agosto de 2001, que autoriza a capitalização de juros em período inferior a um ano nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

3. Rememorando os antecedentes. Em outubro de 1999, o Departamento de Estudos e Pesquisas do Banco Central (Depep) publicou o estudo **Juros e Spread Bancário no Brasil**, no qual destacou, entre as propostas legislativas para a redução dos juros no Brasil, a explicitação sobre a possibilidade da prática do anatocismo:

f) **Esclarecimento sobre anatocismo (juros sobre juros) no SFN** – uma das razões freqüentemente alegadas por devedores de má-fé em processos judiciais refere-se ao artigo 4º da antiga e não revogada Lei da Usura (Decreto nº 22.626 de 1933), que veda a capitalização de juros nos empréstimos. No SFN e nos sistemas financeiros de todo o mundo, a prática é a capitalização dos juros, tanto na captação quanto na aplicação de recursos das instituições financeiras. Em função do disposto no artigo 192 do texto constitucional, muitos tribunais vêm dando ganho de causa a devedores que alegam a validade de dispositivos do Decreto nº 22.626/33 que trata da não capitalização de juros. Por isso o BC deve propor a expressa derrogação do artigo que trata da capitalização dos juros, reforçando o entendimento já expresso na Lei nº 4.595/64.<sup>1</sup>

4. Com base nesses estudos do Banco Central, que foram acolhidos pelo Senhor Ministro da Fazenda<sup>2</sup>, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República editou a Medida Provisória nº 1.963-17, de 30 de março de 2000, cujo artigo 5º estipulou:

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.

---

1/ BANCO CENTRAL DO BRASIL, Departamento de Estudos e Pesquisas. **Juros e spread bancário no Brasil**, outubro, 1999, p. 27. Esse estudo está disponível para consulta no sítio do Banco Central na rede mundial de computadores: <<http://www.bcb.gov.br/?SPREAD>>. Acesso em: 8 out. 2007.

2/ Cf. Exposição de Motivos 210/MF, de 24 de março de 2000, da lavra do Senhor Ministro de Estado da Fazenda Pedro Sampaio Malam. Cópia anexa.

5. O texto acima foi sucessivamente reeditado, sem alterações, e finalmente culminou na Medida Provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001, em vigor por força do disposto no artigo 2º da Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001.

6. Em face do texto da Medida Provisória nº 1.963-22, de 25 de agosto de 2000, o então Partido Liberal (hoje Partido da República) ajuizou a presente ação, na qual pede a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º, *caput*, e de seu parágrafo único, cujos textos são idênticos aos antes transcritos. Os argumentos do Partido da República com o objetivo de demonstrar a inconstitucionalidade do citado dispositivo podem ser assim sintetizados: a) os requisitos de urgência e relevância para a edição de medida provisória não estavam presentes; b) a matéria tratada estaria reservada à disciplina por lei complementar por força do artigo 192 da Constituição da República, em sua redação original; c) os dispositivos seriam estranhos ao propósito da medida provisória, declarado em sua ementa.

7. Convém destacar, parenteticamente, que a petição inicial foi por várias vezes aditada para fazer frente também às reedições da medida provisória, até alcançar a Medida Provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001.

8. Notificado na forma do artigo 10 da Lei nº 9.868, de 1999, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República encaminhou as Informações (preliminares) nº AGU/AS-23/2000 (cf. fls. 87 e segs. dos autos), nas quais, em síntese, argumentou:

- a) a excepcionalidade do controle dos requisitos de urgência e relevância para a edição de medida provisória, sendo certo que seu controle só alcança os casos de manifesto excesso de poder ou de inadequação da medida;
- b) a ocorrência, na hipótese, dos requisitos de urgência e relevância para a edição da medida provisória, em especial diante das razões invocadas pelo Ministro da Fazenda e consubstanciadas na Exposição de Motivos nº 210, de 24 de março de 2000;
- c) a inexistência de ofensa ao artigo 192 da Constituição da República, pois referido dispositivo, em sua redação original, não levava à conclusão de que toda a disciplina das instituições financeiras dependeria de lei complementar, especialmente em sua interpretação conjunta com o disposto no artigo 22, incisos I, VI, VII, VIII e XIX (competência da União para legislar – por lei ordinária – sobre direito civil, comercial, sistema monetário, títulos,



- política de crédito e sistema de poupança), bem como no artigo 48, XIII (competência do Congresso Nacional para legislar sobre matéria financeira, cambial e monetária), ambos da Constituição da República;
- d) a razoabilidade e a proporcionalidade das medidas adotadas, isso porque a distinção promovida ocorre em atenção às especificidades das atividades exercidas pelas instituições financeiras e também em atenção à intolerável assimetria existente no regime anterior, já que as instituições financeiras, na captação dos recursos, pagam aos poupadores juros capitalizados;
  - e) a ausência dos pressupostos para a concessão da medida cautelar pleiteada, notadamente em razão da jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal que destaca não ser o julgamento da medida cautelar a via adequada para o exame de impugnação fundada na inobservância da exigência de lei complementar e dos requisitos de urgência e relevância.

9. O relator, então, encaminhou o feito ao Plenário para julgamento da cautelar. Na sessão do dia 3 de abril de 2002, após o voto do ilustre Ministro Relator, pela suspensão cautelar do disposto no artigo 5º, *caput* e parágrafo único, da Medida Provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001 – por aparente falta do requisito de urgência, objetivamente considerado, para a edição de medida provisória e pela ocorrência do *periculum in mora* inverso, sobretudo com a vigência indefinida da medida provisória desde o advento da Emenda Constitucional 32, de 2001, com a possível demora do julgamento do mérito da ação –, pediu vista dos autos o Ministro Carlos Velloso<sup>3</sup>.

10. Já na sessão de julgamento do dia 15 de dezembro de 2005, após o voto do Ministro Carlos Velloso, que acompanhou o voto proferido pelo relator, pediu vista dos autos o Ministro Nelson Jobim<sup>4</sup>. Este, por sua vez, deixou o Tribunal sem oportunidade para proferir voto. Vale destacar que a senhora Ministra Ellen Gracie já 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<sup>5</sup>. O processo, atualmente, está em mesa aguardando a continuidade do julgamento da cautelar.

---

3/ Cf. Certidão de julgamento de fl. 272 e Informativo STF nº 262, de 25 de março a 5 de abril de 2002.

4/ Cf. Certidão de julgamento de fl. 274 e Informativo STF nº 413, de 12 a 19 de dezembro de 2005.

5/ Cf. decisão de fl. 352 dos autos da ação direta, publicada no DJ de 1º de agosto de 2007.

## MEDIDA PROVISÓRIA IMPUGNADA

I – PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO PROPOSTA  
– ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL  
INVOCADO COMO PARÂMETRO DE CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE

11. Feito o relato histórico da medida normativa impugnada e da presente ação, cumpre avançar sobre o debate constitucional nesta travado. Nesse sentido, o primeiro aspecto a ser destacado é a prejudicialidade da ação da ação direta. É que o último aditamento à inicial aconteceu em 27 de agosto de 2001, em face da reedição da Medida Provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001 (cf. fls. 254-8). Logo, o parâmetro de controle de constitucionalidade invocado gira em torno da redação original do artigo 192 da Constituição da República. Enfim, o ajuizamento é anterior à Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, que deu nova redação ao artigo 192 da Constituição da República. Houve, portanto, **alteração substancial do dispositivo constitucional invocado como parâmetro de controle de constitucionalidade**, o que, conforme jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, inviabiliza o prosseguimento da ação direta. Nesse sentido, calha invocar o seguinte precedente:

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Partido dos Trabalhadores contra os arts. 8º, 9º, 10 e 11 da Lei nº 9.069/1995. Alega o requerente que esses dispositivos violam a redação original do art. 192, *caput*, da Constituição Federal. [...] O parâmetro de controle invocado pelo partido requerente sofreu alteração superveniente, por meio da Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003. Como se sabe, é pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que a alteração do parâmetro de controle inviabiliza o prosseguimento da ação direta. Com efeito, a Emenda Constitucional nº 40/2003 modificou significativamente o conteúdo do art. 192, *caput*, da Carta Magna, que servia de apoio para sustentar a inconstitucionalidade da norma atacada.<sup>6</sup>

6 Trechos da decisão monocrática proferida nos autos da ADI 1.312-2/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão de 2 de agosto de 2004, publicada no DJ de 10 de agosto de 2004, p. 24.

12. Também no mesmo sentido, venha à colação o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

O Partido dos Trabalhadores requereu a declaração de inconstitucionalidade das Resoluções nºs 2.197/95 e 2.211/95 – atos normativos do Conselho Monetário Nacional. Ocorre que o fundamento constitucional que serve de embasamento para o pedido – art. 192, VI, da CF – teve o seu inciso revogado e seu *caput* modificado de forma substancial pela EC nº 40/2003. Este Tribunal entende que a superveniente alteração do texto constitucional que fundamenta o pedido de ação direta de inconstitucionalidade resulta na perda de seu objeto. Há precedentes. ADI 1143, ILMAR GALVÃO (7/6/2001); ADI 1674, SYDNEY SANCHES (29/3/1999). ADI 1907, GALLOTTI (18/2/1999). Ação direta de inconstitucionalidade prejudicada.<sup>7</sup>

13. Logo, já não se mostra viável o julgamento da ação direta, cabendo apenas a declaração de que se encontra prejudicada. É o que se requer.

## II – PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA PARA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA

14. Pela eventualidade, passa-se a destacar a constitucionalidade do ato normativo impugnado. O primeiro argumento da ação direta a ser enfrentado refere-se à demonstração da presença, na hipótese, dos requisitos de urgência e relevância para a edição da medida provisória.

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).

---

<sup>7</sup> Trechos da decisão monocrática proferida nos autos da ADI 1.398-0/DF, rel. Min. Nelson Jobim, decisão de 3 de dezembro de 2003, publicada no DJ de 10 de dezembro de 2003, p. 17.

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 próspero 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<sup>8</sup>.

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.<sup>9</sup>

---

8 Para a comodidade da leitura, transcreve-se o dispositivo da Lei 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>>.

9 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.

21. É claro – convém destacar – que a análise judicial dos requisitos de urgência e relevância no controle mediante ação direta é excepcionalíssima, somente se admitindo a declaração de inconstitucionalidade quando objetivamente configurado abuso do Chefe do Poder Executivo na edição da medida. Esse, aliás, é o entendimento jurisprudencial consagrado no Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup>.

22. Também não calha o argumento de que a vigência da Lei de Usura por décadas seria a evidência maior de que estaria vedada a edição de medida provisória sobre a questão. É que, após a declaração da inaplicabilidade do limite de juros fixados na Lei de Usura, pelo Supremo Tribunal Federal, parecia natural imaginar que também não era aplicável a limitação prevista na mesma lei quanto à capitalização de juros para as instituições financeiras, que integram o Sistema Financeiro Nacional. Cabe lembrar, a propósito, que o enunciado da Sumula 596 do Supremo Tribunal Federal simplesmente declara a inaplicabilidade **das disposições da Lei de Usura** às instituições financeiras<sup>11</sup>. Bem a propósito, calha o estudo de Jean Paul Cabral Veiga da Rocha, por meio do qual, em análise histórica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, anota que a edição da Súmula 596 era o reconhecimento pela Corte da competência do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central para fixar os limites – inclusive quanto à capitalização – no âmbito do Sistema Financeiro:

A nova súmula [596] pode ser entendida como um reconhecimento implícito da competência normativa das autoridades monetárias. O STF passou a aceitar, portanto, que o CMN e o BCB editassem normas sobre as taxas de juros, sua **capitalização**, cobrança de comissões e qualquer outro aspecto da concessão de crédito.<sup>12</sup>

23. Em recente análise sobre a relação entre crédito e Judiciário no Brasil, Jairo Saddi também considera que a jurisprudência do Supremo Tribunal

---

10 Nesse sentido, entre os pronunciamentos mais recentes do STF, cabe invocar o julgado proferido no AgRg no AI 489.108-4/RS, 2ª Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 2 de maio de 2006, DJ de 26 de maio 2006, v.u.

11 Diz a Súmula referida: “As disposições do Dec. 22.626/33 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”.

12 ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da. “Regulação econômica e controle de preços nos contratos bancários: o que ficou da Lei de Usura?”. In: WAISBERG, Ivo et FONTES, Marcos Rolim Fernandes (coord.). *Contratos bancários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 87, o grifo não consta do original.

Federal indicava a possibilidade de capitalização de juros, invocando, a propósito, além da já referida súmula, a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4-7/DF:

Contudo, segundo a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4-7, na lavra do relator ministro Sydney Sanches, aquele princípio amplo e geral [previsto no artigo 4º da Lei de Usura] não poderia mais se aplicar à referida lei [4.595, de 1964]: “Conferindo ao Conselho Monetário Nacional poderes normativos para limitar, ‘sempre que necessário’ as taxas de juros, o parâmetro genérico da ‘Lei de Usura’, de 1933, deixou de prevalecer em relação a todo o chamado ‘mercado financeiro’”.

E, ainda, a Súmula 596, do Supremo Tribunal Federal decidiu de forma definitiva sobre a capitalização.<sup>13</sup>

24. Não obstante o texto da Súmula, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal sinalizou com o entendimento de que o disposto no artigo 4º do referido decreto, que limita a capitalização de juros ao prazo anual, sim, se aplicava às instituições financeiras<sup>14</sup>.

25. Portanto, a situação era de incompreensão acerca da forma de capitalização de juros no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, pois enquanto vigorava o enunciado da Súmula 596/STF, que excepcionava as instituições financeiras da aplicação da Lei de Usura, se podiam também encontrar precedentes que desautorizavam a prática do anatocismo em período inferior ao anual. Daí a razão pela qual se justificava a edição da medida provisória com o fim de evidenciar a inaplicabilidade da Lei de Usura no âmbito do Sistema Financeiro<sup>15</sup>.

26. Cabe observar que, mesmo após a edição da Medida Provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001, o egrégio Superior Tribunal de Justiça, sob

13 SADDI, Jairo. *Crédito e Judiciário no Brasil: uma análise de Direito & Economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 152.

14 Nesse sentido, podem ser referidos os seguintes precedentes: RE 90.341-1/PA, 1ª Turma, rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. em 26 de fevereiro de 1980, DJ de 19 de março de 1980, v.u., RE 96.875-0/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Djaci Falcão, j. em 16 de setembro de 1983, DJ de 27 de outubro de 1983, v.u., e RE 100.336-7, 1ª Turma, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 10 de setembro de 1984, DJ 24 de maio de 1985, v.u.

15 Para se ter uma idéia da perplexidade que incide na matéria, basta invocar o seguinte comentário da doutrina ao artigo 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual; nele se pode observar a vacilação com que o tema é abordado: “O limite imposto pelo artigo sob exame não deveria alcançar o mútuo bancário, que, ante sua especialidade, é regido por normas do Bacen e resoluções editadas pelo CMN; mas há quem ache que o referido dispositivo legal tem incidência sobre ele, estendendo-se inclusive aos mútuos destinados a fins econômicos feitos por instituições financeiras por serem onerosos. O mútuo bancário apenas subsidiariamente é disciplinado por normas do Código Civil”. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 10. ed., 2004, p. 453.

a justificativa de que as administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras, as excepcionou da aplicação das disposições da Lei de Usura<sup>16</sup>. Logo, fácil ver que as limitações à capitalização de juros no Sistema Financeiro Nacional não remontam à década de 1930.

27. Essa incerteza em torno da questão gera riscos, que são custos, para os agentes financeiros e aumenta as taxas de juros cobrados ao tomador. Logo, a medida provisória, ao contrário do que entende o partido requerente da ação direta, vem em favor do tomador de empréstimos, como medida que corrobora – aliada a outras medidas governamentais – para a redução das taxas de juros praticadas no mercado financeiro, além de conferir maior transparência mediante as exigências postas no parágrafo único do seu artigo 5º. Daí a urgência e a relevância de sua edição que justificaram e justificam a utilização da medida normativa excepcional prevista no artigo 62 da Constituição da República. E, por isso, deve ser mantida, eis que atende aos pressupostos constitucionais, então vigentes, para sua edição.

### III – DESNECESSIDADE DE VEICULAÇÃO DA MATÉRIA EM REFERÊNCIA POR LEI COMPLEMENTAR

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

---

16 Súmula 283 do Superior Tribunal de Justiça: “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”.

a Lei nº 8.112, de 1990<sup>17</sup>. 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<sup>18</sup>. Esse entendimento, consagrado jurisprudencialmente, não difere da lição da mais autorizada doutrina<sup>19</sup>.

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<sup>20</sup>.

17 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.

18 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.

19 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 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, 2. ed., 2006, p. 754, 2. col., o grifo não consta do original.

20 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



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<sup>21</sup>. 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<sup>22</sup>.

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<sup>23</sup>.

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

---

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.

- 21 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).
- 22 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.
- 23 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 suas 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".

assim fosse, incidiriam apenas as restrições constantes dos atos normativos do Conselho Monetário Nacional<sup>24</sup>.

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<sup>25</sup>. 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 derrogar 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 (RTJ, 72:916, 77:966, 79:620; Lex, 5:124).<sup>26</sup>

36. Logo, cabe concluir que a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, com fundamento na necessidade de disciplina da matéria por lei complementar, não será capaz de subsumir as hipóteses nele abstratamente previstas ao disposto na Lei de Usura, mas fará tão-só ressurgir o clima de insegurança antes vigente, quando não se imponha a compreensão de aplicabilidade da Lei Bancária e das resoluções editadas pelo Conselho Monetário Nacional.

---

24 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.

25 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, nº 98, p. 59.

26 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 3, p. 303-4.

#### IV – MATÉRIA ESTRANHA AO DISPOSTO NA EMENTA DA MEDIDA PROVISÓRIA – QUESTÃO QUE NÃO POSSIBILITA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

37. O último argumento lançado pelo partido autor da ação direta não merece maiores desdobramentos. Ora, a alegação de que seria inconstitucional o artigo 5º, *caput*, e parágrafo único, exclusivamente porque dispõe sobre matéria estranha ao contido na ementa da medida provisória não tem qualquer fundamentação. Isso porque o debate, sob nenhuma circunstância, alcança o nível constitucional e, só por isso, já inviabiliza a declaração de inconstitucionalidade. Aliás, é a própria Constituição que determina no artigo 59, parágrafo único, que a questão da elaboração, redação, alteração e consolidação das leis será regulada por lei complementar. E a lei complementar editada em cumprimento à determinação constitucional estipula que “a eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo não constitui escusa válida para o seu descumprimento” (artigo 18 da Lei Complementar nº 95, de 1998).

38. A propósito, o entendimento exposto já foi consagrado na jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal<sup>27</sup>. Portanto, não se admite a declaração de inconstitucionalidade sob o argumento de que a matéria é estranha ao disposto na ementa da Medida Provisória, pois esse debate não se trava em nível constitucional.

#### V – OS ESTUDOS COMPROVAM QUE A CAPITALIZAÇÃO NOMINAL NÃO É MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR – AO REVÉS, ELA ESTIMULA O NOCIVO EMPRÉSTIMO DE CURTO PRAZO

39. No relato, fez-se questão de consignar que a Medida Provisória decorreu de estudos realizados sobre a incerteza da legalidade da capitalização de juros, o que gerava custos e aumentava as taxas praticadas no Sistema Financeiro. Era o que constava no estudo *Juros e Spread Bancário no Brasil*, publicado pelo Departamento de Estudos e Pesquisas do Banco Central (Depep/Bacen), já aqui referido, e na Exposição de Motivos 210, de 24 de março de 2000, do Ministro da Fazenda. Um ano após a divulgação daquele estudo, novamente, a questão da

---

<sup>27</sup> Cf. ADI(MC) 1.096-4/RS, Plenário, rel. Min. Celso de Mello, j. em 16 de março de 1995, DJ de 22 de setembro de 1995, v.u.

capitalização dos juros foi destacada como medida que corroboraria para a redução das taxas de juros cobradas ao tomador. Nesse novo estudo, o Depep/Bacen, entre as várias ações adotadas pelo Governo com a finalidade de reduzir os juros, destaca o seguinte:

Também visando trazer maior tranquilidade ao mercado financeiro, diminuindo o risco jurídico das operações de crédito, foi promovido o esclarecimento legal quanto ao anatocismo (juros sobre juros) no SFN (art. 5º da MP 1963/17, de 30/3/2000, publicado no Diário Oficial de 31/3/2000). Desde a aprovação da Lei nº 4.595, de 31/12/1964, a regulamentação das disposições sobre juros no SFN é competência do Conselho Monetário Nacional (CMN) e do BC, que adotam como base o cálculo de juros compostos, tanto nas captações quanto nas aplicações do SFN, a exemplo do que é usual em todo o mundo.<sup>28</sup>

40. Em outro estudo, novamente o Depep/Bacen destacou a alteração legislativa como medida necessária ao projeto governamental de redução dos juros praticados no sistema financeiro. Enfatizou, ainda, a importância de sua conversão em lei:

Entre as primeiras medidas adotadas para tentar minimizar os problemas associados à ineficiência e demora nas execuções de empréstimos, estava a criação das Cédulas de Crédito Bancário, o esclarecimento quanto à legalidade da cobrança de juros compostos (anatocismo) no sistema financeiro, a certificação de assinatura digital em contratos eletrônicos, a extensão da alienação fiduciária para bens fungíveis, assim como a compensação de pagamentos (*netting*). Todas estas medidas foram aprovadas mediante a utilização de Medidas Provisórias que não foram transformadas em lei. Para sua maior efetividade, conforme já destacados neste estudo, seria importante a sua transformação em lei.<sup>29</sup>

41. Como se vê, os estudos do Banco Central – que estão disponíveis no sítio eletrônico da Autarquia na rede mundial de computadores – asseguram

28 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. Este estudo está disponível no sítio do Banco Central na rede mundial de computadores: <<http://www.bcb.gov.br/?SPREAD>>. Acesso em: 8 out. 2007.

29 BANCO CENTRAL DO BRASIL, Departamento de Estudos e Pesquisas. **Economia bancária e crédito: avaliação de 4 anos do projeto Juros e Spread Bancário no Brasil**, dezembro de 2003, p. 28. Este estudo está disponível no sítio do Banco Central na rede mundial de computadores: <<http://www.bcb.gov.br/?SPREAD>>. Acesso em: 8 out. 2007.

que a capitalização de juros não é nociva ao tomador. Antes, a medida legislativa impugnada, justamente porque reduz as incertezas jurídicas que pairavam sobre a capitalização de juros, importa em redução de custos e em benefício ao tomador.

42. Acrescente-se, ainda, que a capitalização de juros desestimula as instituições financeiras a renegociarem os contratos com periodicidade mensal, situação em que, ao final do mês, o valor emprestado, acrescidos dos juros correspondentes, deve ser quitado. Tal situação enseja o chamado “anatocismo indireto”, bem mais oneroso para o devedor, que seria obrigado a captar recursos em outra instituição financeira para adimplir a primeira operação. Desse modo, sob o ponto de vista econômico, a capitalização de juros, tal como prevista pela medida provisória impugnada, apresenta-se muito mais benéfica ao tomador, atendendo assim aos interesses da coletividade (cf. itens 8 e 9 da Exposição de Motivos 210/MF, de 24 de março de 2000). Eis a razão pela qual a medida provisória deve ser mantida.

43. Há mais ainda. A pedido da Procuradoria-Geral do Banco Central, a Diretoria de Política Econômica elaborou estudo – já mencionado nesta manifestação – que comprova, com sobra de razão, que a impossibilidade de se computar juros capitalizados estimula os contratos de curto prazo, de efeitos notoriamente desfavoráveis à economia nacional porque prejudiciais à ampliação do crédito. Ou seja, gera, notoriamente, prejuízo ao interesse público (Cf. itens 14 a 16 da Nota Técnica Dipec 1141.1, anexa).

44. Caso seja declarada inconstitucional a medida provisória que permite a capitalização, as instituições financeiras não se limitarão a conceder crédito com as mesmas taxas atualmente praticadas. Certamente, irão praticar taxas nominais equivalentes à taxa capitalizada. Assim, se notará um desestímulo ao alongamento de prazos, pois, como mostra a referida nota técnica, sem a capitalização, quanto maior o prazo, maior a taxa de juros nominais equivalente, a qual se apura de forma crescente. O tomador logo se sentirá desestimulado a operar com prazos mais longos, na suposição, equivocada, de que os juros são maiores e, assim, deixará de contratar em melhores condições.

## VI – O PERIGO NA DEMORA MILITA EM FAVOR DA MANUTENÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA

45. Para além das razões expostas anteriormente, cabe observar que o perigo na demora milita em favor da manutenção da Medida Provisória nº 2.170-36, de 23 de agosto de 2001, eis que sua suspensão cautelar implicaria o retorno do clima de incerteza em torno da questão da capitalização de juros no Sistema Financeiro. Ou seja, a concessão da cautelar acarretaria maiores custos para as instituições financeiras, que, certamente, os repassariam aos tomadores e, por consequência, impactariam as taxas de juros cobradas.

46. Em favor da medida provisória milita ainda o **transcurso de longo prazo de sua vigência e aplicação**. Vale lembrar que a primeira edição do dispositivo legal impugnado remonta ao mês de março de 2000 (Medida Provisória nº 1.963-17, de 30 de março de 2000). São praticamente oito anos de vigência do dispositivo. Bem por isso, a jurisprudência dessa egrégia Corte assevera que o transcurso de longo tempo de vigência afasta o perigo da demora na prestação jurisdicional<sup>30</sup>.

47. Ademais, cabe consignar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, revelando prudência louvável, indica a **impossibilidade de se conceder liminar em ação direta com fundamento apenas na suposta infringência aos requisitos da urgência e da relevância**<sup>31</sup>. Por todas essas razões, é de se pugnar pela não-concessão da medida cautelar, pois o perigo na demora milita justamente em favor da manutenção da medida provisória.

## VII – OS RISCOS DA CONCESSÃO DA LIMINAR COM EFEITOS *EX TUNC*

48. Nesse passo, também não se pode deixar de observar que a concessão da cautelar – e, por óbvio, do provimento definitivo – com efeitos retroativos

---

30 Nesse sentido, cf. ADI(MC) 1.923-5, Pleno, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, j. em 1º de agosto de 2007, DJ de 21 de setembro de 2007, por maioria.

31 Nesse sentido, cf. o seguinte precedente: “Medida Provisória. Impropriedade, na fase de julgamento cautelar da aferição do pressuposto de urgência que envolve, em última análise, a afirmação de abuso de poder discricionário, na sua edição”. ADI(MC) 1.417-0, Plenário, rel. Min. Octávio Gallotti, j. em 7 de março de 1996, DJ de 24 de maio de 1996.

poderá impor altos custos para as instituições financeiras, de proporções incalculáveis. Como se observou nas justificativas para a edição da medida provisória impugnada, uma das razões para a permissão da prática do anatocismo se prende ao fato de que as instituições financeiras pagam juros capitalizados aos depositantes. Até mesmo numa prosaica conta de poupança os juros são capitalizados mês a mês. Logo, não se aplicam as regras previstas na Lei de Usura.

49. Caso seja concedida a liminar com efeitos retroativos, as instituições financeiras se verão obrigadas a pagar juros capitalizados e a receber juros não-capitalizados. Os impactos sobre as contas das instituições financeiras são certos. E as conseqüências para o Sistema Financeiro Nacional, reflexamente, serão sentidas por toda a população. Para que se possa estimar o impacto, vale lembrar que, não obstante o alongamento recentemente verificado nos contratos bancários, o prazo médio das operações de crédito no Brasil, tanto para pessoas físicas quanto jurídicas, segundo informa a já referida Nota Técnica Dipec 114.1 (item 17), até 2005, era inferior a um ano, sendo que os contratos de crédito com pessoas jurídicas, ainda hoje, têm, em média, prazo inferior a um ano. Logo, a maioria dos contratos seria atingida pela decisão retroativa, em manifesta afronta à segurança jurídica.

50. Por tais razões, o Banco Central requer que, na eventualidade de ser concedida a medida cautelar, ou declarada em definitivo a inconstitucionalidade da medida, os efeitos dessa decisão sejam não-retroativos, aplicando-se apenas aos contratos firmados a partir da decisão do egrégio Supremo Tribunal Federal ou em momento posterior a ser definido pelo Tribunal (artigo 27 da Lei nº 9.868, de 1999). Somente assim se permitirá que as instituições financeiras tenham a oportunidade de recalcular o montante de juros que irão cobrar, a partir de então sem a capitalização, a fim de evitar prejuízos em contratos firmados de boa-fé na vigência da norma.

## SÍNTESE CONCLUSIVA DA MATÉRIA

51. Em face das razões expostas, o Banco Central requer, preliminarmente, a juntada aos autos por linha do presente memorial, na forma das decisões anteriores da ilustre Presidente desse egrégio Tribunal (cf. fls. 302-3 e a decisão

proferida em 29 de novembro de 2006, no memorial ofertado pela Federação Brasileira das Associações de Bancos).

52. Ainda, preliminarmente, requer a declaração de prejudicialidade da ação direta proposta, pois houve alteração substancial no dispositivo constitucional invocado como parâmetro de controle de constitucionalidade (Constituição, artigo 192), pelo advento da Emenda Constitucional nº 40, de 2003.

53. No que pertine à medida cautelar pretendida, o Banco Central requer que seja ela indeferida, por ser constitucional o ato normativo impugnado e por não haver perigo na demora para a concessão. Se concedida, no entanto, que os seus efeitos não sejam retroativos.

54. Com relação à Medida Provisória nº 2.170-36, de 2001, requer seja reconhecida sua constitucionalidade, pois se trata de matéria que pode ser disciplinada por lei ordinária e, por consequência, por medida provisória, bem como porque presentes, na hipótese, os requisitos constitucionais de urgência e relevância para a adoção do ato normativo.

55. Finalmente, na remota hipótese de declaração definitiva de inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, sob a inspiração do princípio da eventualidade, o Banco Central requer, ainda, que a declaração se faça exclusivamente com efeitos não-retroativos.

Nestes termos, pede deferimento.

Brasília, 27 de fevereiro de 2008.

*Francisco José de Siqueira*

*Procurador-Geral*

*Luiz Ribeiro de Andrade*

*Subprocurador-Geral*

*Flávio José Roman*

*Assessor Jurídico*



## **Parecer PGBC-52/2008**

Análise da viabilidade jurídica da criação de órgãos de administração de natureza estatutária cujos membros, associados ou não, sejam escolhidos pelo conselho de administração nas cooperativas de crédito.

**Filogônio Moreira Júnior**

Procurador do Banco Central

**Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira**

Coordenadora-Geral da Área de Consultoria Bancária e de Normas (Coban)

Parecer PGBC-52/2008

Proc. 0701395551

COOPERATIVAS DE CRÉDITO – PROEMINÊNCIA DO CARÁTER DEMOCRÁTICO – AUTOGESTÃO – PRINCÍPIO COOPERATIVISTA MUNDIAL – PRÁTICAS RECOMENDADAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA – ADAPTAÇÃO AO REGIME JURÍDICO DAS SOCIEDADES COOPERATIVAS – ARTS. 47 E 48 DA LEI Nº 5.764, DE 1971 – CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO E DIRETORIA – ÓRGÃOS DE ADMINISTRAÇÃO – COMPOSIÇÃO EXCLUSIVA POR SÓCIOS – ELEIÇÃO PELA ASSEMBLÉIA-GERAL – CRIAÇÃO DE OUTROS ÓRGÃOS NECESSÁRIOS À ADMINISTRAÇÃO – CONTRATAÇÃO DE GERENTES – CONSIDERAÇÕES.

Senhora Coordenadora-Geral,

## ASSUNTO

O Departamento de Supervisão de Cooperativas e de Instituições Não-Bancárias (Desuc), o Departamento de Organização do Sistema Financeiro (Deorf) e o Departamento de Normas do Sistema Financeiro (Denor) indagam sobre a viabilidade jurídica da “criação de órgãos de administração de natureza estatutária, cujos membros, associados ou não, sejam escolhidos pelo conselho de administração”, nas cooperativas de crédito.

2. Os consultentes noticiam a elaboração de projeto estratégico do Banco Central do Brasil com o escopo de fixar diretrizes que favoreçam a gestão segura e transparente nas cooperativas de crédito. Seu principal produto será a edição de um **código de boas práticas de governança corporativa**, sem caráter normativo, mas indicativo das ações recomendadas<sup>1</sup>, no qual se dará destaque

---

1/ A espécie normativa idealizada correlaciona-se com as teorias que salientam a **função promocional do direito** (Norberto Bobbio), em que a obtenção da conduta desejada é obtida mediante indução, estímulo ou prêmio. O tema é desenvolvido por Marçal Justen Filho: “O Estado regulador se vale, em larga medida, do instrumental normativo clássico. Mas adicionalmente, passa a se valer de outras vias para influenciar o comportamento humano. Trata-se não apenas da já

à necessidade de “distinção entre membros do Conselho de Administração e da Diretoria Executiva, de forma a evitar conflitos políticos que, de forma inexorável, prejudicam o desenvolvimento das atividades empresariais” (fl. 1).

3. Acrescentam que pesquisas e entrevistas realizadas em meio a representantes das cooperativas demonstraram que os diretores normalmente fazem parte do conselho de administração, acumulando suas funções com a de conselheiro<sup>2</sup>. Sob a óptica da governança corporativa essa duplicidade é contra-indicada porque enseja o predomínio, nas reuniões do conselho, dos administradores com função executiva sobre os demais integrantes, denominados membros vogais.

4. Tal fenômeno, provocado pela assimetria de informações entre os conselheiros executivos e vogais, termina por desvirtuar o papel do conselho de administração, em detrimento de suas funções de avaliar o desempenho dos dirigentes e de representar os associados na definição das políticas e estratégias a serem seguidas. Cria-se “desequilíbrio do poder político, progressivamente centralizado na figura do executivo principal”, que por sua vez gera “os conflitos de governança ora enfrentados por este segmento” (fl. 2).

5. Para corrigir ou atenuar esta situação, os consulentes propõem a segregação total entre membros do conselho de administração e da diretoria, sem prejuízo do disposto no art. 47 da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971<sup>3</sup>. Para tanto, argumentam que:

- a) o texto legal não impõe que **todas** as instâncias da alta administração tenham mandato político derivado diretamente da assembléia-geral, pois sua finalidade é a de permitir que sociedades de menor porte sejam

---

referida concepção promocional do Direito, em que a obtenção das condutas desejadas é induzida através de sanções ditas positivas ou premiais. Mas além delas, torna-se extremamente relevante um instrumento normativo que poderia ser qualificado como atenuado. São manifestações estatais de incentivo, orientação, sugestão. [...] Generalizou-se, em doutrina, a denominação *soft-law* (direito suave) para indicar ‘uma declaração cujo intento é normativo (no sentido de dirigir-se a influenciar a conduta dos destinatários), a mais das vezes adotadas pela Administração Pública ou por organizações internacionais, mas definidas (geralmente pelos próprios autores) como carentes de uma plena força jurídica vinculante’” (*O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 47)

2/ Nos casos em que a gestão superior se divide entre conselho de administração e diretoria, os quais representam “quase todas as cooperativas brasileiras”, segundo se assinala à fl. 2, item 6.

3/ Cuida-se da lei das sociedades cooperativas. O dispositivo apontado tem a seguinte redação: “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. § 1º O estatuto poderá criar outros órgãos necessários à administração. § 2º A posse dos administradores e conselheiros fiscais das cooperativas de crédito e das agrícolas mistas com seção de crédito e habitacionais fica sujeita à prévia homologação dos respectivos órgãos normativos.”

administradas tão-somente por uma diretoria ao invés de conselho de administração;

- b) é legítima a previsão, no estatuto social, da existência concomitante de conselho de administração e diretoria executiva, conforme pronunciamento anterior desta Procuradoria-Geral consubstanciado no Parecer 2000/00676 (Dejur/PRBAD);
- c) em tal cenário, o conselho de administração figuraria como o órgão encarregado da administração da cooperativa de crédito exigido pela lei, com estrita observância dos requisitos de composição e funcionamento (participação exclusiva de sócios eleitos diretamente pelos cooperados), ocupando posição imediatamente inferior à assembléia-geral no organograma da sociedade;
- d) logo abaixo viria a diretoria executiva, configurada como órgão meramente estatutário e liberto daquelas amarras legais, podendo ser composta tanto por administradores contratados, alheios ao quadro societário (gestão profissional), quanto por associados que não sejam membros do conselho; em qualquer caso estaria dispensada a eleição dos diretores pela assembléia-geral; e
- e) tal construção ampara-se nos seguintes dispositivos da Lei nº 5.764, de 1971: § 1º do art. 47, que autoriza o estatuto a criar “outros órgãos necessários à administração”; art. 21, inciso V, que determina a indicação, no estatuto, do “modo de administração e fiscalização, estabelecendo os respectivos órgãos, com definição de suas atribuições, poderes e funcionamento”; e art. 49, que faz referência a “administradores eleitos ou contratados”.

6. Com esses esclarecimentos, vieram os autos para a manifestação desta Procuradoria-Geral.

## APRECIACÃO

### O Parecer 2000/00676 (Dejur/PRBAD)

7. O Parecer 2000/00676 (Dejur/PRBAD)<sup>4</sup>, lembrado pelos consultentes, concluiu pela viabilidade jurídica da coexistência de conselho de administração e diretoria, caso em que estaria dispensada a eleição e destituição dos diretores em assembléia-geral. Segue-se, em apertada síntese, a linha de argumentação empregada:

- a) órgão é a unidade integrante da pessoa jurídica por meio do qual ela atua nos atos e fatos jurídicos que pratica e nos negócios jurídicos que celebra, conforme previsto no ato constitutivo da sociedade;
- b) a existência de um órgão de direção da cooperativa é obrigatória, independente do nome pelo qual seja estatutariamente designado e conhecido, com inderrogável competência da assembléia-geral para eleição e destituição de seus membros;
- c) é comum a divisão de funções entre dois ou mais órgãos de direção na estrutura orgânico-administrativa das sociedades, como é o caso da presença de conselho de administração e diretoria;
- d) com a divisão funcional, o conselho de administração é composto por membros eleitos pela assembléia-geral, cabendo-lhe a fixação da orientação geral dos negócios, definição da política e da estratégia de atuação da pessoa jurídica, assim como a fiscalização do proceder dos diretores;
- e) por sua vez, a diretoria consiste na reunião de alguns dos conselheiros que desempenham atribuições concernentes à administração ordinária e casuística da sociedade, além de terem voz e voto no conselho de administração; e
- f) por isso, a eleição dos diretores pode ser deixada a cargo do conselho de administração, ao invés da assembléia-geral, eis que os nomes dos conselheiros já terão passado pelo crivo da deliberação dos cooperados.

---

4/ Da lavra de Nelson Alves de Aguiar Junior, com despachos de Norma do Rego Monteiro Ferreira e de Ailton César dos Santos.

8. Note-se que as convicções perfilhadas invocam o método de interpretação sistemática da lei e partem do pressuposto de que os diretores devem necessariamente ser membros do conselho de administração; pois, do contrário, não poderia deixar de haver a respectiva eleição direta pela assembléia-geral.

9. O precedente também se reporta à Resolução nº 12, de 23 de abril de 1974, do Conselho Nacional de Cooperativismo<sup>5</sup>, que, à guisa de interpretação, deliberou:

I – Nos termos do artigo 47 da Lei nº 5.764, de 16/12/1971, a SOCIEDADE COOPERATIVA será administrada por um dos seguintes órgãos:

- a) Diretoria;
- b) Conselho de Administração, em que todos os componentes tenham funções de direção;
- c) Conselho de Administração constituído por uma Diretoria-Executiva e por membros vogais.

II – A renovação obrigatória, referida no artigo 47 da Lei nº 5.674, de 16/12/1971, só se aplica aos Membros do Conselho de Administração.

III – No caso previsto na *alínea c* do item I, o terço obrigatório renovável será computado sobre o total dos Membros do Conselho, mas todos os Diretores poderão ser reeleitos.

10. Portanto, acaso fosse considerada apenas a manifestação anterior dessa Procuradoria-Geral, a consulta formulada já poderia ser respondida da seguinte maneira: **conquanto seja viável a criação de órgãos de administração de natureza estatutária – é o que acontece quando o estatuto prevê a coexistência de conselho de administração e diretoria executiva –, seus membros não podem ser administradores contratados, pois devem ostentar a qualificação de cooperados; e a respectiva eleição direta pela assembléia-geral somente é dispensável quando a escolha dos diretores, feita pelo conselho de administração, recaia entre os próprios componentes deste colegiado.**

11. Sem embargo, julgo ser conveniente e oportuno analisar a consistência da tese ventilada pelos consulentes, pois, em virtude de terem conferido exegese diversa aos preceitos legais, alcançaram resultado parcialmente divergente das premissas adotadas no precedente.

---

5/ Ato normativo ainda vigente e eficaz, no entender do parecerista, por força da parte final do parágrafo único do art. 97 da Lei nº 5.764, de 1971, até que o Conselho Monetário Nacional venha a editar resolução que trate especificamente da estrutura orgânico-administrativa das cooperativas de crédito.

## Governança corporativa

12. Relativamente recente, o movimento de *corporate governance*, que no Brasil convencionou-se denominar governança corporativa, é originária dos Estados Unidos e da Inglaterra, conforme o magistério de Fábio Ulhoa Coelho:

As raízes desse movimento se encontram na iniciativa do *American Law Institute* (ALI), adotada em 1978, de estimular a discussão sobre a maneira mais adequada de gerir negócios explorados em sociedade. Uma série de eventos e estudos foi desenvolvida em decorrência dela, que motivou e mobilizou diversos juristas, advogados e entidades profissionais estadunidenses. Em 1994, a ALI publicou, como resultado dos esforços desenvolvidos ao longo de dezesseis anos, os *Principles of corporate governance*. Dois anos antes, porém, no Reino Unido, foi publicado o documento mais conhecido e tido por pioneiro no movimento, o relatório Cadbury, [...] (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2, p. 319-320)

13. O IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa<sup>6</sup> oferece a seguinte definição de governança corporativa:

sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os relacionamentos entre Acionistas/Cotistas, Conselho de Administração, Diretoria, Auditoria Independente e Conselho Fiscal. As boas práticas de governança corporativa têm a finalidade de aumentar o valor da sociedade, facilitar seu acesso ao capital e contribuir para a sua perenidade.

14. A Comissão de Valores Mobiliários, a seu turno, assim conceitua a expressão:

Governança corporativa é o conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, tais como investidores, empregados e credores, facilitando o acesso ao capital. A análise das práticas de governança corporativa

---

6/ O IBGC se autodefine como sociedade civil de âmbito nacional, sem fins lucrativos, que “tem o propósito de ser a principal referência nacional em governança corporativa; desenvolver e difundir os melhores conceitos e práticas no Brasil, contribuindo para o melhor desempenho das organizações e, conseqüentemente, para uma sociedade mais justa, responsável e transparente”. Com esses propósitos, edita o Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, disponível para *download* no endereço <http://www.ibgc.org.br/CodigoMelhoresPraticas.aspx>, acesso em 28 fev. 2008.

aplicada ao mercado de capitais envolve, principalmente: transparência, equidade de tratamento dos acionistas e prestação de contas.<sup>7</sup>

15. A crescente preocupação com boas práticas de governança nas sociedades empresárias interessa não somente à Administração ou à Economia, mas também ao Direito, por sua capacidade de prevenir conflitos entre as **partes interessadas** na sociedade<sup>8</sup>. Ademais, por imperativo de segurança jurídica, seus valores, quando não definidos em lei, podem e devem ser fixados mediante vínculo contratual ou estatutário, de modo que gozem da proteção legal e da garantia de seu cumprimento<sup>9</sup>.

16. Com relação às cooperativas de crédito, importa verificar se determinadas medidas de governança corporativa, acaso introduzidas pela via contratual ou estatutária, seriam compatíveis com o ordenamento jurídico próprio deste segmento econômico.

### Princípios universais do cooperativismo

17. O cooperativismo como entidade associativa encontra sua raiz histórica no ano de 1844, quando 28 tecelões de Rochdale, Inglaterra, reuniram-se para fundar a *Rochdale Society of Equitable Pioneers* (Sociedade dos Probos Pioneiros de Rochdale). Eles buscavam, na união de esforços e objetivos comuns, formas de melhorar sua situação econômica em meio ao conturbado período histórico em que viviam, em plena Revolução Industrial. Desde aquele primeiro momento foram estabelecidos princípios que ainda hoje orientam essa forma associativa, dizendo respeito:

---

7/ Disponível em <http://www.cvm.gov.br/port/public/publ/cartilha/cartilha.doc>, acesso em 28/2/2008.

8/ “Partes interessadas” (*stakeholders*), de acordo com o Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa do IBGC, “são indivíduos ou entidades que assumam algum tipo de risco, direto ou indireto, em face da sociedade. São elas, além dos acionistas, os empregados, clientes, fornecedores, credores, governos, entre outros. O executivo principal (CEO) e os demais diretores são responsáveis pelo relacionamento transparente com as partes interessadas.

9/ Essa é a prática adotada, p.ex., no “Novo Mercado”, segmento de listagem da Bolsa de Valores de São Paulo – Bovespa, cujo regulamento prevê compromissos societários (de adesão voluntária) que garantam maior equilíbrio de direitos entre todos os acionistas, impondo às empresas que dele participam: ter e emitir exclusivamente ações ordinárias, com direito a voto para todos os acionistas; em caso de venda do controle acionário, o comprador estenderá a oferta de compra a todos os demais acionistas, assegurando-se o mesmo tratamento dado ao controlador vendedor (*tag along*); o Conselho de Administração deve ser composto por, no mínimo, cinco membros, dos quais no mínimo 20% devem ser independentes, sem vínculo com a companhia; divulgar informações que auxiliam na avaliação sobre o valor da companhia; não ter partes beneficiárias.



1) ao governo da sociedade mediante eleição, em assembléias gerais dos associados; 2) à livre adesão e demissão dos sócios; 3) ao direito de um voto por associado; 4) ao pagamento de juros limitados ao capital; 5) à distribuição de ganhos proporcionalmente às compras, efetuada depois de descontadas as despesas de administração – juros correspondentes às quotas-partes, à porcentagem de depreciação das mercadorias inventariadas, à quota de reserva para aumento de capital destinado à extensão das operações e à porcentagem à educação. (LADEIRA DE ALMEIDA, Maria Cecília. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, p. 167 *apud* REIS JÚNIOR, Nilson. **Aspectos Societários das Cooperativas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 25-31)

18. Os valores fundamentais dessa forma associativa foram reafirmados e revisados em congressos realizados nos anos de 1937, 1966 e 1995, pela entidade catalisadora do cooperativismo no mundo, a Aliança Cooperativa Internacional. No encontro de 1995, ocorrido em Manchester, Inglaterra, os enunciados foram reformulados de modo a agregar uma base ética e filosófica consentânea com os novos tempos e dificuldades enfrentadas pelo cooperativismo mundial, embora mantendo-se fiéis às premissas originais de *Rochdale*.

19. Dessarte, na última revisão foram elencados os seguintes princípios do cooperativismo, por ordem de importância: 1º – adesão livre e voluntária; 2º – **administração democrática exercida pelos sócios**; 3º – participação econômica dos sócios; 4º – autonomia e independência; 5º – educação, treinamento e informação; 6º – cooperação entre cooperativas; e 7º – preocupação com a comunidade.

20. Estudo realizado pela Aliança Cooperativa Internacional 10 anos após a última revisão dos princípios revela que aquele congresso de 1995 buscara fazer frente aos desafios da globalização e à crise ideológica então vivida pelo cooperativismo mundial. Suas razões remontam, em parte, ao relatório da mesma entidade apresentado no Congresso de Moscou (1980), que reconheceu, a partir do exame do desenvolvimento histórico das cooperativas em diversos países, três fases de crescimento e modificações, correspondentes a três crises a enfrentar e superar:

- a) **crise de credibilidade**, em que as primeiras cooperativas tinham de provar sua viabilidade como organização econômica;

- b) **crise de administração**, pois quando foram reconhecidas pela sua utilidade e valor, as cooperativas sofreram o estigma de sociedades mal administradas e, para sobreviver, necessitaram de profissionalizar seus quadros técnicos e gerenciais; e
- c) **crise ideológica**, pois a adoção de métodos de gestão profissional por tecnocratas acabou por distanciar as cooperativas de seus princípios e de seus próprios associados, passando-se a questionar seus propósitos e se estavam satisfazendo seu papel específico como atividade econômica original<sup>10</sup>.

## Cooperativismo e democracia

21. O segundo princípio de Manchester – administração democrática exercida pelos sócios – é o que mais interessa ao presente exame, contendo o seguinte enunciado:

Cooperativas são organizações controladas democraticamente pelos sócios, os quais participam ativamente na fixação de suas políticas e na tomada de decisões. Os homens e mulheres eleitos para representar e administrar as cooperativas são responsáveis perante os sócios. Nas cooperativas de primeiro grau [singulares], os sócios têm direitos iguais de voto (um sócio, um voto), e as cooperativas de outros graus são também organizadas de forma democrática.<sup>11</sup>

22. Cuidou-se de robustecer o **caráter democrático**, outrora sintetizado na máxima “um sócio, um voto”<sup>12</sup>, que encerra premissa fundamental

10/ Cf. LAIDLAW, A. F. *As cooperativas no ano 2000*: relatório da Aliança Cooperativa Internacional – ACI, apresentado no XXVII Congresso de Moscou 1980. Tradução de Valdir Carlos Sarapu. Belo Horizonte: Organização das Cooperativas do Estado de Minas Gerais, 198(?). 88 p. (Coleção Ato Cooperativo nº 1). *Vide* também a apresentação “*Co-operative principles ten years on*”, disponível no endereço eletrônico <http://www.ica.coop/calendar/ga2005/birchallkey.pdf>, acesso em 26 fev. 2008.

11/ A redação original é a seguinte: “*Co-operatives are democratic organisations controlled by their members, who actively participate in setting their policies and making decisions. Men and women serving as elected representatives are accountable to the membership. In primary co-operatives members have equal voting rights (one member, one vote) and co-operatives at other levels are also organised in a democratic manner.*” Ao verter os princípios para o espanhol e o francês, a própria Aliança Cooperativa Internacional traduziu o verbo “*controlled*” por “*gestionadas*” e “*dirigées*”, respectivamente (textos disponíveis no endereço eletrônico <http://www.ica.coop/coop/principles/coopidentitylanguages.pdf>, acesso em 26 fev. 2008)

12/ No regime da Lei nº 5.764/71, essa síntese corresponde ao disposto no art. 42, pelo qual “Nas cooperativas singulares, cada associado presente não terá direito a mais de 1 (um) voto, qualquer que seja o número de suas quotas-partes.” (redação dada pela Lei nº 6.981, de 30/03/82).

propugnada desde as origens do movimento cooperativista. A idéia subjacente à nova formulação do princípio é a de que o verdadeiro escopo da democracia cooperativa, longe de se circunscrever às deliberações da assembléia-geral, está na efetiva participação dos cooperados na condução dos negócios.

23. Como visto, desde 1980 a Aliança Cooperativa Internacional expressara sua preocupação com a já referida crise de administração nas cooperativas, que inelutavelmente conduzia à crise ideológica, tendo afirmado, *verbis*:

O que argumentamos neste estudo é que o princípio de Rochdale, por mais conhecido, fundamental e indispensável que possa ser, representa apenas um aspecto da democracia cooperativa, pois, na verdade, o caráter democrático das cooperativas manifesta-se e prova-se em várias outras circunstâncias além das assembléias gerais de seus membros.

Vejamos, mais de perto, os diferentes critérios segundo os quais poder-se-á julgar o caráter democrático de uma organização cooperativa.

[...]

– Em uma cooperativa que é de fato democrática, somente os societários, os verdadeiros utilizadores do serviço, têm o direito de designar e eleger os dirigentes e o conselho de administração.

[...]

– A democracia se desenvolve melhor em uma organização na qual não há um poder dominante emanado de uma só pessoa, elite, ou pequeno grupo. As decisões importantes são tomadas em uníssono no lugar de obedecer a uma ordem hierárquica. O elevado grau de democracia se mede pela quantidade de decisões tomadas, originadas por sugestões feitas na base, pelo societariado.

– Em uma democracia, os profissionais, os especialistas e os tecnocratas são consultados, dão conselhos e fazem recomendações, mas as decisões são tomadas pelos que se encontram na instância dos eleitos.

[...]

Concluiríamos dizendo que a noção de democracia se exprime, palpavelmente, através de todos os aspectos da organização cooperativa e não somente na Assembléia Geral segundo a regra ‘um homem – um voto’. A cooperativa ideal do futuro não será uma hierarquia de poderes, fechada em si mesma, **mas uma organização com essência democrática, tanto em sua estrutura, quanto em seu funcionamento.** (LAIDLAW, A. F. *op. cit.*, p. 42-43, sem os negritos no original)

24. Essas informações, de indiscutível relevância histórica e dogmática, guardam estreita correlação com a disciplina jurídica do cooperativismo em nosso País – Lei nº 5.764, de 1971. Neste ponto, nosso diploma legislativo – que por sinal está em sintonia com o segundo princípio de Manchester e sua etiologia –, assentou, com força cogente, as premissas democráticas imanentes às sociedades cooperativas, conforme se extrai dos seguintes dispositivos (alguns já referidos pelas unidades consulentes):

Art. 21. O estatuto da cooperativa, além de atender ao disposto no artigo 4º, **deverá indicar:**

[...]

V - **o modo de administração e fiscalização, estabelecendo os respectivos órgãos, com definição de suas atribuições, poderes e funcionamento, a representação ativa e passiva da sociedade em juízo ou fora dele, o prazo do mandato, bem como o processo de substituição dos administradores e conselheiros fiscais;**

[...]

Art. 39. É da **competência das Assembléias Gerais, ordinárias ou extraordinárias, a destituição dos membros dos órgãos de administração ou fiscalização.**”

“Art. 44. A **Assembléia Geral Ordinária, que se realizará anualmente nos 3 (três) primeiros meses após o término do exercício social, deliberará sobre os seguintes assuntos que deverão constar da ordem do dia:**

[...]

III – **eleição dos componentes dos órgãos de administração, do Conselho Fiscal e de outros, quando for o caso;**”

[...]

“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.

§ 1º O estatuto poderá criar outros órgãos necessários à administração.

Art. 48. **Os órgãos de administração podem contratar gerentes técnicos ou comerciais, que não pertençam ao quadro de associados, fixando-lhes as atribuições e salários.**” (os negritos foram acrescidos)

25. Pode-se reconhecer, lastreando-se na lei de regência e nos valores cooperativistas mundialmente reconhecidos, que esse aspecto democrático possui conteúdo material e axiológico que se irradia, com força normativa, sobre toda a disciplina jurídica das cooperativas, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988. A propósito, Waldirio Bulgarelli ensina:

Numa visão geral esses princípios exprimem o alto sentido social do sistema cooperativo. **As cooperativas desta forma, se apresentam como entidades de inspiração democrática, em que o capital não constitui o determinante da participação associativa**, mas, mero instrumento para a realização dos seus objetivos; **elas são dirigidas democraticamente e controladas por todos os associados**; não perseguem lucros e seus excedentes são distribuídos proporcionalmente às operações de cada associado; nelas se observa a neutralidade político-religiosa, o capital é remunerado por uma taxa mínima de juros e os hábitos de economia dos associados são estimulados pelas aquisições a dinheiro, dando-se destaque ao aperfeiçoamento do homem, pela educação. (BULGARELLI, Waldirio. **As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 12-13, sem os destaques)

26. Em monografia voltada ao cotejo dos princípios constitucionais e do cooperativismo, Amélia do Carmo Sampaio Rossi afirmou:

[...] O princípio do controle democrático pelos membros, por sua vez, propugna que as cooperativas são necessariamente organizações permeadas pela democracia, em que os cooperados devem participar dos órgãos de direção e de representação da cooperativa. O cooperativismo contribui, nesse sentido, para a formação do indivíduo na práxis democrática, estimulando a idéia de democracia participativa.” (ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Cooperativismo à luz dos princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 137)

## Democracia e governança corporativa

27. O controle democrático, evidentemente, não está imune às críticas, como a possibilidade de o poder ser exercido por uma minoria mais atuante, em consequência dos baixos índices de comparecimento às reuniões da assembléia-geral; ou pela capacidade de lesar os interesses de minorias em decorrência do processo de tomada de decisões (princípio majoritário). Há muito se observa o risco de regimes democráticos degenerarem-se em governos tirânicos em que o poder é exercitado com o apoio da maioria eventual ou de grupos com maior expressão política<sup>13</sup>.

28. Em relação às cooperativas de crédito, anota Vergílio Frederico Perius, *verbis*:

A análise dos riscos decorrentes da adoção do princípio da maioria mostra a necessidade de um controle mais efetivo e uma participação de maior atuação dos sócios nas assembléias gerais. Como sociedade de pessoas e de natureza civil, a cooperativa chama a uma contribuição pessoal em vista de que o *affectio societatis* está em função do *intuitus personarum* e não do capital. O critério de um voto único por pessoa revela o caráter da personalidade e afasta também o perigo de uma administração constituída pelos economicamente mais fortes. (PERIUS, Vergílio Frederico. *Cooperativismo e Lei*. Curitiba: Unisinos, 2001. p. 142, sem os destaques)

29. Entre as muitas soluções indicadas para preservar a essência da democracia, ganha primazia a proteção eficaz das minorias contra os atropelos das maiorias. Ora, essa é precisamente uma das finalidades da governança corporativa, que busca na equidade de tratamento dos sócios uma forma de prevenir o surgimento de conflitos. Daí emerge a importância da adoção dessas medidas no seio de sociedades cooperativas, as quais, por sua índole, devem buscar na **vontade geral dos cooperados** o fator legitimante de sua própria existência.

---

13/ As críticas são comuns aos governos de países ou de entidades representativas, pois referem-se a características inerentes ao regime democrático. Rousseau já afirmava: "processos de tomada de decisão coletivos são basicamente opressivos, a não ser que haja alguma conexão interna entre a vontade individual dos cidadãos e a vontade geral da coletividade." (POST, Robert C. *Democracia e Igualdade*. In: *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, Ano 1, nº 3, jul./set. 2006, p. 3-15).

## Órgãos de administração - art. 47 da Lei nº 5.764, de 1971

30. O art. 47, *caput*, do estatuto cooperativista, ao prescrever como uma cooperativa deve ser administrada, parte logo do pressuposto de que conselho de administração e diretoria são necessariamente órgãos de administração.

31. Essa perspectiva infirma a exegese daquele preceito normativo proposta pelos consulentes – no sentido de que a presença do conselho de administração daria viabilidade à composição da diretoria executiva por gestores contratados ou por sócios que, sem integrarem o conselho, não fossem eleitos pela assembléia-geral. E o motivo é singelo: ainda que a gestão superior da cooperativa seja repartida entre aqueles dois órgãos, ambos continuariam ostentando a natureza de **órgãos de administração**, sobre eles incidindo o preceito cogente do art. 44, inciso III, da Lei nº 5.764, de 1971.

32. Não é sem razão que os administradores sujeitam-se a regime jurídico específico sobre requisitos, impedimentos, investidura, remuneração, deveres e responsabilidade; e ainda, na forma do art. 53 da Lei das Cooperativas, são eles equiparados aos seus congêneres nas sociedades anônimas para o efeito de responsabilidade criminal. Ademais, o art. 145 da Lei das SAs (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976) define administradores como sendo os conselheiros e os diretores<sup>14</sup>.

33. A leitura do § 1º do art. 47 da Lei das Cooperativas – que faculta a criação, pelo estatuto, de “outros órgãos necessários à administração” – comporta pelo menos duas possibilidades interpretativas: a primeira, que a norma está se referindo à criação de **outros órgãos de administração** afora conselho de administração e diretoria; a **segunda**, que o preceito está autorizando a criação de órgãos auxiliares, de apoio à gestão superior, por isso **necessários à administração**.

34. Em se aquiescendo que ambas as hipóteses sejam compatíveis com a dicção legal, a primeira delas não destoaria do quanto foi até aqui aduzido, pois os **outros órgãos de administração** estariam igualmente jungidos à composição exclusiva de sócios eleitos pela assembléia-geral (sempre de acordo com o multicitado art. 44, inciso III, da Lei nº 5.764, de 1971), eis que não deixariam de ser órgãos de administração. Entretanto, essa perspectiva perde terreno quando

---

14/ “Art. 145. As normas relativas a requisitos, impedimentos, investidura, remuneração, deveres e responsabilidade dos administradores aplicam-se a conselheiros e diretores.”

se procura antever seus efeitos práticos, pois a instituição de um **terceiro órgão** na estrutura administrativa da sociedade envolveria incremento da complexidade decisória, com elevadas chances de gerar conflitos de poder e sobreposição de atribuições, além de se distanciar da estrutura orgânico-administrativa tradicional das pessoas jurídicas.

35. Ao revés, ganha força a exegese que enxerga na expressão **outros órgãos necessários à administração** a possibilidade de criar unidades de apoio, auxiliares, com o objetivo de subsidiar o processo de tomada de decisões pelos órgãos de administração. A lei estaria autorizando a criação de órgão que, por estar incluído no estatuto social: (a) é alçado ao *status* de imprescindível (“necessário”) à administração da cooperativa; e (b) ocupa posição privilegiada na estrutura orgânica da pessoa jurídica, em respeito à deliberação soberana do órgão de cúpula da sociedade<sup>15</sup>.

36. Esta segunda possibilidade interpretativa correlaciona-se com o desdobramento administrativo da sociedade<sup>16</sup>, circunstância que, a rigor, independe de previsão no estatuto social. Como assevera Fábio Ulhoa Coelho, a organização da estrutura administrativa abaixo do nível de diretoria “**é assunto irrelevante para o direito societário; cada sociedade se estrutura e se reestrutura como e quando quer, documentando-se com maior, menor ou nenhuma formalidade**”<sup>17</sup>. Corolário lógico é que o tema normalmente se insere no poder de gestão do órgão de administração superior, que pode legitimamente criar, extinguir ou modificar seus órgãos auxiliares.

37. Contudo, se a validade de tais assertivas é incontestante perante as sociedades empresárias, não se pode dizer o mesmo em relação às cooperativas; pois a inclusão de outro órgão no estatuto além da diretoria e conselhos de administração e fiscalização adquire relevância jurídica por força da norma legal específica. Criado o órgão estatutário, o poder de gestão dos administradores termina por ser restringido, porquanto eles não terão liberdade para alterar a estrutura orgânica da cooperativa em relação àquela unidade em particular.

---

15/ Para constar do estatuto social, a criação do órgão há de ser deliberada pela assembleia-geral dos fundadores, no caso de ato constitutivo, ou pela assembleia-geral extraordinária, no caso de reforma do estatuto, consoante o disposto nos arts. 15, inciso III, e 46, inciso I, ambos da Lei nº 5.764/71.

16/ Como a sociedade se divide em superintendências, gerências, coordenadorias, departamentos, seções, chefias, etc.

17/ *Op. cit.*, p. 191.



38. Obviamente que essa unidade, sendo **necessária à administração**, mas não se qualificando como **órgão de administração**, poderia ser composta por profissionais contratados e indicados pelo conselho de administração, sem poder decisório, com funções de assessoramento.

### Autogestão nas cooperativas

39. Em sede doutrinária, diversos autores se posicionam no sentido de que o preenchimento dos cargos de administração é reservado aos sócios eleitos pelos seus pares, conforme se depreende dos seguintes excertos:

14.3 Os integrantes da administração – como de todos os órgãos sociais – deverão ser obrigatoriamente associados, dispondo a Lei sobre a obrigatoriedade de eleições para o preenchimento dos cargos administrativos, [...]

14.5 O exercício dos cargos de direção das sociedades cooperativas não pode ser equiparado à direção de sociedades de outra natureza, mormente as comerciais. A investidura na direção de uma cooperativa não inibe que os diretores mantenham a realização de atos cooperativos. Exige a Lei, ademais, que os cargos sejam preenchidos **exclusivamente por associados**. (LIMA, Reginaldo Ferreira. **Direito Cooperativo Tributário: comentários à lei das sociedades cooperativas**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 144-145, sem os negritos)

– A autogestão, como característica da cooperativa, como se poderá ver da Declaração sobre a Identidade Cooperativa, aposto pela Aliança Internacional Cooperativa (ver no sítio [www.coop.org](http://www.coop.org)), é uma exigência do tipo societário, de forma que **não é possível adotar-se, ainda que se aponto no estatuto da cooperativa, a gestão por parte de pessoas contratadas, como representantes das cooperativas**. (SIQUEIRA, Paulo César Andrade. **Direito Cooperativo Brasileiro: comentários à Lei nº 5.764/71**. São Paulo: Dialética, 2004. p. 124, grifado)

– Pode a sociedade cooperativa adotar como órgão de gestão uma Diretoria ou um Conselho de Administração, ou, ainda, os dois conjunta ou separadamente, embora a primeira seja mais freqüente em que o Conselho de Administração é composto pelos diretores e pelos demais membros, também chamados conselheiros vogais ou de administração.

A única exigência que faz o art. 47, na composição, é que os membros desses órgãos sejam cooperados, impedindo que terceiros deles participem.” (MIRANDA, André Branco de. Dos órgãos sociais. In: KRUEGER, Guilherme; MIRANDA, André Branco de (Coords.). *Comentários à Legislação das Sociedades Cooperativas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. tomo I, p. 240, destaques acrescentados)

40. Essa mesma compreensão do tema é perfilhada por Alcenor Pagnussatt (*Guia do cooperativismo de crédito: organização, governança e políticas corporativas*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2004. p. 118)<sup>18</sup>, Vergílio Frederico Perius (*Op. cit.*, p. 113) e Nilson Reis Júnior (*Op. cit.*, p. 104). Registre-se, todavia, a opinião dissonante de Jefferson Nercolini Domingues, para quem:

Há cooperativas que são compostas de Conselho de Administração, onde mensalmente todos os eleitos se reúnem para discutir os assuntos que envolvem toda a sociedade. Nestas, os executores das deliberações do Conselho de Administração podem ser administradores contratados nomeados, sendo que os membros eleitos geralmente não exercem a função executiva. Outras cooperativas optam pela composição através de uma Diretoria, onde os Diretores eleitos atuam diariamente, com função executiva, deliberando e executando as tarefas normais de gestão. Neste caso, a Diretoria contrata auxiliares de gestão, tais como gerentes, superintendentes, etc. **Não há impedimento, entretanto, que mesmo havendo cooperativa com órgão de administração denominado de Diretoria, que esta tenha Diretores contratados e nomeados pela Diretoria eleita.** (MEINEN, Ênio; DOMINGUES, Jefferson Nercolini; DOMINGUES, Jane Aparecida Stefanis. *Cooperativas de crédito no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. p. 62, negritos acrescentados)

41. Alinhando-me à doutrina majoritária, mas mantendo em perspectiva tanto o direito positivo vigente quanto os princípios do cooperativismo mundial, tenho ser inevitável concluir que o regime instituído para as cooperativas é o de autogestão, malgrado possa ele revelar-se ultrapassado diante dos apelos das

18/ A página da internet do Banco Central do Brasil noticia que esse autor participou do I Seminário Banco Central sobre Microfinanças, realizado em Curitiba, nos dias 07 e 08 de julho de 2003, na qualidade de Diretor-Presidente do Sicredi Serviços - Confederação das Cooperativas de Crédito ligadas ao SICREDI, que congrega as cooperativas de crédito dos estados do Rio Grande do Sul, Paraná, Mato Grosso do Sul e Mato Grosso. ([http://www.bcb.gov.br/htms/Deorf/ISeminarioMicrofinancas/paginas/04\\_2C\\_Alcenor.asp?idpai=semicrofin1](http://www.bcb.gov.br/htms/Deorf/ISeminarioMicrofinancas/paginas/04_2C_Alcenor.asp?idpai=semicrofin1), acesso em 5 mar. 2008)

técnicas gerenciais desenvolvidas nas últimas décadas, especialmente em face das práticas de governança corporativa recomendadas.

42. Em uma proposição: veda-se a escolha de administradores – assim compreendidos os componentes dos órgãos de administração com poderes decisórios, sobretudo conselheiros e diretores – que não sejam cooperados.

### A questão dos administradores contratados – art. 48 da Lei nº 5.764, de 1971

43. O art. 48 da Lei nº 5.764, de 1971, autoriza os órgãos de administração a contratarem diretamente “gerentes técnicos ou comerciais, que não pertençam ao quadro de associados, fixando-lhes as atribuições e salários”.

44. A doutrina costuma ressaltar a ociosidade dessa norma, uma vez que a cooperativa teria esta faculdade independentemente de previsão legal. Por isso, ainda que de forma indiciária, a simples presença da ressalva dispensando a condição de sócio para trabalhar como gerente da cooperativa vem em reforço da necessidade de os componentes dos órgãos de administração serem sócios-cooperados. Essa circunstância não passou despercebida por André Branco de Miranda, que anotou:

Como todo o quadro da administração estatutária é de acesso exclusivo aos cooperados, permite a lei que a sociedade contrate gerentes técnicos ou comerciais para a execução direta da administração, porém subordinada aos diretores ou conselheiros, conforme o caso.

O dispositivo legal é redundante, uma vez que não estaria as cooperativas impedidas da contratação de gerentes se inexistisse a autorização prevista no art. 48, como, aliás, faz qualquer sociedade, empresária ou não. Porém, **deve-se atentar que o artigo, ainda que de forma permissiva, pode trazer outros contornos de interpretação.**

Ao dispor a faculdade da contratação de gerentes, reconhece a legislação, embora existam muitas exceções, uma característica da administração societária das cooperativas, que é a não-qualificação ou não-formação técnica em gestão. [...]

Como os cooperados eleitos podem não ter o preparo da técnica da administração adequada para gerir a cooperativa, faculta a lei que esta contrate profissionais especializados para assessorá-los. (*Op. cit.*, p. 251, grifado)

45. No mesmo sentido, Paulo César Andrade Siqueira comenta o artigo:

As administrações de cooperativas, por serem de profissionais nem sempre envolvidos com a Ciência da Administração, podem e devem contratar assessorias especializadas, que, no entanto, **jamais poderão deixar de ser exatamente isso**, assessoria de um administrador estatutário que ele, administrador, terá a responsabilidade pelos atos de sua gestão. (*Op. cit.*, p. 126, grifado)

### Cenários alternativos

46. Na inviabilidade jurídica da solução técnica reputada ideal em termos de boas práticas de governança corporativa, como seria a proposta formulada pelos consulentes, a oferta de alternativas – que no fundo soarão como meros paliativos –, além de sujeitarem-se a fundadas críticas, podem se revelar insuficientes para atingir os resultados inicialmente almejados. Sem embargo, passo a discorrer, ainda que brevemente e a título de sugestão, sobre algumas possibilidades.

### Modificação legislativa

47. Por sua aptidão em propiciar segurança jurídica, a melhor solução seria pela via da modificação legislativa, de sorte que a própria lei passasse a admitir expressamente a contratação de diretores. Nesse sentido o art. 39 do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 171, de 1999, que estava assim redigido:

Art. 39. A diretoria será composta por, no mínimo, 2 (dois) diretores, **associados ou não, eleitos e destituídos pelo conselho de administração**, competindo ao estatuto fixar:

I – número de diretores;

II – forma de substituição;

III – prazo de gestão;

IV – atribuições e poderes dos diretores;

V – forma da tomada de decisões;

VI – forma de alienação de bens móveis. (negritos acrescentados)

48. No entanto, essa proposição legislativa, que tramitava no Senado Federal, restou arquivada em 22 de janeiro de 2007, ao final da 52ª Legislatura (2003-2007)<sup>19</sup>.

### A Resolução nº 12, de 1974, do Conselho Nacional de Cooperativismo

49. A Lei nº 5.764, de 1971, no art. 97, outorgou ao Conselho Nacional de Cooperativismo (CNC) poderes para “editar atos normativos para a atividade cooperativista nacional” (inciso I) e “baixar normas regulamentadoras, complementares e interpretativas, da legislação cooperativista” (inciso II).

50. Embora suas resoluções continuem orientando a atividade, o CNC foi extinto com a reformulação do Ministério da Agricultura pela Lei nº 8.028, de 12 de abril de 1990<sup>20</sup>, tendo editado, ao longo de sua existência, 34 resoluções, das quais 7 já haviam sido revogadas até 1987, ano em que baixou seu último ato normativo. Rememore-se que as atribuições daquele conselho não se estendiam às cooperativas de crédito e às seções de crédito das cooperativas agrícolas mistas, naquilo que fossem regidas por regulamentação própria, de competência do Conselho Monetário Nacional, como resulta da conjugação do parágrafo único do art. 97 com o art. 103 da Lei das Cooperativas.

51. No que concerne especificamente à Resolução CNC nº 12, de 1974, o Parecer 2000/00676 (Dejur/PRBAD) assinalou que ela “se aplica às cooperativas de crédito si et in quantum o Conselho Monetário Nacional não editar resolução que trate especificamente de sua estrutura orgânico-administrativa”.

52. Dessa forma, afigura-se viável juridicamente a edição de norma pelo Conselho Monetário Nacional que assegure **plena liberdade de auto-organização** às cooperativas de crédito, especialmente no que se refere à coexistência de conselho de administração e diretoria executiva como órgãos autônomos, **sem diretores escolhidos entre os membros daquele colegiado**, muito embora a composição de ambos deva resultar, invariavelmente, de eleição de cooperados pela assembléia-geral, nos termos da lei.

---

19/ Fonte: consulta à tramitação de matérias na página da internet do Senado Federal ([www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br), acesso em 5 mar 2007).

20/ Cf. KRUEGER, Guilherme. *Comentários à legislação das sociedades cooperativas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. Tomo I, p. 474-475.

---

## CONCLUSÃO

53. Em resumo:

- a) o caráter democrático ocupa posição proeminente na história do movimento cooperativista mundial e consigna valores que se irradiam por toda a disciplina jurídica destas sociedades;
- b) o segundo princípio cooperativista mundial proclama a necessidade das cooperativas serem administradas democraticamente pelos seus membros, de forma a preservar os valores cooperativistas e a proximidade com os cooperados;
- c) as práticas recomendadas de governança corporativa assumem especial relevo quando se considera sua similitude teleológica com o caráter democrático das sociedades cooperativas;
- d) a transposição de medidas de governança corporativa que foram elaboradas em função das sociedades empresárias para as cooperativas de crédito impõe sua conciliação com a disciplina jurídica peculiar a estas entidades;
- e) na qualidade de órgãos de administração, tanto o conselho de administração quanto a diretoria devem ter seus componentes escolhidos pela assembléia-geral, salvo naquela hipótese excepcional retratada no Parecer 2000/00676 (Dejur/PRBAD);
- f) o regime de autogestão das sociedades cooperativas determina que todos os componentes de seus órgãos de administração sejam sócios;
- g) a Lei nº 5.764, de 1971, embora vede o preenchimento de cargos nos órgãos de administração por gestores contratados, autoriza que eles atuem em outros órgãos necessários à administração, estes sem poder decisório;
- e
- h) seria cabível a edição de norma pelo Conselho Monetário Nacional que liberasse a forma de auto-organização das cooperativas de crédito e viabilizasse a coexistência autônoma de conselho de administração e diretoria executiva, sem prejuízo da eleição de todos os seus componentes pela assembléia-geral.

Com estas considerações, elevo o assunto à apreciação de Vossa Senhoria.

Brasília, 3 de abril de 2008.

*Filogônio Moreira Júnior*  
*Procurador do Banco Central*

Despacho  
Proc. 0701395551

De acordo.

Ao Deorf/Gabin.

Brasília, 3 de abril de 2008.

*Walkyria de Paula Ribeiro de Oliveira*  
*Coordenadora-Geral da Área de Consultoria Bancária e de Normas (Coban)*

## Parecer PGBC-129/2008

Legalidade de multa administrativa aplicada com base na Lei nº 9.817, de 1997, posteriormente revogada pela Lei nº 10.755, de 2003 – informações encaminhadas à 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal nos autos do Mandado de Segurança Preventivo nº 2008.34.00.016217-3.\*

**Luciana Marques Bombino**  
Procuradora do Banco Central

**Luiz Ribeiro de Andrade**  
Subprocurador-Geral do Banco Central

---

\* Registra-se que o Juiz Federal Substituto da 8ª Vara, no exercício da titularidade, Dr. Tales Krauss Queiroz, indeferiu o pedido liminar que tinha o escopo de obstar a inscrição em dívida ativa de débito decorrente de aplicação da multa de importação pelo Banco Central do Brasil. Além da ausência de plausibilidade, o magistrado, ao fundamentar a sua decisão, em sede de juízo provisório, na ultratividade da lei excepcional e temporária, afastou as alegações do autor relativas à ofensa aos princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, do não-confisco, da propriedade e da livre iniciativa, em consonância com a argumentação apresentada pelo Banco Central. No mesmo sentido, o parecer do Ministério Público Federal, emitido pelo Procurador da República no Distrito Federal, Dr. Rômulo Moreira Conrado, considerando relevantes as informações prestadas pelo Banco Central no tocante à necessidade de ingerência do Estado como regulador da atividade econômica e requerendo a denegação da segurança.



Parecer PGBC-129/2008

Proc. 0801415153

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO Nº 2008.34.00.016217-3-8ª VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL – IMPETRANTE: TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESAL SERVICES BRASIL LTDA. – IMPETRADOS: PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL E PROCURADOR-CHEFE DA FAZENDA NACIONAL – ARGUIÇÃO DE RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA – IMPOSSIBILIDADE – NORMAS DE CONTEÚDO ECONÔMICO – CARÁTER EXCEPCIONAL DA NORMA QUE A TORNA ULTRATIVA.

Senhor Subprocurador-Geral,

#### DA DEMANDA

Trata-se de Mandado de Segurança Preventivo, com pedido liminar, impetrado pela sociedade TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESAL SERVICES BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA. (TELEFONICA INTERNATIONAL), com a finalidade de obstar inscrição de multa em Dívida Ativa, de evitar o ajuizamento da respectiva execução e, por fim, de cancelar a multa aplicada.

2. Referido Mandado de Segurança indicou como autoridades coatoras o Procurador-Geral do Banco Central do Brasil e o Procurador-Chefe da Fazenda Nacional em Brasília. O primeiro sob o fundamento de que o Regimento Interno do Banco Central do Brasil, em seu art. 36, inciso IV, estabelece a atribuição da Procuradoria-Geral para promover a inscrição de débitos de qualquer natureza, inerentes à atividade do Bacen, na Dívida Ativa. Já o segundo sob o argumento de que lhe compete o ajuizamento da execução fiscal, bem como o cancelamento do débito<sup>1</sup>.

---

1/ Nesse ponto, a impetrante ignora o disposto no art. 4º da Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998, que atribui aos titulares do cargo de Procurador do Banco Central do Brasil a apuração da liquidez e certeza dos créditos para fins de inscrição em Dívida Ativa e respectiva cobrança.

3. O pedido veiculado no *mandamus* fundamenta-se, em suma, na argüição, pela impetrante, de ausência de amparo legal para a aplicação da multa, na retroatividade da lei nova mais benéfica, na inobservância aos princípios da finalidade, razoabilidade e proporcionalidade e na ofensa à livre iniciativa estabelecida no art. 170 da Constituição Federal de 1988.

4. O pedido liminar de abstenção da inscrição dos valores em Dívida Ativa e do ajuizamento da execução do título reside, segundo a impetrante, no amparo legislativo que dá suporte ao seu pretensão direito, na dificuldade de obtenção de certidões negativas de débito e na constrição patrimonial a que se sujeitará para assegurar a execução.

5. Como se mostrará adiante, não assiste razão à impetrante, vez que não há direito líquido e certo que a desobrigue do pagamento da multa que lhe fora aplicada em razão do poder de polícia regularmente exercido pelo Banco Central do Brasil, que no exercício de suas atribuições verificou que a impetrante praticou ilícito cambial sujeito à pena prevista na legislação de regência, apurado minudentemente em regular processo administrativo em que a impetrante exerceu amplamente o seu direito à defesa e ao contraditório.

## DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

6. O Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais, intimou a sociedade EMERGIA BRASILLTDA., posteriormente denominada TELEFONICA INTERNATIONAL WHOLESALE SERVICES BRASIL PARTICIPAÇÕES LTDA., a apresentar defesa em processo administrativo instaurado para apurar a falta de pagamento de importações no prazo estabelecido no art. 1º, inciso IV, da Lei nº 9.817, de 23 de agosto de 1999, com redação alterada pela Lei nº 10.755, de 3 de novembro de 2003, que em seu art. 1º manteve a ilicitude da conduta e atribuiu ao Banco Central do Brasil a regulamentação do percentual da multa, observando-se, todavia, o limite máximo determinado pela lei.

7. A alteração legislativa alcançou as operações praticadas pela TELEFONICA INTERNATIONAL em razão da autorização constante no art. 126 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005.

8. A sociedade solicitou, preliminarmente, a dilação do prazo conferido para a defesa, que foi deferida pelo Banco Central do Brasil. Na seqüência, a TELEFONICA INTERNATIONAL protocolou suas razões de defesa, argüindo, em síntese, que:

- a) Quanto às Declarações de Importação nºs 00/02712657, 00/03679858, 00/04167150, 00/05558837, 00/05559078, 00/07133906, 00/07196290, 00/07295221, 00/07331597, 00/07415243, 00/07629758, 00/08022105, 00/08304143, 00/09589958, 00/10216418, 00/11627187 e suas respectivas adições, não restou configurado o seu vencimento, vez que tais operações estavam amparadas por uma linha de crédito aberta pela TELEFÓNICA SAM S.A., que permitiu a dilação do vencimento para 1º/12/2006. Note-se, contudo, que a TELEFONICA INTERNATIONAL não promoveu o registro dos esquemas de pagamento das referidas DIs no Registro de Operações Financeiras (TA154070), contribuindo para que as declarações de importação permanecessem inadimplidas. Apenas posteriormente ao vencimento para o pagamento das importações, é que as DIs foram retificadas, não afastando, portanto a incidência da Lei nº 10.755, de 2003, cujo art. 1º, inciso II, prevê expressamente a possibilidade de aplicação de multa para o não-pagamento da importação no prazo de até 180 dias contados a partir do primeiro dia do mês subsequente ao previsto para o pagamento da importação. Destaque-se ainda que a TELEFONICA INTERNATIONAL, tampouco trouxe aos autos administrativos quaisquer documentos que comprovassem que a prorrogação do prazo negociada com empresa estrangeira tenha ocorrido antes do vencimento das DIs;
- b) Quanto às Declarações de Importação nºs 00/08968351, 00/08968548, 00/08968688, 00/08968769, 00/08968920, 00/08969064, 00/08969412, 00/08969900, 00/8969994 e adições, sustentou a renegociação dos prazos conferidos para pagamento e, apesar de não ter trazido aos autos o contrato de repactuação, apresentou ordens de pagamento cujos valores correspondem à soma daqueles consignados nas declarações de importação. Ademais, restou demonstrado, por meio da nota promissória subscrita em 6.2001, que a TELEFONICA

INTERNATIONAL providenciou a renegociação dos pagamentos antes do decurso de 180 dias após o vencimento das DIs.

9. Em análise à resposta oferecida pela TELEFONICA INTERNATIONAL, o Banco Central do Brasil, por meio da Decisão Decap/Gabin-2006/89, decidiu:

- a) Em relação às DIs relacionadas no item 8.a *retro*, aplicar à sociedade a pena de multa no valor de R\$ 673.225,81 (seiscentos e setenta e três mil, duzentos e vinte e cinco reais e oitenta e um centavos), equivalente à 0,5% (meio por cento) das operações irregulares, pela ausência de pagamento no prazo legal das Declarações de Importação, já que a TELEFONICAINTERNATIONAL não trouxe aos autos administrativos qualquer documento que comprovasse que a prorrogação do prazo para pagamento foi negociada antes do vencimento das obrigações;
- b) Em relação às DIs relacionadas no item 8.b *retro*, arquivar o processo administrativo ante a comprovação pela empresa, através da juntada de documentos, de renegociação dos prazos antes do vencimento da obrigação, bem como a comprovação do efetivo pagamento das importações, com a apresentação das ordens de pagamento expedidas.

10. Intimada da decisão, a TELEFONICA INTERNATIONAL interpôs recurso ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, que manteve integralmente a decisão proferida na 1ª instância administrativa. Não resignada, a sociedade impetrou o presente Mandado de Segurança Preventivo, com pedido liminar, para obstar a inscrição do débito em Dívida Ativa, a sua execução judicial e finalmente, o cancelamento da multa.

11. Importante salientar que o processo administrativo transcorreu incontestavelmente sob a égide do contraditório e da ampla defesa, com a rigorosa observância aos direitos e garantias da empresa de se defender por todos os meios e formas e de efetivamente influir na decisão da Autarquia. Veja-se, a propósito, que em nenhum momento, seja administrativamente, seja judicialmente, houve alegação de eventual cerceamento da defesa.

### III – DA ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DO MANDADO DE SEGURANÇA

#### **Inexistência de prova pré-constituída**

12. Para a impetração da segurança é necessária a demonstração de plano do direito líquido e certo, em razão do rito especial a que se sujeita a ação mandamental. Dessa forma, considerando que o Mandado de Segurança não comporta dilação probatória, a impetrante deveria ter trazido aos autos elementos probatórios de seu direito líquido e certo ao não-pagamento da multa que lhe fora cominada.

13. Veja, no entanto, que, ao invés de fazer prova do seu pretense direito, a impetrante juntou aos autos prova do direito do impetrado. Toda a documentação anexada à ação mandamental pela impetrante (cópia do inteiro teor do processo administrativo) ratifica a sua posição de devedora, mais ainda: deixa claro que, na hipótese, é o Banco Central do Brasil que detém o direito líquido e certo de cobrar o seu crédito.

14. No processo administrativo punitivo restou comprovado que a impetrante não efetuou o pagamento das Declarações de Importação relacionadas no item 8.a e tampouco trouxe ao conhecimento da Autarquia fiscalizadora qualquer prova que demonstrasse a repactuação do prazo de pagamento antes do vencimento da obrigação.

15. Por conseguinte, ao não produzir qualquer prova que infirmasse as conclusões do processo administrativo, a impetrante não logrou qualquer êxito em demonstrar de plano a liquidez e certeza do direito pretendido, mas forneceu prova em favor do direito do impetrado, razão pela qual a ordem mandamental almejada deve ser denegada, já que as provas carreadas aos autos ratificam o direito do impetrado.

#### **Inexistência de direito líquido e certo**

16. Sem alimentar a pretensão de oferecer um conceito irretorquível, afirmo que o Mandado de Segurança é ação constitucional que objetiva a tutela de direito líquido e certo contra lesão ou ameaça de lesão decorrente de ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

17. Dessa assertiva, interessa de perto a compreensão acerca da liquidez e certeza do direito. Para Alexandre de Moraes, “direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca”<sup>2</sup>.

18. Hely Lopes Meirelles, em conceito célebre na doutrina administrativista, leciona que direito líquido e certo “é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”<sup>3</sup>.

19. Carlos Alberto Menezes Direito, citando expressões clássicas de Orozino Nonato, esclarece: “a expressão direito líquido e certo, herdeira de ‘direito certo e incontestável’, da Constituição de 1934, tem o alcance próprio de direito manifesto, evidente, que exsurge da lei com clareza, ‘que é sobranceiro a qualquer dúvida razoável e maior do que qualquer controvérsia sensata’, dispensando ‘a alta indagação de fatos intrincados, complexos ou duvidosos”<sup>4</sup>.

20. Por fim, não se pode olvidar a lição luminosa e transparente de Seabra Fagundes: “Assim, ter-se-á como líquido e certo o direito cujos aspectos de fato se possam provar, documentalmente, fora de toda a dúvida, o direito cujos pressupostos materiais se possam constatar pelo exame da prova oferecida com o pedido, ou de palavras e omissões de informação da autoridade impetrada”<sup>5</sup>.

21. À luz dos ensinamentos colacionados, indago: qual é o direito líquido e certo que a impetrante pretende resguardar? Nos moldes do pedido formulado na inicial, pretende resguardar o seu pretensão direito de não ter o seu débito inscrito em Dívida Ativa, de não ser executada e de obter o cancelamento da multa aplicada.

22. Ora, tendo o processo administrativo punitivo transcorrido regularmente, sem que se lhe possa imputar qualquer irregularidade, o não-pagamento da multa regularmente aplicada gera para o Banco Central do Brasil a pretensão de cobrar o seu crédito. Não há que se falar em direito líquido e certo da impetrante de não ser inscrita em Dívida Ativa, se se manteve inadimplente. A impetrante é devedora e não produziu qualquer prova que comprovasse que a multa ou não foi aplicada ou que, aplicada, foi devidamente quitada. Tampouco suscitou ou produziu prova de qualquer irregularidade que maculasse o processo administrativo, impedindo a formação do título executivo.

---

2/ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 164.

3/ Do Mandado de Segurança. *In Revista Forense*, vol.164, págs. 122 e segs.

4/ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do Mandado de Segurança*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 66.

5/ FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 271.

23. Nesse diapasão, também não há que se falar em ilegalidade ou abusividade de poder, uma vez que o ato de inscrição em Dívida Ativa e a eventual execução fiscal são consectários lógicos gerados pelo desenvolvimento regular do processo administrativo punitivo.

### **Breve histórico da multa de importação - da ultratividade da Lei nº 10.755, de 2003, e da irretroatividade da Lei nº 11.371, de 2006**

24. Nos moldes do art. 22, incisos VII e VIII, da Constituição Federal de 1988, compete privativamente à União legislar sobre câmbio e comércio exterior. Com fundamento nessa disposição constitucional é que foi editada a Medida Provisória nº 1.569, de 25 de março de 1997, instituindo a multa de importação. A Medida Provisória foi reeditada sucessivamente até a sua conversão na Lei nº 9.817, de 1997.

25. Posteriormente, a Lei nº 9.817, de 1997, foi revogada pela Lei nº 10.755, de 2003, que, no entanto, manteve a ilicitude da conduta. Na seqüência, adveio a Lei nº 11.196, de 2005, que alterou o § 1º da Lei nº 10.755, de 2003, e, por fim, foi editada a Medida Provisória nº 315, de 3 de agosto de 2006, convertida na Lei nº 11.371, de 28 de novembro de 2006, que, por seu art. 6º, extinguiu a multa de importação **para as hipóteses ali previstas, in verbis:**

Art. 6º A multa de que trata a Lei nº 10.755, de 3 de novembro de 2003, não se aplica às importações:

I – cujo vencimento ocorra a partir de 4 de agosto de 2006; ou

II – cujo termo final para a liquidação do contrato de câmbio de importação, na forma do inciso II do art. 1º da Lei nº 10.755, de 2003, não tenha transcorrido até 4 agosto de 2006.

26. *A contrario sensu*, as importações que tenham prazo de vencimento até o dia 3 de agosto de 2006, bem como aquelas cujo termo final para a liquidação do contrato de câmbio, na forma do inciso II do art. 1º da Lei nº 10.755, de 2003, já tenha transcorrido até o dia 3 de agosto de 2006, não serão abarcadas pela novel lei.

27. Veja que a impetrante busca a qualquer custo beneficiar-se da nova lei, sustentando a aplicação da retroatividade da lei nova mais benéfica. Para tanto assevera, em outras palavras, que a sucessão legislativa acerca da multa de importação

foi uma sucessão de equívocos que gradativamente foram sendo corrigidos até a sua extinção. Isso porque, em sua opinião, a multa de importação, de 0,5% (meio por cento), ressalte-se, gerava distorções decorrentes dos valores exorbitantes e abusivos aplicados aos importadores, o que lhes causava “enormes prejuízos”.

28. Uma análise perfunctória da questão poderia persuadir o incauto a esposar a tese da retroatividade mais benéfica da lei nova. A argumentação, no entanto, não me seduz. Também não me seduz, apesar de sufragar a pena aplicada por esta Autarquia, a mera literalidade dos incisos I e II do art. 6º da Lei nº 11.371, de 2006, que por si só já determina o marco temporal a partir do qual as multas de importação não serão mais aplicadas.

29. Encanta-me, todavia, descobrir o elã que anima o espírito da lei. Ora, a lei necessita ser interpretada e essa interpretação não pode ser meramente literal. Não desconheço que a lei, ao ser promulgada e publicada, ganha vida própria, mas a mera concatenação de palavras que traz em seu texto não tem qualquer sentido se não perquiridas as razões de sua criação.

30. Resta-me então investigar o objeto de tutela da lei. Para tanto trago à baila excerto retirado da Exposição de Motivos da Lei nº 9.817, de 1997:

Considerando que as condições de prazos e custos para financiamento doméstico são significativamente piores, comparativamente às prevalentes no mercado externo, situação que, por si só, tende a estimular a opção pelo produto importado, a receita bruta das verbas domésticas de bens importados se transforma em capital de giro barato para o importador, **ou permite que ele repasse o financiamento externo ao consumidor**, a prazos compatíveis, **apropriando-se do diferencial de taxas de juros, o que evidentemente estimula ainda mais as importações.** A Medida Provisória que ora trago à elevada apreciação de Vossa Excelência tem por objetivo garantir a eficácia das novas regras relativas aos prazos para contratação de câmbio de importação, a serem editadas pelo Banco Central, **com duplo propósito de, por um lado, equiparar o tratamento conferido a importações e exportações no que tange a adiantamentos e/ou atrasos em seus respectivos pagamentos e, por outro, evitar que diferenciais de taxas de juros internas e externas, bem como condições financeiras especialmente favoráveis disponíveis no exterior para seus produtores ou para compradores estrangeiros, resultem em desequilíbrio de tratamento entre estes e a produção nacional competitiva. [...]**



Observa-se, ademais, que a falta de qualquer limitação aos capitais de curto prazo derivados dos financiamentos (“lags”) na importação resulta em desequilibrar as condições de concorrência entre produtores nacionais e estrangeiros. Na medida em que as condições de financiamento são desiguais, havendo, com freqüência, vantagens no tocante a prazos e taxas para os importadores, a produção nacional competitiva, mesmo quando oferece preços mais favoráveis, como amiúde, vê sua vantagem competitiva erodida pela presença de um fator alheio à esfera nacional.

31. Como se pode verificar nas razões acima explicitadas, a instituição da multa de importação se deu para regular uma situação excepcional no mercado cambial, cujo desequilíbrio traria graves prejuízos aos consumidores internos, com o sucateamento das empresas nacionais e, no âmbito internacional, a desconfiança de que o país não honrava os seus compromissos.

32. O Brasil, notadamente no período entre 1997 e 2003, aproximadamente, viu crescer vertiginosamente diversas irregularidades cambiais relacionadas às importações de mercadorias. O artifício consistia na importação, para pagamento em até 180 dias, de mercadorias e sua venda no mercado interno a preços de custo, mais baixos que o produto nacional. Os valores obtidos com a venda, ao invés de serem utilizados no pagamento dos contratos de câmbio, eram aplicados no mercado financeiro para a compra de títulos públicos e obtinham alta remuneração. Lembre-se que a taxa Selic chegou a mais de 40% (quarenta por cento) nesse período. Mesmo a instituição da multa de importação pela Lei nº 9.817, de 1997, cobrada inicialmente sob a modalidade de encargos financeiros, não surtiu o efeito desejado, pois a diferença obtida entre as taxas de juros internas e o pagamento das multas cambiais, compensavam o inadimplemento dos contratos cambiais.

33. Os juros altos diminuía o consumo, o que prejudicava as vendas e as empresas nacionais. Como as empresas não cresciam, aumentava o desemprego, e a economia encolhia. Além disso, o investimento estrangeiro que entrava no país por causa dos juros altos era especulativo. E esse dinheiro poderia deixar o país a qualquer momento.

34. Eis aí o móvel da criação da multa de importação.

35. As normas que cuidaram da matéria, tanto as leis quanto as circulares, possuem conteúdo econômico e regem situações essencialmente voláteis<sup>6</sup>, portanto, excepcionais. De tal forma que, se essas normas não tiverem um mínimo de eficácia, o poder regulador do mercado cambial não terá qualquer serventia. Também nesse sentido o Parecer 2002/298 (Dejur/Gabin)<sup>7</sup>, desta Procuradoria-Geral:

A liberdade cambial não é absoluta. Existem regras e parâmetros a serem observados pelos agentes de mercado, não lhes sendo facultado atuar fora dos limites legais fixados. Nesse mister, há de se ter claro que o objetivo da norma é vedar operações fraudulentas e de favorecimento, que atentam contra a liquidez de mercado. Portanto, de nada adiantaria impor restrições sem estender os mandamentos legais aos desvirtuamentos praticados, que refletem negativamente no dia a dia da execução da política cambial.

36. A constante mutabilidade do mercado exige normas específicas para regulamentar determinado momento e determinadas peculiaridades. A perspectiva de alteração dessas normas sem que seus efeitos sejam suportados pelos destinatários levaria a sua total inobservância pelos atores do mercado cambial.

37. A sucessão legislativa que culminou na extinção da multa de importação não ocorreu pelo fato de entender o Estado que estava se imiscuindo indevidamente nos negócios entre particulares, mas sim porque a situação cambial em 2006 era totalmente distinta daquela entre os anos de 1997 e 2003, o que só ratifica a volubilidade do mercado. Cessada a excepcionalidade da situação fática, a pena também se torna desnecessária, mas ainda aplicável a quem, durante a situação excepcional, praticou a irregularidade cambial.

38. Não é anormal que um ato normativo possa ser revogado ou modificado antes mesmo que as infrações cometidas sob a sua égide possam ser apuradas, sem que isso, no entanto, prejudique a ultratividade da norma. Veja-se, a propósito, o feliz exemplo inserido no Parecer 99/544 (Dejur/PRBHO), da Procuradoria do Banco Central em Minas Gerais, que bem ilustra o que se pretende demonstrar:

---

6/ A volatilidade da seara cambial é tão grande que apenas num curto período de tempo observamos a edição de duas Medidas Provisórias (nº 1.569, de 1997 e 315, de 2006), reeditadas sucessivamente, e quatro leis ordinárias (nº 9.817, de 1997, 10.755, de 2003, 11.196, de 2005 e 11.371, de 2006).

7/ Da lavra do Procurador Cassiomar Garcia Silva, com aprovação de Francisco José de Siqueira.

Outro exemplo bastante esclarecedor nesse sentido é o que se refere à legislação de trânsito. Digamos que esteja em vigor uma norma de trânsito que proíbe uma conversão à esquerda num determinado ponto de uma via pública. Digamos, ainda, que um motorista, por fazer essa conversão proibida, esteja sofrendo processo punitivo para imposição de multa. Se, posteriormente, vier uma nova regra que altera a circulação de veículos nessa via, permitindo essa mesma conversão à esquerda, é evidente que o motorista que está sofrendo processo para imposição de multa não pode alegar esse fato em seu favor, pois, naquele momento em que a conduta foi praticada ela estava proibida e colocou em risco toda uma coletividade.

39. De todo o exposto, o que pretendo consignar é que a Lei nº 10.755, de 2003, por regular situação excepcional, que impescinde de tratamento jurídico especial, terá ultratividade, incidindo sobre as hipóteses ocorridas anteriormente ao advento da Lei nº 11.371, de 2006.

40. A excepcionalidade do art. 1º da Lei nº 10.755, de 2003, é tão manifesta que a Lei nº 11.371, de 2006, em seu art. 6º e incisos, ao estabelecer nova disciplina para as multas de importação, expressamente ressalvou o regramento especial anterior.

41. Portanto, dada a excepcionalidade da situação fática, não pode subsistir o princípio da retroatividade benéfica da lei. Nesse sentido, bastante elucidativo o Parecer PGBCB-26/2006<sup>8</sup>, desta Procuradoria-Geral:

Perceba-se que o fundamento do princípio da retroatividade da lei mais benéfica não se encontra presente nesses casos. O Estado deixa de punir determinadas condutas por terem cessado, no presente, os específicos motivos que o levaram a fazê-lo no passado. Contudo, a valoração jurídica das condutas pretéritas em nada se modifica, é dizer, continua a existir o entendimento de que, nas circunstâncias anteriores, a violação aos preceitos das normas excepcionais ou temporárias sujeitaria o indivíduo à sanção punitiva. Não se pune o indivíduo apenas por ter praticado o ato em outro momento da história (o que consubstanciaria violação ao princípio da isonomia), mas porque o Estado continua a entender que a prática de tais atos, naquele período ou sob aquelas circunstâncias, constitui infração penal. [...]

---

8/ Da lavra do Procurador Lucas Alves Freire, aprovado por Nelson Alves de Aguiar Júnior e Arício José Menezes Fortes.

Lado outro, caso a norma complementar trate de situação que, por sua excepcionalidade, requeira regramento especial em diferentes contextos temporais, uma vez seja ela revogada ou alterada, não haverá que se falar em retroatividade benéfica, mas em ultra-atividade do disposto no regulamento, pois a desvalorização do fato pelo direito permanecerá inalterada.

A aplicação desse entendimento se fez bastante presente nos casos relativos às punições pelo descumprimento dos tabelamentos de preços. Alegava-se que, uma vez incrementados os valores constantes das tabelas, todos aqueles que houvessem cometido o delito com base no regramento anterior deveriam ter sua punibilidade extinta, com fulcro na retroatividade da lei mais benéfica. Entretanto, os tribunais e a doutrina, acertadamente, afirmaram que o núcleo da norma penal não seria modificado pela simples alteração da tabela de preços, pois o ordenamento jurídico visava a punir aqueles que, tendo em vista as peculiaridades econômicas presentes em determinado momento histórico, houvessem descumprido o tabelamento vigente à época da prática da conduta tida como ilícita. Destarte, entendeu-se que o ato normativo que fixava os preços máximos a serem praticados possuiria extra-atividade, sendo eficaz em relação a todos os casos ocorridos durante a sua vigência, mesmo que já revogado ou modificado por norma posterior.

42. Ante o exposto, não há que se falar em aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica, pois a Lei nº 11.371, de 2006, não se limitou a abrandar o tratamento sancionador apenas em razão do fator tempo, mas sim pelo fato de que não mais subsistiam em 2006 as mesmas circunstâncias que outrora tumultuaram o mercado cambial. Ademais, foi expressa ao resguardar a possibilidade de aplicação da multa às situações ocorridas nas circunstâncias econômicas tratadas pelas Leis nºs 9.817, de 1997, e 10.755, de 2003.

43. A impetrante somente poderia se beneficiar da Lei nº 11.371, de 2006, se demonstrasse que as suas Declarações de Importação tiveram prazo de vencimento a partir do dia 4 de agosto. Todavia, conforme consta no relatório gerado em 29/3/2006 pelo Decic/Conap e trazido aos autos pela própria impetrante, todas as DIs consideradas para aplicação da multa venceram bem antes dessa data. Oportuno também mencionar que a impetrante não trouxe aos autos quaisquer documentos que comprovem alguma inconsistência do relatório de pendências cambiais, restando, por conseguinte, mantida a sua presunção de veracidade e legitimidade.

## Finalidade, razoabilidade e proporcionalidade da multa aplicada

44. Segundo a impetrante, a multa que lhe foi aplicada “foge do escopo atribuído às multas administrativas, uma vez que pretendia coibir determinadas atividades econômicas realizadas entre particulares, enquanto na realidade as multas administrativas objetivam o ressarcimento do dano decorrente do ato sancionado.”

45. A impetrante incorre em dois grandes equívocos: afirma que a multa tinha a finalidade de impedir o comércio entre particulares e também assevera que a multa tem mera função de ressarcimento de dano.

46. O Banco Central do Brasil como agente regulador da atividade econômica jamais nutriria a pretensão de se imiscuir nas relações entre os agentes do mercado com o escopo de impedir a sua interação. A razão é óbvia: o Banco Central do Brasil zela pelo crescimento da economia.

47. No entanto, isso não significa a adoção de um Estado absentéista, que permanece letárgico frente aos combates travados no campo econômico. Não se olvide que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um modelo econômico de bem-estar social, estabelecendo em seu art. 174 o poder normativo e regulador do Estado. Assim, se de um lado o cidadão quer exercer plenamente os seus direitos, de outro, deve a Administração Pública condicionar o exercício desse direito ao bem-estar social, e o faz usando o seu poder de polícia.

48. O Banco Central do Brasil ao estabelecer a aplicação da multa de importação, incidente sobre contratos não pagos ou pagos extemporaneamente, não pretendia evitar a atividade de importação entre o importador nacional e o exportador estrangeiro, mas garantir que o importador bom pagador não viesse a suportar os efeitos da desconfiança externa de que o Brasil não honrava as suas dívidas. Isso porque a inadimplência de poucos, num país “em desenvolvimento”, compromete a economia de toda a coletividade.

49. Além disso, consoante já exposto nos itens 32 e 33, muitos importadores se valiam da diferença entre as taxas internas e externas para especular no mercado interno, o que enfraquecia a indústria nacional, notadamente a de pequeno porte, que obtinha recursos a um alto preço, encarecendo o seu produto, aumentando o desemprego e prejudicando o consumidor com as altas taxas de juros e o valor elevado dos produtos.

50. Entender que o Estado, por meio de seus órgãos, não pode zelar pelo equilíbrio de sua economia atenta inclusive contra as disposições dos arts. 170, 174 e 219 da Constituição Federal e privilegia o ganho de poucos às custas de toda a coletividade.

51. Outro equívoco cometido pela impetrante é imaginar que a multa administrativa tem a finalidade meramente reparatória, olvidando que as sanções têm ainda como elementos teleológicos os caracteres preventivo e retributivo. A Administração Pública não deseja a aplicação da pena, deseja tão-somente a contribuição do administrado, mas não capitula diante da ameaça à realização do interesse público, quando esse administrado obsta o desenvolvimento da atividade estatal.

52. Ora, na seara econômica, esperar a ocorrência do dano para, somente aí, repudiar a conduta irregular implicaria condenar o País à falência. Nos mercados econômico e financeiro a ocorrência do dano é fatal para a economia. Os erros, em geral, não podem ser reparados, ou demandam anos para o restabelecimento da normalidade. Acaso alguém já esqueceu a inflação que há pouco assolava o país, resultado de desequilíbrios nas contas públicas, de capitais especulativos, de remessas irregulares de recursos para o exterior?

53. A impetrante sustenta ainda a ausência de razoabilidade na aplicação da multa, afirmando a aplicação de solução mais onerosa ao administrado.

54. Mais uma vez não procede a alegação da impetrante. A aplicação de penalidades pela Administração Pública encontra-se confinada aos parâmetros legais estabelecidos. Caracterizada a irregularidade injustificada, a Administração não tem qualquer discricionariedade para deixar de aplicar a sanção, pois que jungida ao princípio da legalidade estrita. Sua discricionariedade alcança, no máximo, a escolha dentre as penalidades previstas na lei. No caso em apreço, sequer havia tal possibilidade, já que a lei prevê tão-somente a aplicação de multa de até 100% (cem por cento) do valor da importação e as Circulares nºs 3.308 e 3.325, ambas de 2006, estabeleceram a aplicação do percentual de apenas 0,5% (meio por cento).

55. E, a propósito do percentual, repito, de **apenas 0,5% (meio por cento)** estabelecido pelo Banco Central do Brasil, também se insurge a impetrante afirmando desproporcionalidade na multa aplicada, cujo valor nominal é de R\$ 673.255,81 (seiscentos e setenta e três mil, duzentos e cinquenta e cinco reais e oitenta e um centavos).

56. O valor total da multa corresponde tão-somente ao percentual de, não me canso de repetir, **apenas 0,5% (meio por cento)** do valor das operações irregulares, que somaram R\$ 134.651.162,00 (cento e trinta e quatro milhões, seiscentos e cinqüenta e um mil, cento e sessenta e dois reais).

57. É por isso que a jurisprudência trazida pela impetrante, para fundamentar a sua alegação, em hipótese alguma pode servir como parâmetro comparativo com a multa que lhe foi infligida.

58. A referida jurisprudência afirma o caráter confiscatório de multas nos valores de 200% (duzentos por cento) e 500% (quinhentos por cento), respectivamente. De fato, também concordo que uma multa nesses percentuais é extorsiva. No caso dos autos, porém, que confisco poderia existir num percentual de apenas 0,5% (meio por cento)? *Data venia*, intelectualmente insincera a pretensão da impetrante de interpretar o julgado em seu favor.

### **Compatibilidade do poder regulador do Banco Central do Brasil com a ordem econômica constitucional**

59. Incansável em seu descontentamento, a impetrante queixa-se também de violação ao parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal de 1988, declarando que a multa de importação interfere “diretamente numa relação acordada entre particulares, firmada em contrato mercantil dentro do direito ao livre exercício de atividade econômica.”

60. Veja-se o que dispõem os arts. 170 e 174 da Constituição Federal de 1988:

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:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

[...]

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. [...]

61. Consoante já afirmado, a Constituição Federal de 1988 estabelece um modelo econômico de bem-estar. Portanto, apesar de ter consagrado uma economia capitalista de mercado, impôs a observância a finalidades e princípios sociais. Isso significa que a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência não podem ser tomadas como expressões individualistas, mas no exato valor do quanto significam socialmente.

62. É por isso que a ordem econômica é fundada na livre iniciativa, mas determina a valorização do trabalho; a propriedade privada é assegurada, mas essa propriedade também deve cumprir a sua função social; a concorrência é livre, mas se resguarda o consumidor hipossuficiente.

63. Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 autoriza o Estado a normatizar e regular a atividade econômica, almejando com essa interferência corrigir os desequilíbrios porventura existentes no mercado para alcançar os objetivos definidos em seu art. 3º.

64. À vista do exposto, não remanesce, portanto, qualquer incompatibilidade entre o poder regulador e fiscalizador do Banco Central do Brasil e a garantia da livre iniciativa e do livre exercício de qualquer atividade econômica.



## Da ausência de requisitos para concessão da liminar

65 Segundo o art. 7º, inc. II, da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, são pressupostos para a concessão da liminar pleiteada a prova da relevância do fundamento (mais que a mera fumaça do bom direito) e a possibilidade de ineficácia da medida (*periculum in mora*). No caso em exame, não restou comprovada a existência de quaisquer desses requisitos.

66. No que concerne ao *periculum in mora*, a impetrante afirma o risco de penhora de seus bens. Todavia, cogitações de ordem financeira não são suficientes para caracterizar o *periculum*. Nesse mesmo sentido: AI nº 1999.04.01.137792-2, rela. Desembargadora Federal Luíza Dias Cassales, TRF/4ª Região (DJU 20/9/1996, seção 2, p.70.534).

67. A impetrante não logrou demonstrar a urgência da medida liminar. A cobrança de **dívida regularmente constituída** em seu desfavor em nada influencia na atividade da empresa. Diga-se, inclusive, que representa quantia muito pequena face às operações que comumente celebra e ao seu capital social, cuja integralização soma R\$ 218.298.533,00 (duzentos e dezoito milhões, duzentos e noventa e oito mil, quinhentos e trinta e três reais), conforme contrato social acostado aos autos pela impetrante.

68. Também a relevância do fundamento não foi demonstrada, já que a mera argüição de incompatibilidade entre a lei e a Constituição esbarra na presunção de constitucionalidade das leis (TRF/4ª Região: AI 2000.04.01.064067-8-SC, rela. Desembargadora Federal Ellen Gracie, DJU 11/10/2000, seção 2, p.229).

69. Por fim, note-se que o *fumus boni juris*, que não se confunde com a relevância do fundamento, quer dizer fumaça do bom direito. Quando o direito é líquido e certo, não há mera fumaça, mas sim direito cristalino, comprovado de plano. No Mandado de Segurança a medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é o procedimento acautelador do possível direito da impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral, se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa.

70. Em que pese a liminar no Mandado de Segurança não ser afirmativa de direito algum, não será ela concedida se não se comprovar de pronto o direito líquido e certo e a prova de sua violação, como no caso da hipótese em exame.

## CONCLUSÃO

71. Ante o exposto, concludo:

- a) O Processo Administrativo transcorreu sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, com ampla possibilidade de influência na decisão administrativa proferida, tanto que parte das Declarações de Importação foi julgada regular após a apresentação da documentação que comprovou o adimplemento da impetrante;
- b) Quanto às DIs relacionadas no item 8.a, não foi apresentado qualquer documento comprovando a dilação do prazo para o pagamento das operações de importação;
- c) A documentação juntada ao Mandado de Segurança não comprova o direito da impetrante, mas sim ratifica a sua posição de devedora;
- d) A impetrante não demonstrou a existência do direito líquido e certo e tampouco demonstrou a ilegalidade ou abusividade do ato do impetrado, consectário lógico do desenvolvimento regular do processo administrativo;
- e) A Lei nº 11.371, de 2006, não pode retroagir para abarcar situações excepcionais ocorridas sob a vigência de outra lei econômica. Por tratar de matéria econômica, só podem incidir sobre os fatos ocorridos durante sua vigência, sob pena de tornarem ineficaz o poder regulador e normatizador do Estado. Ademais, a Lei nº 11.371, de 2006, em seu art. 6º, incs. I e II, ressalvou as hipóteses ocorridas sob a égide da lei anterior;
- f) O exercício do poder normatizador e regulador do Banco Central do Brasil não ofende o art. 170 da Constituição Federal de 1988;
- g) A impetrante não logrou comprovar a presença da relevância do fundamento e a possibilidade de ineficácia da medida, necessárias ao deferimento da medida liminar.

Brasília, 16 de junho de 2008.

*Luciana Marques Bombino*  
*Procuradora do Banco Central*

Despacho  
Proc. 0801415153

Aprovo a manifestação da lavra procuradora Luciana Marques Bombino, cuja argumentação bem demonstra, no mérito, a total improcedência do pedido veiculado na impetração, razão por que a segurança deve ser denegada.

2. Remeta-se o processo ao ilustre Procurador-Geral do Banco Central, autoridade indicada como coatora, a título de informações a serem prestadas no mandado de segurança de que trata esta manifestação legal.

*Luiz Ribeiro de Andrade*  
*Subprocurador-Geral do Banco Central*

# 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](mailto: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 expresso no texto:*

[...] Nas palavras de Martins (2001, p.135), a sociedade comercial pode ser conceituada como

[...] a entidade resultante de um acordo de duas ou mais pessoas, [sic] que se comprometeram a reunir capitais e trabalho para a realização de operações com fim lucrativo. A sociedade pode surgir de um contrato ou de um ato equivalente a um contrato; uma vez criada, e adquirindo personalidade jurídica, a sociedade se autonomiza, separando-se das pessoas que a constituíram.

Essa reunião social, conhecida pelos nomes “empresa”, “firma”, “sociedade”, “entidade societária” etc., [...]

- > *Citação indireta sem o nome do autor expresso no texto (não se aplica o critério de número de linhas):*

[...] Críticos a esse modelo argumentam que os administradores podem atribuir a essa busca por atender expectativas dos *stakeholders* a responsabilidade por eventuais resultados negativos do negócio, mas reconhecem sua capacidade em agregar os esforços das partes interessadas em torno de objetivos de longo prazo e o sucesso da empresa (MAHER, 1999, p. 13).

- > *Citação indireta com o nome do autor expresso no texto (não se aplica o critério de número de linhas):*

[...] Cornforth (2003, p. 30-31), na tentativa de estabelecer um modelo de análise apropriado para organizações sem fins lucrativos e tomando por base a taxonomia proposta por Hung (1998, p. 69), foca a atenção nos papéis que o conselho desempenha, relacionando sua significância com as teorias associadas a cada papel na busca de uma abordagem multiteórica capaz de melhor explicar os diferentes papéis do conselho.

11. REFERÊNCIAS – Todos os documentos mencionados no texto devem constar nas Referências, que devem posicionar-se um espaço duplo depois do fim do texto. O destaque no nome do documento ou do evento no qual o documento foi apresentado deve ser negrito. Ressalte-se que, no caso de publicações eletrônicas, devem ser informados o local de disponibilidade do documento e a data do acesso a ele. Vejam-se exemplos:

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**

